



Università
Ca' Foscari
Venezia

Scuola Dottorale di Ateneo

Graduate School

Dottorato di ricerca

**in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del
lavoro**

Ciclo XXV°

Anno di discussione 2013

***Patti parasociali: interpretazione, dalle origini
alla codificazione; applicazione e analisi
pratica nel panorama societario***

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/04

Tesi di Dottorato di Maria Vittoria Andreotti, matricola 955741

Coordinatore del Dottorato

Tutore del Dottorando

Chia.mo Prof.

Chia.mo Prof.

Luigi Benvenuti

Lorenzo De Angelis

INDICE

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO GIURIDICO GENERALE

- 1.1 Definizione: tra dottrina e giurisprudenza
- 1.2 Validità ed efficacia dei patti
- 1.3 I patti parasociali tra il diritto delle obbligazioni e il diritto societario. Sociale e parasociale.
 - 1.3.1 Il collegamento negoziale

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA

- 2.1 La durata dei patti, la disciplina del recesso
- 2.2 Recesso tacito ed inadempimento, l'orientamento della Suprema Corte
- 2.3 Efficacia obbligatoria e tutela del sindacato di voto, Ordinanza del Tribunale di Genova, 08.08.2004

CAPITOLO III

PANORAMA TIPOLOGICO: PATTI NOMINATI DALLA LEGGE E PATTI DELINEATI DALLA PRASSI

INTRODUZIONE

- 3.1 Sindacati di voto
 - 3.1.1 *Ante riforma*
 - 3.1.2 *Post riforma*
- 3.2 I sindacati di blocco: la circolazione delle azioni
- 3.3 I limiti legali alla circolazione delle azioni
- 3.4 I limiti convenzionali: i sindacati di blocco
 - 3.4.2 Clausole statutarie
 - 3.4.3 Clausola statutaria di prelazione, rapporto con i patti parasociali
- 3.5 I patti di co-vendita
 - 3.5.2 Natura, struttura e funzione della clausola statutaria di drag along
 - 3.5.3 Il recepimento della clausola di drag along nello statuto societario: criticità
 - 3.5.4 Clausole statutarie di co-vendita e patti parasociali di co-vendita
 - 3.5.5 Esempi di patti parasociali di co-vendita

CAPITOLO IV

ANALISI PRATICA DI ALCUNI PATTI PARASOCIALI RELATIVI A SOCIETA' NON QUOTATE

- 4.1 Il patto parasociale di gestione nella s.p.a.
- 4.2 Il patto parasociale di gestione nella s.r.l.
- 4.3 Il patto parasociale di voto nelle deliberazioni di approvazione dei bilanci di esercizio e di astensione dalla loro impugnazione
- 4.4 Il patto di non alienazione

- 4.5 Il patto di gradimento
- 4.6 Il patto di prelazione e cessione di quote e azioni
- 4.7 Il patto di finanziamento della società
- 4.8 Il patto di distribuzione non proporzionale degli utili e delle perdite, il divieto di patto leonino
- 4.9 Il patto di astensione dal recesso

CAPITOLO V

ARBITRATO SOCIETARIO, ARBITRATO COMUNE E PATTI PARASOCIALI

- 5.1 Breve introduzione: i tipi societari cui si applicano le disposizioni sull'arbitrato societario ex art. 34, comma 1, d. lgs. N. 05/2003
- 5.2 Patto parasociale e atto costitutivo
- 5.3 Tribunale di Pescara, 19.10.2009: l'estraneità alla società del designatore degli arbitri

CAPITOLO 1

INQUADRAMENTO GIURIDICO GENERALE

1.1 Definizione: tra dottrina e giurisprudenza.

Il termine “*contratto parasociale*” entra per la prima volta nella letteratura giuridica nel 1942 per mano dell'autorevole Giorgio Oppo, il quale, ispirandosi al termine tedesco *Nebenvertrage*¹, lo utilizzò per descrivere un diffuso fenomeno della pratica societaria².

Con questa espressione si intende l'integrazione e il superamento del regolamento legale e statutario dei rapporti sociali mediante l'assunzione di vincoli individuali ai quali si obbligano i soci tra loro ed in relazione ai quali la società resta estranea. Su tale ultima affermazione, la Suprema Corte non ha mancato di sottolineare come gli accordi parasociali siano accessori rispetto al contratto di società, ma anche autonomi rispetto a questo, così che gli effetti vincolanti si riversano sui soci e non anche sulla società³.

La sezione III-bis del Capo V, Libro V del codice civile, intitolata “*Dei patti parasociali*” non fornisce al lettore una spiegazione di cosa tali patti siano, ma ne disciplina la durata (art. 2341-bis) e la pubblicità che ne deve essere data (art. 2341-ter). Si rende dunque necessaria una indagine storica per giungere ad una definizione dei patti parasociali.

La caratteristica principale di tali contratti è che essa non trova fonte né nella legge né tantomeno nello statuto sociale, bensì in

¹ In inglese “*subcontracts*”.

² G. Oppo, *Contratti parasociali*, Vallardi, 1942

³ Cass. 29 Gennaio 1964, n. 234, in *Dir. Fall.*, 1964, II, p. 69; Cass. 8 Agosto 1963, n. 2244, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, II, p.188, tra le più risalenti.

accordi conclusi autonomamente e distintamente, accordi che sono esterni al contratto sociale che regola i rapporti dei soci.

È opportuno precisare che ai sensi dell'art. 2247 del codice civile, "con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili". Può dunque ritenersi che tali contratti parasociali trovino la loro fonte in quella che viene definita autonomia negoziale dei soggetti stipulanti che, come ogni pattuizione, incontra il limite del rispetto della legge.

La meritevolezza dei patti parasociali in sé, quale categoria contrattuale atipica, necessita dunque di essere verificata in concreto con riguardo alla natura e alla tipologia del singolo patto, al contenuto delle singole disposizioni pattizie ed al reale assetto di interessi perseguito dalle parti stipulanti. Sicché, conformemente al prevalente orientamento giurisprudenziale, saranno pur sempre nulli i patti parasociali, o le singole clausole in essi contenute, se scindibili dal resto del contratto, che si pongano in violazione o siano finalizzate ad eludere l'applicazione di norme inderogabili e principi generali del diritto societario⁴ o ancora siano votate al perseguimento di interessi in conflitto con gli interessi della società⁵.

⁴ Cass. 18 Luglio 2007, n. 15963, in *Giur. It.*, 2007, 2754, nota di Cottino, *Patti Parasociali: la Cassazione puntualizza*, e in *Società*, 2009, 197, commento di Piselli, *La validità e l'efficacia dei patti parasociali dopo la riforma societaria*; Cass. 22 Marzo 2010, n. 6898, in *Guida dir.*, 16, 2010, nota di Pirruccio, *Recedere dall'accordo senza preavviso fa scattare l'obbligo di risarcire il danno*; Cass. 28 Aprile 2010, n. 10215.

⁵ Cass. 28 Aprile 2010, n. 10215 che si allinea a Cass. 27 Luglio 1994, n. 7030, in *Giust. Civ.*, 1995, 5, 1321, nota di Vidiri, *I sindacati di voto: un antico contrasto tra approdi dottrinari e giurisprudenziali*, e in *Giur. Comm.*, 1997, II, 99, nota di Camilletti, *Convenzioni di voto e conflitto di interessi*. Le menzionate pronunce hanno giudicato nullo, per conflitto di interessi con la società, il patto parasociale che preveda la rinuncia preventiva o il voto contrario all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori quando ne sussistano i presupposti, anche se trattasi di patto stipulato da tutti i soci.

Ancorchè accordi esterni al contratto sociale, i contratti parasociali vi mantengono comunque un collegamento forte, poiché sono da considerarsi come accessori a questo, senza un contratto sociale non avrebbe ragione di esistere un contratto parasociale.

L'espressione contratto parasociale viene recepita nel panorama legislativo, ma anche dottrinale e giurisprudenziale, nazionale con termini analoghi a quello di contratto, si legge infatti di *accordi, patti e convenzioni parasociali*.

Tali espressioni vanno tutte ad indicare una serie variegata di fattispecie negoziali dal contenuto estremamente eterogeneo, infatti le statuizioni che contengono sono, di volta in volta e caso per caso, stabilite dagli stipulanti a fronte delle esigenze che intendono tutelare o del fine che si propongono di raggiungere.

Attraverso la conclusione di patti parasociali i soci dispongono dei diritti e degli obblighi che gli derivano dall'appartenenza alla società e si impegnano ad esercitarli in un modo che predeterminano e che sigillano nell'accordo⁶.

I soci si servono di tali patti per regolare, in un atto negoziale esterno allo statuto societario, il comportamento che seguiranno in società o il comportamento che attueranno nei confronti della società. È proprio in questa ultima affermazione che è possibile cogliere la singolarità di tali statuizioni, esse infatti contengono una predeterminazione di un comportamento che i soci terranno in futuro, *durante societate*.

Costituisce dunque motivo di nullità del patto parasociale la sua contrarietà all'interesse sociale.

⁶ Galgano, *Il negozio giuridico*, 1988, 95

Ma ancora, autorevole dottrina⁷ definisce i patti parasociali come “*patti destinati a regolare i comportamenti che le parti si prefiggono di tenere nella loro qualità di soci*”, o accordi che pur essendo estranei al contratto di società regolano sul piano individuale dei soci, o di soci e terzi, una situazione giuridica derivante dallo stesso contratto sociale⁸.

Dalle numerose definizioni che la dottrina offre del contratto parasociale, emerge quella che è la sua caratteristica principale, il suo elemento essenziale: con l'utilizzo di contratti parasociali è possibile regolare situazioni giuridiche che trovano origine in un contratto sociale e che vengono poi disciplinate in un ambito esterno e distinto da quest'ultimo, vengono appunto regolate nell'area del parasociale.

Quanto all'oggetto delle pattuizioni parasociali, la dottrina appare concorde nell'ammettere anche la regolazione di situazioni riguardanti diritti ed obblighi ulteriori rispetto a quelli nascenti dallo *status* di socio e che non trovano dunque origine nel contratto di società ma che comunque a questo possono essere riferite.

I patti parasociali nascono quindi per regolare le più disparate ipotesi di interessi costituendo così una classe di accordi estremamente eterogenea che non può dar luogo, per sua stessa natura, ad un'unica categoria capace di contenere tutte le possibili ipotesi di contratti che potrebbero nascere nel panorama parasociale. Tuttavia elementi comuni a tutti sono in primo luogo il collegamento che questi hanno con il contratto sociale, poiché trovano la loro ragion d'essere nel contratto di società; inoltre tutti contengono la previsione di un

⁷ Di Sabato, *Manuale delle società*, 1987, 235

⁸ Rescio, *I sindacati di voto*, in *Trattato Colombo-Portale*, 3, II, Torino, 1994, 503

comportamento che i soci si impegnano a tenere *durante societate*, quindi un comportamento futuro.

1.2 Validità ed efficacia dei patti

Da quanto precisato in precedenza, dunque, i patti parasociali sono accordi atipici volti a disciplinare, tra i soci contraenti, i rapporti interni fra di essi. Il vincolo che ne discende opera, pertanto, su di un terreno esterno a quello dell'organizzazione sociale.

Relativamente alla loro validità, in primo luogo va ribadito che essendo contratti atipici sono meritevoli di tutela solo se non diretti a contrastare norme imperative o principi generali del diritto societario. Tuttavia l'argomento merita di essere sviscerato in modo più dettagliato.

La riconosciuta separazione tra la sfera del sociale da quella del parasociale impone di distinguere, in linea di principio, tra patto parasociale la cui validità dipende dell'osservanza del diritto dei contratti in generale e validità degli atti esecutivi del medesimo all'interno dell'organizzazione societaria, la cui validità deve invece essere vagliata alla luce della disciplina della validità di volta in volta applicabile agli atti interni della società⁹. Ciò non significa che il patto parasociale non possa già di per sé risultare invalido o comunque inefficace per conflitto diretto o indiretto con l'ordinamento societario ancor prima della sua concreta esecuzione. Infatti può darsi il caso del patto parasociale a contenuto predeterminato che abbia oggetto o causa illeciti poiché le prestazioni in esso dedotte o la funzione si pongano in

⁹ Cfr. Tucci, *Patti parasociali e governance nel mercato finanziario*, Bari, 2005, 91

contrasto con i principi generali o norme inderogabili dell'ordinamento societario¹⁰, o ancora costituiscano il mezzo per eluderne l'osservanza. Significa invece che non ogni norma imperativa a cui sia soggetto il tipo sociale di riferimento debba aprioristicamente essere considerata un limite di validità anche del patto parasociale, dovendosi adeguatamente ponderare la *ratio* della norma e della sua inderogabilità statutaria e potendo un patto, in solo apparente contrasto con norma inderogabile, perseguire comunque interessi meritevoli di tutela che ne giustificano la salvezza¹¹ o, per i suoi limitati effetti, non incidere su aspetti tipologici essenziali della società¹².

Sotto il profilo dell'efficacia, d'altra parte, la circostanza che il vincolo parasociale operi su un terreno esterno a quello dell'organizzazione sociale non necessita di per sé la negazione di qualsivoglia incidenza delle obbligazioni parasociali sulla vita societaria. La distinzione dell'ambito parasociale dall'ambito sociale comporta, più correttamente, che le vicende parasociali possano incidere sulla vita sociale, fatti salvi i casi

¹⁰ Si pensi ad esempio al patto che abbia direttamente ad oggetto l'esercizio del diritto di voto per l'adozione di una predeterminata deliberazione affetta da vizi di nullità.

¹¹ È opportuno richiamare il dibattito sulla validità dei patti parasociali che prevedono la retrocessione della partecipazione sociale a "prezzo garantito" così da escludere il socio acquirente dal rischio di dover sopportare *pro quota* le perdite che *medio tempore* la società dovesse soffrire. Per la necessità di distinguere tra patto parasociale finalizzato all'elusione del divieto di patto leonino di cui all'art. 2265 c.c., in quanto tale illecito, e patto parasociale che, pur escludendo un socio da utili e perdite, persegua autonomi interessi meritevoli, ex art. 1322 c.c., di tutela e in quanto tale lecito. Cass. 29 Ottobre 1994, n. 8927, in *Giur. Comm.*, 1995, II, 478, nota di Ciaffi, *Finanziarie regionali e patto leonino*; e in *Notariato*, 1995, 244, nota di La Porta, *Patti parasociali e patto leonino*. Per l'interpretazione del divieto di patto leonino nel senso della sua inapplicabilità a patti parasociali che garantiscono la vendita a prezzo predeterminato a favore del socio minoritario escluso dalla gestione sociale: Trib. Cagliari, 3 Aprile 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 746, nota di Santagata, *Partecipazioni in s.r.l. a scopo di finanziamento e divieto di patto leonino*.

¹² Cfr. Rescio, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amico rum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale*, I, Torino, 2007, 481

espressamente previsti dalla legge, soltanto se e nella misura in cui gli effetti di tale incidenza siano compatibili con il corretto e ordinato funzionamento della società e dei suoi organi.

È insegnamento risalente e largamente condiviso che i patti parasociali abbiano efficacia esclusivamente obbligatoria. Con tale espressione si suole fare riferimento alla circostanza che il patto parasociale, in quanto esterno ed estraneo alla società e ai soci che non vi partecipano, vincoli soltanto i soci, o soci e terzi, che vi aderiscono¹³. Ossia, esso non è opponibile alla società e ai soci non aderenti in applicazione del principio generale per cui il contratto non produce effetto rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge e del corollario secondo cui il divieto di alienare quote di società stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti (art. 1379 c.c.).

I patti parasociali, difettando del requisito dell'opponibilità *erga omnes*, non spiegano quindi efficacia analoga a quella delle clausole statutarie.

È facile dedurre che a fronte di un'efficacia meramente obbligatoria il rimedio previsto per il caso di inadempimento possa essere solo quello del risarcimento del danno¹⁴. Dalle pronunce dei giudici di legittimità, quanto di merito, si percepisce come non vi sia spazio per rimedi di altra natura, quali la condanna all'adempimento e l'esecuzione in forma specifica, e quindi, di riflesso, non vi sia margine *a fortiori* per

¹³ *Ex multis* Cass. 21 Novembre 2001, n. 14629, in *Società*, 2002, 1246, nota di Proverbio; Cass. 23 Novembre 2001, n. 14865, in *Giur. Comm.*, 2002, II, 667, nota di Costi, *La Cassazione e i sindacati di voto: tra dogmi e "natura delle cose"*; Cass. 5 Marzo 2008, n. 5963, in *Foro It.*, 2009, 2195.

¹⁴ In tal senso, Cass. 5 Marzo 2008, n. 5963, in *Foro It.*, 2009, 2195, "*I patti di sindacato sono accordi atipici volti a disciplinare, tra i soci contraenti ed in via meramente obbligatoria, con conseguenze meramente risarcitorie, i rapporti interni fra di essi*".

provvedimenti cautelari anticipatori quali il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

La giurisprudenza afferma con serenità l'efficacia meramente obbligatoria in ambito di patti parasociali, ma tale affermazione assume una duplice accezione: l'una attinente al perimetro dei soggetti vincolati e agli eventuali riflessi "esterni" al patto scaturenti la violazione; l'altra riguardante la natura dell'obbligo parasociale e le conseguenze "interne" al patto potenzialmente derivanti dalla sua violazione¹⁵. In primo luogo, efficacia meramente obbligatoria, significherebbe che i patti parasociali vincolano esclusivamente i soggetti contraenti, ne deriva, quale corollario, la loro inopponibilità alla società e agli altri soci non contraenti, di conseguenza l'impossibilità di far ricadere sulla prima o sui secondi gli effetti di un eventuale inadempimento. In secondo luogo, efficacia meramente obbligatoria, significherebbe che il contraente rimane sempre libero di esercitare, ad esempio, il proprio diritto di voto, nel caso di sindacati di voto, come meglio ritiene opportuno, e quindi di optare eventualmente per la violazione del patto parasociale, circostanza che a sua volta escluderebbe la liceità dei patti parasociali di voto c.d. "ad efficacia reale"¹⁶ e comporterebbe la sanzionabilità di eventuali inadempimenti esclusivamente con il rimedio risarcitorio. Se ne deduce anche

¹⁵ In dottrina, per tutti, Rescio, *op. cit.*, 504.

¹⁶ Con tale espressione si intendono i patti parasociali assistiti da strumenti di *self-enforcement*, rimedi accessori che privano ex ante il partecipante della possibilità di deviare dalle pattuizioni parasociali, quali l'intestazione fiduciaria delle azioni, il conferimento a terzi di un mandato irrevocabile per esercitare i diritti conformemente a quanto previsto nel patto, e simili. Al riguardo, Restio, *op. cit.*, 514, 613 e 656. Sulla legittimità di tali patti Trib. Milano, 14 Aprile 1989, in *Giur. Comm.*, 1009, II, 158, nota di Farenga, *Sindacato di voto, "sindacato del giudice" e "coercizione" dell'esercizio del voto in assemblea*; Trib. Milano, 28 Marzo 1990, in *Giur. Comm.*, 1992, II, 327, nota di Leozappa, *In tema di sindacato di voto*; App. Roma 24 Gennaio 1991, in *Foro It.*, 1991, I, 1861, nota di Caso, *"De Bello Segratense": di arbitrati, patti parasociali ed altro ancora*.

l'inutilizzabilità dei rimedi di esecuzione coattiva nonché, coerentemente, dei rimedi cautelari che ne possano anticipare gli effetti.

In dottrina è largamente dominante l'orientamento secondo cui l'esecuzione in forma specifica dei patti parasociali in generale non sia ammissibile. Tale inammissibilità è significativamente argomentata alla luce di diverse considerazioni di ordine sistematico.

Si afferma che la possibilità di non adempiere al patto parasociale sia *"il requisito indispensabile che fa sì che il patto parasociale non incida sui profili tipologici essenziali e sugli altri aspetti inderogabili che compongono la struttura tipica minima delle società azionarie¹⁷"*. Ma ancora che, non potendo la violazione di un patto parasociale comportare l'invalidità della delibera di un organo societario, non si può di conseguenza ammettere una loro esecuzione in forma specifica¹⁸. Dunque, l'elemento che per primo osterebbe alla coercibilità dei patti parasociali sarebbe la salvaguardia dell'ordinato e corretto funzionamento degli organi sociali.

Vi è però da chiedersi se il rimedio dell'esecuzione coattiva del patto violato sia più efficiente, e quindi auspicabile per colui che risulta leso dalla violazione del patto, rispetto al rimedio del risarcimento del danno.

L'analisi economica del diritto contrattuale ha rivalutato il rimedio del risarcimento del danno per equivalente quale

¹⁷ Fiorio, *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2009, 71.

¹⁸ Libertini, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli artt. 2341-bis e 2341-ter del codice civile*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 4, Torino, 2007, 483.

alternativa alla tutela in forma specifica, purché ricorrano determinate condizioni.

Chiovenda affermava che per aversi effettiva tutela del diritto fatto valere in sede giurisdizionale *"il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire¹⁹"*. Tuttavia il rimedio del risarcimento del danno per equivalente liquidato dal giudice è considerato più efficiente della tutela in forma specifica se è in grado di assicurare realmente alla parte adempiente l'integrale ristoro dei danni subiti. In tal caso, infatti, non vi è dubbio che il rimedio del risarcimento integrale del danno sia il rimedio che le parti sceglierebbero e avrebbero scelto se potessero, o avessero potuto, negoziare *ex ante* il rimedio per il caso di inadempimento alle reciproche obbligazioni. Il rimedio del risarcimento integrale del danno, infatti, attribuisce a ciascuna parte l'alternativa tra adempiere ovvero non adempiere e pagare i conseguenti danni, riserva che dovrebbe essere sciolta di volta in volta sulla base di una personale valutazione dei costi e dei benefici dell'adempimento e dell'inadempimento, fermo restando che la certezza della riparazione integrale del danno lascerebbe per definizione indifferente la controparte adempiente²⁰. Tuttavia, in materia di patti parasociali, vi sono diversi motivi che fanno ritenere il rimedio del risarcimento del danno *sub* ottimale rispetto al rimedio dell'esecuzione in forma specifica.

¹⁹ Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale* 22, I, Napoli, 1935, 41

²⁰ Tale è la teoria dell'"efficient breach" (Posner, *Economic Analysis of Law* 6, New York, Aspen, 2003, 118). La citata teoria, a seguito di una consolidata acquisizione dell'analisi economica del diritto contrattuale, illustra le circostanze in cui l'inadempimento può rivelarsi più efficiente, per le parti e per il sistema economico nel suo complesso, dell'adempimento. Anche Pardolesi, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Quadrimestre*, 1988, 78.

In primo luogo vi è da considerare che il danno da violazione di patto parasociale non è agevolmente quantificabile²¹. Ad esempio, risulta assai complesso per i giudici attribuire *ex post* un valore monetario al danno patito da colui al quale era stata fatta per contratto una promessa, poi disattesa, di cooperare, anche attraverso un esercizio coordinato dei diritti di voto in assemblea, per la stabilizzazione degli assetti proprietari o del governo di una società per azioni. Ma ancora, valutare il danno patito da colui che, a causa dell'inadempimento del patto parasociale, viene privato della possibilità di conseguire, singolarmente o congiuntamente, l'atteso controllo di fatto o, ancor più, di diritto della società ovvero è costretto a subire un capovolgimento dei rapporti di forza assembleare a favore dei soci concorrenti²². Tale difficoltà è nella natura delle cose, poiché l'entità del danno in queste circostanze, dipendendo da innumerevoli variabili, assume una connotazione altamente soggettiva, che per il giudice non è agevole ricostruire in modo obiettivo *ex post*²³. Ogni volta che il bene perso a causa dell'inadempimento altrui non ha un sostituto reperibile sul mercato e non ha quindi un prezzo di mercato obiettivamente verificabile, ogni tentativo di stima giudiziale corre il rischio di essere quantificato con errore, per eccesso o per difetto. Quando il rischio di liquidazione del danno in modo imperfetto è

²¹ Rescio, *op. cit.*, 555.

²² Trib. Belluno, 23 Gennaio 2010, in *Giur. Comm.*, 2011, 6, 1498, nota di Pomelli, *Stipulazione per facta concludentia, efficacia e coercibilità dei patti parasociali di voto*.

²³ Cfr. Trimarchi, *Strumenti per assicurare l'adempimento dei sindacati di voto, in Sindacati di voto e sindacati di blocco, a cura di Bonelli e Jaeger, Milano, 1993, 115*. Per l'ammissione dell'impossibilità di quantificare i danni emergenti derivanti dalla violazione di un diritto di prelazione parasociale comportante la formazione di maggioranze sgradite alle parti lese, Cass. 5 marzo 2008, n. 5963, in *Foro It.*, 2009, 2195. Per un tentativo di stima del danno, pari alla mancata utilità provocata dall'inadempimento Trib. Milano, 2 Luglio 2001, in *Giur. It.*, 2001, 562.

elevato, il rimedio obbligatorio non è ben posizionato per assicurare un risultato efficiente²⁴. Né la tutela risarcitoria può conseguentemente reputarsi la forma di tutela che le parti avrebbero scelto se avessero potuto esprimere la propria preferenza nel contratto. È infatti evidente che se il sistema consentisse a ciascuna parte di contare all'occorrenza sul fatto di non dover internalizzare integralmente i costi del proprio futuro inadempimento, l'opzione tra la scelta dell'inadempimento anziché generare beneficio netto in termini di minori costi per l'inadempiente, nell'indifferenza della controparte adempiente, genererebbe una perdita netta per la controparte adempiente, nella misura in cui il danno non trovasse adeguato ristoro. Tanto maggiore è il rischio di una stima inaccurata dei danni, tanto maggiore è l'opportunità di avvalersi di rimedi alternativi, quali la tutela specifica.

I rimedi reali, che nel caso dei contratti parasociali consisterebbero in ipotesi nella condanna all'adempimento e nell'esecuzione in forma specifica della condanna se non spontaneamente eseguita e ancora prima nella tutela cautelare, comportano certamente costi che potrebbero porre in dubbio l'opportunità. In primo luogo, il costo in sé per l'amministrazione della giustizia dell'esecuzione in forma specifica, che è superiore al costo dell'esecuzione in forma

²⁴ Fermo restando che motivazioni diverse da quelle della piena ed efficace tutela degli interessi della vittima potrebbero comunque giustificare la preferenza per i rimedi obbligatori in luogo dei rimedi reali. L'ordinamento societario uscito dalla riforma del 2003, ad esempio, propende nettamente per i rimedi obbligatori perché si ripropone di tutelare certezza e stabilità degli effetti prodotti dagli atti societari nell'interesse, ritenuto prioritario, di tutti i soci e dei terzi, anche se il rimedio obbligatorio possa risultare non pienamente soddisfacente per la parte lesa. Non è detto però che in ambito parasociale siano avvertite le medesime esigenze proprie dell'ambito sociale, pur essendo l'uno funzionalmente collegato all'altro.

generica sul patrimonio del debitore²⁵. In secondo luogo, il costo che deriva dalla preclusione di inadempimenti efficienti. Quando infatti la parte che ha diritto di ricevere la prestazione può ottenerla coattivamente anche contro il volere dell'obbligato, quest'ultimo è privato dell'opzione di scegliere tra adempimento e inadempimento che altrimenti eserciterebbe previo confronto dei costi dell'uno e dell'altro al momento in cui l'adempimento diviene doveroso. In siffatta ipotesi è possibile che il creditore costringa il debitore all'adempimento anche quando i benefici attesi dal creditore in virtù dell'adempimento siano inferiori ai costi che deve sostenere il debitore in conseguenza dell'adempimento. Quest'ultimo pericolo può tuttavia essere agevolmente superato quando i costi di transazione tra le parti sono relativamente bassi. Se infatti le parti possono negoziare tra loro a costo ridotto, come è ragionevole immaginare nel contesto di un ristretto numero di individui che siano parti di un contratto parasociale e che pertanto condividano uno scopo comune e interessi omogenei, nell'ipotesi in cui davvero i costi dell'adempimento per il promittente fossero superiori ai benefici per il promissario, il promittente sarebbe incentivato a domandare al promissario una rinegoziazione del contratto per ridurre il costo a suo carico e il promissario sarebbe razionalmente incentivato a cooperare per fare proprio parte del *surplus* derivante dalla cooperazione (in quanto un rifiuto ingiustificato non gli arrecherebbe nessun vantaggio aggiuntivo), potendo assicurare per sé un beneficio addizionale

²⁵ Nel caso in cui non vi sia denaro liquido nel patrimonio del debitore vi sarebbe la necessità di espropriare i suoi beni per convertirli in denaro, in tale ipotesi però l'ordinamento compierebbe una complessa e costosa serie di atti strumentali, cfr. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2009, 25.

rispetto alla propria posizione contrattuale di partenza (che, altrimenti, se non potesse ricavare parte del *surplus* da rinegoziare non addiverrebbe allo scambio). Ad esempio, il creditore della prestazione potrebbe accettare di sciogliere il debitore dai suoi vincoli in cambio di un risarcimento monetario adeguato o di una prestazione alternativa di suo gradimento.

Se davvero i costi di transazione nel contesto della negoziazione o rinegoziazione di patti parasociali fossero relativamente bassi, potrebbe obiettarsi che le parti sarebbero nella possibilità di condividere già in contratto il rimedio preferito per il caso di inadempimento. Il rimedio sul quale tutte le parti verosimilmente convergerebbero sarebbe quello del risarcimento integrale dei danni in caso di inadempimento di alcuno dei contraenti, nella consapevolezza, in ipotesi, dell'impossibilità di avvalersi, poiché non fornita dall'ordinamento, di una tutela reale e del pericolo di errore nella stima monetaria dei futuri eventuali danni da parte dei giudici. Le parti avrebbero tutti gli incentivi a inserire in contratto una clausola penale che sostituisca una stima privata *ex ante* dei potenziali danni ad una valutazione giudiziale *ex post*, realisticamente meno accurata della precedente perché data da un soggetto terzo.

In effetti, di fronte alle incertezze relative alla quantificazione dei danni in caso di inadempimento, le parti contraenti di patti parasociali sovente negoziano una clausola penale ex art. 1382 c.c.

Tuttavia, il rimedio privato della clausola penale, così come è congegnato dal nostro ordinamento, non assicura un risultato sicuramente efficiente, poiché l'art. 1384 c.c. attribuisce al giudice il potere di ridurre "equamente", *ex post*, l'entità della somma dovuta quando essa appaia, al giudice medesimo,

manifestamente eccessiva, sia pure avendo riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Come è stato efficientemente notato, un importo che ex post appaia più elevato, può comunque aver agevolato ex ante la contrattazione tra le parti, nel senso che ambo le parti potrebbero essersi determinate a concludere il contratto proprio confidando in quell'ammontare della clausola penale per il caso di futuro inadempimento a danno dell'una o dell'altra, con la conseguenza che se tale parte avesse avuto consapevolezza della futura riduzione non avrebbe stipulato il patto in prima istanza²⁶.

Da quanto detto, emerge che, almeno in teoria, considerati i relativamente ridotti costi di transazione nel contesto della negoziazione di patti parasociali, l'elevata incertezza della

²⁶ Due sono le funzioni che si ritiene possano essere svolte dalla clausola penale. Una prima funzione sarebbe di tipo assicurativo. Quando il valore di una prestazione è soggettivamente elevato per una parte e l'altra parte è l'unico soggetto che può tutelare la prima dal rischio di mancata esecuzione della prestazione, la penale rappresenta la copertura assicurativa di tale rischio a fronte del premio che verosimilmente la parte "assicuratrice" ha richiesto in termini di aumento del valore della controprestazione richiesta (Goetz e Scott, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and Theory of Efficient Breach*, in *Columbia Law Review*, vol. 77, 1977, 554). Se a seguito del "sinistro" la liquidazione del danno fosse inferiore a quella originariamente negoziata, la funzione assicurativa andrebbe frustrata e il pagamento del premio risulterebbe ex post ingiustificato. Una seconda funzione attiene alla segnalazione da parte del promittente della propria credibilità al promissario. Più alta è la penale accettata dal promittente, tanto maggiore deve essere la fiducia di questi nella sua capacità di adempiere e forte la sua volontà di onorare i suoi impegni, con effetti rassicuranti per il promissario (Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, II, Bologna, 2006, 159). Questa funzione andrebbe frustrata se successivamente il promittente potesse convincere il giudice della sua manifesta eccessività. Vi è così il rischio che il promittente accetti strategicamente un elevato importo nella consapevolezza che, al tempo dell'adempimento, potrà optare per l'inadempimento e tentare una contestazione della clausola in giudizio, frustrando quella che altrimenti sarebbe la relativa superiorità del rimedio privato della clausola penale rispetto al rimedio pubblico della liquidazione del danno per via giudiziale a fronte di una forte incertezza relativa al valore soggettivo della prestazione mancata (Pardolesi, *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Politica e diritto*, 1978, 723; Mattei, *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1996, 603).

stima dei danni lasciata alla discrezionalità del giudice, la relativa incertezza della tenuta di una clausola penale contestata in giudizio, il rimedio più efficiente di fronte all'inadempimento di patti parasociali parrebbe essere quello della condanna all'adempimento e, nel caso, della conseguente esecuzione in forma specifica.

Una responsabilità risarcitoria non correttamente calibrata potrebbe incentivare a violare il contratto troppo spesso, alimentando l'opportunismo dei soggetti in mala fede, e rendere i soggetti di buona fede riluttanti a stipulare contratti sociali e parasociali (quando l'adesione ai primi sia condizionata alla simultanea accettazione dei secondi) o indurli potenzialmente ad esigere un premio per il rischio più elevato, con effetti negativi tanto sul funzionamento del mercato degli investimenti azionari, poiché l'incertezza relativa alla tenuta e all'adempimento dei contratti parasociali potrebbe creare fenomeni di selezione avversa, quanto, di conseguenza, sull'ottimale impiego e circolazione della ricchezza.

Al rischio di una condanna al risarcimento si aggiunge, quale deterrente contro l'inadempimento, anche la responsabilità reputazionale che graverebbe sull'inadempiente. L'efficacia della minaccia risarcitoria e reputazionale non sembrano però sempre determinanti nel dissuadere dall'inadempimento, se è vero che il numero delle controversie riguardanti patti parasociali giunte a sentenza è andato crescendo negli ultimi anni²⁷.

In definitiva, anche dal punto di vista della desiderabilità sociale, contrariamente a quanto talvolta si afferma, varrebbe la pena di assicurare il rispetto del principio "*pacta sunt*

²⁷ Pomelli, *op. cit.*, 1498.

servanda" piuttosto che la libertà del singolo socio di violare legittimi patti, contribuendo il primo e non la seconda a porre le precondizioni per attrarre investimenti e prevenire ad un'efficiente gestione della società. Né la promozione in questo contesto di istanze di natura diversa da quella efficientistica, come ad esempio istanze di tipo equitativo o altro, condurrebbe a conclusioni difformi.

Così, benché la tutela in forma specifica appaia desiderabile, il suo impiego è alquanto incompatibile con il diritto positivo vigente.

In definitiva, ai sensi dell'art. 1372 c.c. "*il contratto ha forza di legge tra le parti Non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*", non essendo il patto parasociale uno dei casi previsti dalla legge, è del tutto ovvio che il patto abbia efficacia obbligatoria e non reale, di conseguenza non trova spazio la tutela in forma specifica.

1.3 Efficacia reale e tutela del sindacato di voto, Ord. Trib. Genova 08.07.2004

L'Ordinanza emessa dal Tribunale di Genova in data 08.07.2004, rappresenta una delle prime decisioni giurisprudenziali, in tema di patti parasociali, successive alla riforma del diritto societario e, quindi, alla conseguente introduzione degli artt. 2341-bis e 2341-ter c.c.²⁸.

²⁸ Con la nuova disciplina, i patti parasociali sono riconosciuti in più contenuti tipici al fine di stabilizzare gli assetti proprietari e il governo della società ed inoltre sono destinati "*ad operare alla luce del sole e proprio in sede assembleare*": Oppo, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, 476.

È innanzitutto opportuno ricostruire, al fine di poter meglio comprendere il valore della pronuncia in commento, quanto accaduto nella fattispecie sottoposta alla cognizione del Tribunale di Genova.

Accadeva che veniva stipulato, da parte di alcuni soci di una s.r.l. un patto parasociale avente ad oggetto un sindacato di voto²⁹ connesso ad un sindacato di blocco³⁰. La partecipazione sindacata era pari, direttamente o tramite intestazione a società fiduciaria, al 53% del capitale sociale. Si stabiliva anche che le società fiduciarie interessate erano tutte tenute egualmente al rispetto degli accordi di sindacato al pari degli aderenti al patto stesso. In seguito, uno sei contraenti cedeva parte delle proprie quote violando il sindacato di blocco, nonché la clausola di prelazione inserita nello statuto. Pertanto, gli altri soci sindacati ricorrevano, in via d'urgenza, al Tribunale competente affinché questo ritenesse inefficace tale cessione di quote, data la violazione della convenzione parasociale, oltre che della suddetta clausola e ordinasse alla società fiduciaria intestataria della partecipazione sociale

²⁹ Di seguito la convenzione parasociale relativa al voto: "Tutte le deliberazioni dell'Assemblea GT FIN (l'"Assemblea") dovranno essere preventivamente sottoposte alla approvazione dei Soci e dovranno essere approvate dagli stessi secondo quanto di seguito indicato. A tal fine i Soci si riuniranno prima della tenuta di ciascuna Assemblea per discutere ed esprimere il proprio voto in ordine agli argomenti posti all'ordine del giorno dall'Assemblea stessa. In tale riunione ciascun Socio potrà farsi rappresentare da un altro Socio e della riunione sarà redatto un sintetico verbale a cura di un Segretario designato. Le parti si impegnano a sottoscrivere, entro il termine di ciascuna riunione di sindacato, istruzioni congiunte e irrevocabili a votare in Assemblea secondo le determinazioni assunte in sede preliminare dai soci nell'ambito della convenzione. In particolare le deliberazioni sottoposte all'approvazione preliminare dei soci dovranno essere approvate dalla maggioranza degli stessi. La votazione avverrà per teste".

³⁰ Cfr., sui patti aventi tale morfologia, Castellano, *Il patto parasociale Mediobanca: sindacato di blocco e sindacato di voto*, in *Giur. Comm.*, 1985, I, 324.

ceduta di votare in assemblea in conformità a quanto stabilito dalla decisione dei soci sindacati.

Ambedue le richieste vengono accolte.

La pronuncia in commento afferma, in primo luogo, che è valido un accordo di voto in base al quale le decisioni vengono assunte all'interno del sindacato a maggioranza calcolata per teste. Su questo punto il Tribunale di Genova appare allinearsi a quanto sancito dalla recente giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto tendenzialmente meritevoli di tutela tali contratti, senza indagare, peraltro, quale fosse il modo di raggiungimento della maggioranza³¹. Tale opzione favorevole viene raggiunta solo in seguito ad una lunga evoluzione presentata nei paragrafi che precedono.

La pronuncia in oggetto, però autorizza a chiedersi se vi siano forme di tutela preventiva avverso la probabile futura violazione del patto, ovvero se i soci sindacati, avvedutisi dall'intenzione di uno di essi di non votare in modo conforme a quanto stabilito, possano ottenere un provvedimento giudiziale che imponga di attenersi alla volontà espressa dal sindacato³².

La richiesta di un provvedimento d'urgenza in tal senso è prospettabile quando, come nel caso *de quo*, gli aderenti al patto si accorgano prima dell'assemblea che vi sono dei soci che non intendono rispettare la decisione assunta dalla maggioranza dei partecipanti al sindacato.

³¹ Ex multis: Cass. 19 Febbraio 1954, n. 442, in *Giur. Compl.cass. civ.*, 1954, IV, 311; Cass. 25 Gennaio 1965, n. 136, in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, II, 20; Cass. 22 Dicembre 1969, n. 40, in *Dir. Fall.*, 1970, II, 457.

³² Nell'ottica di tutela dei contraenti, per il beneficiario del vincolo la migliore pretesa possibile sarebbe il poter chiedere la condanna del promittente all'adempimento: Rescio, *op. cit. nt. 8*, 559; in senso conforme Trimarchi, *op. cit.*, 116, ove l'esigenza di cercare assicurare in forma specifica l'attuazione dei patti relativi all'esercizio del diritto di voto in assemblea.

La tutela ex art. 700 c.p.c. sembra essere astrattamente aspergibile, quale rimedio cautelare atipico e di natura residuale, non essendovi rimedi *ad hoc*³³. Un provvedimento del genere dovrebbe però rientrare negli artt. 2930 e seguenti del codice civile, ovvero in quelle norme dedicate all'esecuzione forzata in forma specifica. Si ritiene, infatti, che la tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. sia comunque soggetta ai "limiti sostanziali" posti da tali norme³⁴.

In dottrina si è discusso soprattutto sull'applicabilità o meno dell'art. 2932 c.c. al fine di ottenere esecuzione in forma specifica di un sindacato di voto; si esclude in ogni caso che possano applicarsi gli artt. 2930 e 2933 c.c., riguardando, il primo, l'esecuzione forzata per consegna o rilascio ed il secondo l'esecuzione degli obblighi di non fare, ovvero fattispecie che nulla hanno a che vedere con quella in esame³⁵. Ed infatti, nonostante la norma si riferisca testualmente all'obbligo di concludere un contratto, si è detto che, essendo la prestazione di voto un atto unilaterale a contenuto patrimoniale, l'art. 2932 c.c. sarebbe applicabile al caso in esame, in base del rinvio operato dall'art. 1324 c.c.³⁶.

³³ È opportuno precisare che, trattandosi di una tutela anticipatoria rispetto al giudizio di merito, il relativo provvedimento deve potersi ottenere anche in sede di giudizio definitivo. In tal senso Arieta, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1982, 55; sul tema in oggetto: Cottino, *op. cit.*, 274; Farenga, *op. cit.*, 387.

³⁴ Arieta, *op. cit.*, 255.

³⁵ Per l'inapplicabilità al caso in esame degli artt. 2930 e 2933 c.c., Cottino, *op. cit.*, 272.

³⁶ In tal senso, Santini, *Esecuzione specifica di accordi parasociali*, in *Arch. Giur.*, 1968, 483. L'Autore ritiene esperibile tale soluzione in quei casi in cui esiste un divario di tempo, anche lieve, tra manifestazione di volontà contraria all'adempimento e scadenza del tempo utile per adempiere al patto parasociale, eventualmente avvalendosi anche della procedura d'urgenza ex art. 700 c.p.c. Negli stessi limiti si esprime, in nota al provvedimento in esame, Macrì, *L'efficacia dei patti parasociali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, II, 247.

Invero, la riferibilità dell'art. 2932 c.c. anche a fattispecie diverse da quella del contratto preliminare è discussa in dottrina³⁷. Una possibile ricostruzione porta a ritenere che il contratto preliminare sia collocabile all'interno del più ampio *genus* dell'obbligo a contrarre e si propone quindi l'applicabilità dell'art. 2932 c.c. anche ad altre ipotesi.

Precisamente, si propende per l'applicabilità dell'art. 2932 c.c. anche agli obblighi a contrarre che trovano al propria fonte nella legge, come ad esempio l'ipotesi prevista dall'art. 2597 c.c. "Obbligo di contrarre nel caso di monopolio", e non nella volontà delle parti come la fattispecie del contratto preliminare³⁸.

Tuttavia, nel caso in analisi, nessun obbligo a contrarre sussiste e ciò che si andrebbe a produrre non sarebbero di certo gli effetti di un contratto non concluso³⁹. Ciò basta per escludere che il fondamento normativo per ottenere un provvedimento che imponga di votare in un certo modo sia l'art. 2932 c.c.

³⁷ In senso contrario, Cottino, *op. cit.*, 271, considerato che tale norma "regola specificamente, con disposizione innovatrice rispetto al codice abrogato, la fattispecie del così detto contratto preliminare". Ritiene possibile l'applicazione in via estensiva dell'art. 2932 c.c. quantomeno alle ipotesi di "inadempimento di obbligazioni di emettere una dichiarazione di volontà di un determinato contenuto" Micheli, *Tutela dei diritti*, in Commentario del diritto civile, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1977, 195. Crf. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato, a cura di Rescigno, XX, II, Tutela dei diritti*, Torino, 1998, 409.

³⁸ Messineo, *Voce "Contratto preliminare"*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 166. Crf. Per l'analisi di una serie di ipotesi cui si ritiene applicabile l'art. 2932 c.c., Vassalli, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.)*, Padova, 1995, 122.

³⁹ Così già Oppo, *op. cit.*, 129.; conformi, tra gli altri: Santoni, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, 250 e Carbone, *Le convenzioni di voto e la teoria generale del contratto*, in *N. giur. Civ. comm.*, 1992, II, 84, che ritiene difficile estendere l'art. 2932 c.c. alla "dichiarazione di voto la quale non è che una manifestazione di volontà e non un atto negoziale". In giurisprudenza, specificatamente contrari all'applicabilità dell'art. 2932 c.c. per l'esecuzione in forma specifica di patti parasociali, Trib. Napoli, 18 Febbraio 1997, in *Società*, 1997, 935; Trib. Milano, 14 Febbraio 1980, in *Rass. Dir. Civ.*, 1981, 197.

A diversa conclusione, seppur con qualche difficoltà, potrebbe invece pervenirsi richiamando l'art. 2931 c.c. Al riguardo, si è osservato che tale disposizione attiene agli obblighi di fare e non, invece, all'obbligo di emettere una dichiarazione⁴⁰. Tuttavia, quand'anche si volesse pensare alla prestazione di voto quale un obbligo di fare, il principale ostacolo avverso l'applicabilità dell'art. 2931 c.c. è che l'esercizio del diritto di voto è un *facere* infungibile, ossia non eseguibile coattivamente⁴¹.

Il punto non è però affatto pacifico in giurisprudenza⁴². Non di rado, infatti, si tende ad ammettere la condanna a prestazioni di *facere* giuridici, tipicamente infungibili, pur nella consapevolezza delle difficoltà relative alla coercibilità di tali obblighi⁴³. I relativi provvedimenti potrebbero, infatti, non essere mai eseguiti in via coattiva, data la necessaria partecipazione

⁴⁰ In tal senso Farenaga, *Sindacato di voto, "sindacato del giudice" e "coercizione" dell'esercizio del voto in assemblea*, in *Giur. Comm.*, 1990, II, 172, in nota a Trib. Milano 14 Aprile 1989, ivi, 1990, II, 158. Un provvedimento del genere, sottolinea l'Autore, sarebbe "del tutto atipico".

⁴¹ V. sul punto Trib. Roma, 20 Dicembre 1996, in *Giur. Comm.*, 1997, II, 119, nota di Sannoni, *Una richiesta di esecuzione specifica di accordi parasociali*. Tale ordinanza ritiene che non sia possibile emanare provvedimenti volti all'esecuzione di obblighi di *facere* infungibili, quali sono quelli che ordinano di votare in un certo modo o di astenersi dal votare in modo difforme dal sindacato di voto. In senso contrario, Macrì, *op. cit.*, 251, secondo cui, non trattandosi di un *facere* materialmente e inscindibilmente legato alla persona del debitore, potrebbe essere soddisfatto attraverso l'intervento sostitutivo dell'autorità giudiziaria..

⁴² Per l'orientamento che esclude la possibilità di condanna a prestazioni di *facere* infungibili, con la conseguenza impossibilità di emanare provvedimenti del genere anche ex art. 700 c.p.c., essendo il provvedimento d'urgenza solo anticipatorio degli effetti della pronuncia di merito: Cass. 24 Agosto 1994, n. 7500; Trib. Roma, 12 Settembre 2002, in *Foro It.*, 2002, I, 3207; Trib. Cagliari, 26 Febbraio 1998, in *Riv. Giur. Sarda*, 1999, 145; Trib. Palermo, 28 Luglio 1995, in *Foro It.*, 1996, I, 2252; Trib. Napoli, 31 Marzo 1993, in *Giust. Civ.*, 1993, I, 2245.

⁴³ A favore di tale orientamento: Cass. 13 Ottobre 1997, n. 9957, in *N. giur. Civ. comm.*, 1998, I, 871; in dottrina Proto Pisani, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 19; Tommaseo, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 353; Id, *Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un *facere* infungibile*, in *Studium iuris*, 1997, 1279. In senso contrario, Mandrioli, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1976, 1342.

dell'obbligato; d'altronde "ogni fare o non fare, se è dedotto come tale in obbligazione, è sempre, in senso proprio, infungibile" e pertanto "gli strumenti processuali in discorso non possono mai essere di specifica esecuzione forzata dell'originaria obbligazione di fare o di non fare, ma sono, sempre, inevitabilmente, di risarcimento del danno"⁴⁴. La ratio risiede innanzitutto nella possibilità che una decisione del genere, in sede cautelare o definitiva, sia comunque idonea a produrre i suoi effetti tipici nel caso di esecuzione volontaria da parte del debitore, ma non solo, poiché la stessa pronuncia sarebbe altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dalla possibile inosservanza dell'ordine in essa contenuto) in riferimento ad un'eventuale domanda di risarcimento danni, rispetto alla quale la condanna ad un *facere* infungibile assumerebbe valenza sostanziale di sentenza di accertamento⁴⁵.

In realtà, un provvedimento del genere si scontrerebbe con il principio, sostenuto dalla giurisprudenza in materia di patti parasociali, in base a cui il socio deve essere libero di esprimere il proprio voto in assemblea come più ritiene opportuno, è cioè la possibilità di essere inadempienti che rende validi gli accordi parasociali di voto⁴⁶. Perciò, da una parte, si è sostenuta l'illegittimità di ogni obbligo, emesso dal giudice nei confronti

⁴⁴ Così Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile, fondato da Vassalli*, XIV, 4, Torino, 1985, 157. Cfr. Id, *I provvedimenti di urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, 148.

⁴⁵ In questi termini Cass. 13 Ottobre 1997, n. 9957, in *N. giur. Civ. comm.*, 1998, I, 871; Cass. 17 Luglio 1992, n. 8721, in *Riv. Giur. Lav.*, 1992, II, 996; Trib. Roma 17 Febbraio 2000, in *Giur. It.*, 2001, 300; Trib. Roma, 17 Gennaio 1996, in *Foro it.*, 1996, I, 2251.

⁴⁶ Così: Cass. 20 Settembre 1995, n. 9975, in *Giur. Comm.*, 1997, II, 50, ove si dice che "nessuno potrebbe impedire a quel socio di optare per il non rispetto del patto di sindacato ogni qual volta, a suo personale giudizio, l'interesse ad un certo esito della votazione assembleare prevalga sul rischio di dover rispondere dell'inadempimento verso gli altri partecipanti al patto di sindacato".

del socio, a votare in un determinato modo⁴⁷ e, dall'altra, parte della giurisprudenza riconosce, invero, la possibilità di condanna ad un *facere* infungibile⁴⁸. L'utilità comunque non sarebbe irrilevante. Oltre ad una evidente efficacia deterrente volta a scoraggiare l'inadempimento, è logico e giusto offrire ai contraenti la migliore tutela possibile, e, secondariamente, il diritto al risarcimento dei danni senza che a tal fine sia necessaria alcuna pronuncia di accertamento.

Resta però la contraddizione: la giurisprudenza ritiene validi i sindacati di voto perché comunque il socio è libero di non adempiere agli obblighi da esso scaturenti, ma allo stesso tempo ammette provvedimenti che obbligano il socio a votare in un certo modo, come il caso dell'ordinanza in esame, oppure che impongono al socio di astenersi dal votare in modo difforme rispetto al patto⁴⁹.

La pronuncia del Tribunale di Genova desta perplessità anche alla luce dell'orientamento che tende a ritenere illegittimi quei sindacati di voto che si contraddistinguono per la presenza di taluni accorgimenti tesi ad evitarne l'inadempimento e che vengono qualificati, seppur impropriamente, come patti parasociali ad efficacia reale⁵⁰. Tali sindacati, definibili come

⁴⁷ Trib. Roma, 20 Dicembre 1996, in *Giur. Comm.*, 1997, II, 199. In tal senso viene negata la tutela cautelare: non si ritiene infatti possibile ordinare "*di votare in un certo modo in assemblea o di astenersi dal votare in modo difforme dal patto, in quanto ciò contrasterebbe con il persistente riaffermato diritto dei soci di liberamente determinarsi in assemblea*". Ma, non di meno, anche gli artt. 2931 e 2932 c.c., vengono considerati inidonei a consentire un'esecuzione in forma specifica.

⁴⁸ V., per tutte, Cass. 13 Ottobre 1997, n. 9957, in *N. giur. Civ. comm.*, 1998, I, 871 e, con riferimento ai sindacati di voto Trib. Milano 14 Aprile 1989, in *Giur. Comm.*, 1009, II, 158.

⁴⁹ Crf. Pret. Roma 10 Luglio 1985, in *Giur. Merito*, 1986, 832, ove si ordina al socio, con provvedimento d'urgenza, di non esercitare il proprio voto in assemblea.

⁵⁰ V., al riguardo, App. Roma 24 Gennaio 1991, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 448; Trib. Milano 28 Marzo 1990, in *Giur. Comm.*, 1990, II, 786, nota di Farenga, Ancora in tema di validità dei sindacati di voto. In entrambi i casi, i sindacati in oggetto

una sorta di patti di voto *vincolati*, cercano in realtà di ovviare proprio alla difficoltà di ottenere tutela in forma specifica, si tratta di sindacati di voto, i quali si caratterizzano per ulteriori pattuizioni contrattuali volte a rimettere ad un terzo, indipendentemente dagli aderenti al patto, il potere di presentarsi in assemblea e di votare in modo conforme a quanto stabilito dalla maggioranza dei contraenti, escludendo, quindi, la facoltà del socio di intervenire nell'assemblea sociale per esprimere il proprio voto in violazione dell'impegno assunto. Le possibilità di strutturare un sindacato di voto di questo tipo sono svariate: mandato irrevocabile ad un rappresentante comune, girata per procura, intestazione delle azioni a società fiduciaria, conferimento delle quote sindacate in una società finanziaria (c.d. *holding*) e così via⁵¹. Tali patti sono stati definiti come "*patti di prevenzione dell'inadempimento*"⁵², infatti la loro struttura è volta ad impedire il verificarsi di eventuali inadempimenti. La dottrina prevalente li ritiene generalmente validi⁵³, ma è opportuno operare un distinguo.

Invero, proprio la disciplina di uno dei meccanismi attraverso i quali tali accordi, ovvero la rappresentanza in assemblea tramite delega, è volta alla tutela della libertà del socio di scegliere il modo in cui votare in assemblea, anche quando si è impegnato a votare in un certo modo attraverso un sindacato

sono stati ritenuti illeciti, poiché innanzitutto, il voto espresso in sede sindacata verrebbe automaticamente trasferito nell'assemblea sociale. In più vi sarebbe, stando alla prima pronuncia, l'"espropriazione" del diritto di voto del socio e lo "svuotamento" dell'assemblea sociale, violando altresì i principi di ordine pubblico che la sorreggono.

⁵¹ Sul punto v., Grassani, *I contratti parasociali*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, I, Torino, 1995, 490.

⁵² Rescio, *op. cit. nt. 8*, 613.

⁵³ Oppo, *op. cit. nt. 85* 222; Buttaro, *Sindacati azionari*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, 430; Libonati, *Il problema della validità dei sindacati di voto-. Situazione attuale e prospettive*, in *Sindacati di voto e Sindacati di blocco*, a cura di Bonelli-Jaeger, Milano, 1993, 22.

di voto⁵⁴. L'art. 2372 c.c. consente, infatti, che, per le società chiuse, la rappresentanza sia conferita anche per più di un'assemblea, ma, allo stesso tempo, stabilisce che le deleghe sono sempre revocabili nonostante ogni patto contrario⁵⁵. Per tale motivo sarebbe in questo caso sempre possibile sfuggire all'adempimento del patto, ove il socio lo ritenga più conveniente.

Pertanto, in linea generale, tutti i sindacati definiti impropriamente "ad efficacia reale" sembrano essere meritevoli di tutela ove sia comunque possibile rendersi inadempienti, ovvero nel caso in cui la possibilità di violare il patto sia solo ridotta, ma non eliminata, tali convenzioni rappresentano uno strumento di garanzia dell'adempimento del contratto parasociale, ma non è detto che sia esclusa *in re ipsa* la possibilità di essere inadempienti, basti pensare al caso della revoca della girata per procura mediante la partecipazione diretta del socio in assemblea⁵⁶. In tal caso la volontà delle parti decide di assoggettarsi ad un vincolo di voto comunque non assoluto, per cui non vi è alcun motivo di illegittimità.

Diversamente, ove sia impossibile rendersi inadempienti, bisogna comunque distinguere tra sindacati di voto, nella loro essenza di pattuizioni attraverso cui obbligarsi a predeterminare il modo in cui votare, e i patti accessori tendenti ad evitare

⁵⁴ Prima della riforma si riteneva, peraltro, che l'art. 2372 c.c. fosse posto a tutela di interessi di rilevanza generale e quindi indisponibili. In tal senso Sacchi, *L'intervento e il voto in assemblea della s.p.a. Profili procedurali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, 3, Torino, 1994, 437.

⁵⁵ V., sul punto, Fiorio, *Sub artt. 2341-bis e 2341-ter*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, I, 137.

⁵⁶ Per tale ipotesi v., Nuzzo, *Il vincolo di voto nelle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1992, 576.

l'inadempimento. I primi, infatti, ben possono restare validi, pur considerando invece nulli quelli accessori⁵⁷.

In conclusione, è possibile chiedere, in sede cautelare, il rispetto del patto di voto ed il relativo provvedimento di accoglimento, se non eseguito, può costituire presupposto per la successiva domanda di risarcimento danni. In via convenzionale, invece, è possibile tutelarsi attraverso quegli strumenti volti a favorire l'adempimento dei sindacati di voto, come pure attraverso clausole volte a scoraggiare l'inadempimento di ogni tipo di accordo parasociale⁵⁸.

1.4 I patti parasociali tra il diritto delle obbligazioni e il diritto societario. Sociale e parasociale.

Per contratti o patti o convenzioni parasociali si intendono gli accordi stipulati dai soci, da alcuni o anche da tutti, fuori dell'atto costitutivo e delle statuto, al fine di regolare *inter se* o anche nei rapporti con la società, con gli organi sociali o con terzi, un loro interesse o una loro condotta sociale. Il senso del parasociale è appunto questo: un senso di separazione dal regolamento legale e statutario del rapporto sociale, ma anche

⁵⁷ In tal senso Rescio, *op. cit. nt. 8*, 614, in quanto "il c.d. sindacato ad efficacia reale, così come prospettato in giurisprudenza, non si compone di un unico negozio complesso" bensì "in una pluralità di negozi giuridici": la convenzione di voto ed i singoli negozi ausiliari. Il negozio principale, infatti, realizzerebbe comunque l'interesse delle parti, anche senza i negozi accessori affetti da nullità.

⁵⁸ Si pensi alla possibilità di inserire all'interno dei contratti parasociali clausole penali per l'inadempimento: Cottino, *Ancora sui sindacati di voto: qualche variazione sul tema*, in *Giur. It.*, 1998, 2338. Tale rimedio, seppure criticabile (v. cap. 1.2) è senz'altro configurabile nelle generalità degli accordi di sindacato. Sul punto v. Atelli, *Recesso e inadempimento nelle convenzioni di voto*, in *Contr. Impr.*, 1997, 85.

un senso di coesistenza, di affiancamento, di collegamento con quel rapporto⁵⁹.

I problemi che nascono dalla definizione offerta sono di due ordini in quanto si legano ai due aspetti, ai due significati del "parasociale". Da un lato vi è infatti la distinzione del parasociale dal sociale, distinzione che spinge il primo sotto le regole del diritto generale delle obbligazioni; dall'altro, il collegamento con il sociale, l'incidere sul sociale che porta a far ritenere che si debba fare i conti con il diritto societario.

prendendo ad esame il primo aspetto, parasociale è innanzitutto separazione dal regolamento sociale, legale e statutario, del rapporto sino ad essere anche contrapposizione a tale regolamento. Si ha quindi separazione nella fonte e di conseguenza separazione nell'efficacia, nella fonte sono separati poiché sono accordi che vanno geneticamente ricondotti a negozi distinti dal contratto di società; nell'efficacia perché il vincolo che ne nasce non ha la "consistenza" propria del rapporto sociale.

A volte il fondamento della distinzione non dà luogo a perplessità, ad esempio quando il patto vincola solo alcuni soci e non tutti, la ragione di ordine soggettivo è sufficiente a constatare la separazione del parasociale dal sociale.

Altra volta la distinzione può fondarsi direttamente sul contenuto, è il caso del patto con il quale si convengano, salvo il giudizio di validità, regole diverse dalle previsioni statutarie in materia di esercizio del voto, di sopportazione della responsabilità, di attribuzione degli utili.

Tuttavia vi sono numerose ipotesi nelle quali il patto va ad assumere allo stesso tempo sia carattere sociale che carattere

⁵⁹ Oppo, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, I, 517.

parasociale. Si pensi, ad esempio, ad un patto relativo alla circolazione delle azioni, un patto di prelazione, un patto con il quale si prevedano prestazioni ulteriori rispetto al conferimento (non consistenti in denaro), un patto di non concorrenza, tutti questi tipi di patti possono essere stipulati sia come patti sociali che come patti parasociali. In sede preliminare alla costituzione della società, non di rado, pattuizioni parasociali affiorano insieme con quelle che saranno pattuizioni sociali, nel “preliminare” si trova sia ciò che diventerà sociale sia ciò che rimarrà parasociale.

Dunque bisogna chiedersi quando una convenzione può essere sociale ma anche parasociale e quale sia il criterio che ne permette la distinzione. Il primo indice che assume rilevanza nella distinzione è di certo offerto dal comportamento delle parti di porre in essere o meno la forma, anche in senso di procedimento, che conferisce alla pattuizione il tipico valore societario, quindi dalla circostanza che l'accordo sia stato o meno incluso nell'atto costitutivo o nello statuto. Tuttavia, per ragioni di contenuto accade che la pattuizione non possa essere considerata sociale⁶⁰.

Così la forma seguita dalle parti è certamente un indice rilevante, ma non il solo fondamento della distinzione tra sociale e parasociale, quando entrambe le collocazioni sono possibili, il fondamento dovrebbe essere individuato piuttosto nella scelta delle parti, nella loro autonomia negoziale: la inclusione o non inclusione nel contratto e nel procedimento sociale vale appunto come indice di quella scelta.

⁶⁰ A volte il patto è sociale per quanto non valga nei confronti dei terzi, in questo senso ha carattere obbligatorio, obbligatorio per tutti i soci, anche futuri, e non solo per gli stipulanti, è quindi regola della società sia pure ad efficacia obbligatoria. (Oppo).

I tentativi di separare, nell'ambito delle clausole statutarie, quelle "sociali" (e così sottoposte al diritto societario) da quelle "parasociali" (disciplinate dalle regole generali dei contratti) sono stati numerosi e affidate ai più diversi criteri. Una precisa catalogazione degli stessi è difficile ma è opportuno ricordare i più frequentemente adottati.

In primo luogo vi è chi sostiene che le clausole sociali sarebbero quelle che disciplinano i rapporti fra società e soci, mentre dovrebbero considerarsi parasociali quelle che riguardano i rapporti fra i soci. Un tale criterio, da un lato, fa perno su una enfattizzazione del ruolo della personificazione della società non sufficientemente attenta alla demitizzazione che di tale personificazione ha operato la dottrina più recente, dall'altro rischia di espellere l'insieme dei rapporti fra soci dall'ambito di applicazione del diritto societario, per riconsegnarlo a quello, retto da norme più ingombranti, del diritto dei contratti. Confinare nell'ambito del parasociale, e quindi sottoporre alle regole dell'unanimità, clausole statutarie come quelle che deferiscono ad arbitri le controversie tra soci, o quelle relative alla distribuzione degli utili e delle perdite o quelle concernenti la circolazione delle partecipazioni sembra non fotografare realisticamente il contenuto del rapporto sociale, che è al tempo stesso rapporto fra soci e società, ma anche fra soci come membri del gruppo sociale⁶¹. Stessa critica può essere mossa alla tesi secondo la quale, nell'ambito delle clausole statutarie, dovrebbero considerarsi appartenenti al sociale quelle che perseguono uno scopo comune a tutti i soci, mentre dovrebbero considerarsi parasociali quelle attraverso le quali i soci perseguono interessi esclusivamente individuali. In realtà

⁶¹ Costi, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, in *Giur. Comm.*, 2004, 02, 200.

tutte le clausole del contratto perseguono interessi dei soci, con il limite della compatibilità degli stessi con l'interesse comune a tutti i soci. Così, le stesse clausole di ripartizione degli utili, che sembrerebbero obbedire ad interessi esclusivamente individuali, in realtà, realizzano un equilibrio fra gli interessi dei soci essenziale nell'economia complessiva del rapporto societario.

Altra tesi parte dal convincimento che il contratto di società sia soprattutto un contratto di organizzazione destinato a dettare le regole di azione della società e che apparterrebbero al sociale tutti i momenti tipicamente connessi con l'organizzazione, mentre dovrebbero considerarsi parasociali le clausole che non incidano sulle regole di imputazione. A tale tesi si obietta che anche i rapporti fra i soci, come quelli attinenti alla distribuzione degli utili, costituiscono normalmente momenti dell'organizzazione societaria, sotto il profilo appunto della imputazione dei risultati della partecipazione sociale.

Stesse critiche possono essere infine avanzate alla tesi che individua il sociale nell'insieme delle norme corporative e il parasociale nelle clausole non corporative, essendo le prime da identificarsi nelle clausole relative alla partecipazione del socio, indipendentemente dal soggetto che ne sia titolare, e le seconde afferenti ad un socio in quanto tale. In realtà non vi è alcun ostacolo logico ad immaginare come momento afferente all'organizzazione o comunque alla corporazione societaria in quanto tale anche una norma che riguardi un particolare socio e che possa cessare di valere quando quel particolare socio non sia più socio. La riprova di questo assunto può rintracciarsi oggi nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata, che consente, ai sensi dell'art. 2468 c.c., allo statuto la possibilità di attribuire ai singoli soci particolari

diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili. Così, una clausola statutaria che attribuisca ad un particolare soggetto specifici diritti amministrativi non dovrebbe essere considerata una clausola parasociale soltanto perché attribuisce tali diritti ad un particolare soggetto e non impersonalmente ad una categoria di soci, tanto più perché è anche previsto dal codice stesso.

Da un'analisi delle tesi offerte in dottrina appare che i tentativi di distinguere, all'interno delle clausole dello statuto, quelle sociali da quelle parasociali, non hanno prodotto risultati apprezzabili. Ciò porta a ritenere che non vi sia spazio per il parasociale all'interno del contratto sociale.

Condizione necessaria e sufficiente per considerare sociale e, quindi, per rendere applicabile la relativa disciplina di diritto societario, è, dunque, il fatto che una particolare clausola sia ricompresa nello statuto sociale. La distinzione fra sociale e parasociale si affida esclusivamente ad un criterio formale: essere o non essere, una particolare clausola, contenuta nello statuto sociale. Il rispetto delle norme previste dal diritto societario giustifica la particolare disciplina dettata in tema di validità, efficacia e modificazione dello statuto sociale, in deroga alle norme generali vigenti in materia di obbligazioni e di contratti.

Tutte le clausole statutarie rimarranno sottoposte al diritto societario (a meno che non riguardino i soci come terzi, ad esempio l'impegno a versamenti in conto capitale).

Questa tesi, largamente condivisa in dottrina, trova oggi un'esplicita conferma nella legge di riforma, infatti, dal combinato disposto degli artt. 2355-bis e 2437 si ricava che le clausole limitative della circolazione delle azioni possono essere

introdotte ed eliminate secondo le norme del diritto societario, e non secondo quelle proprie dei contratti, anche se il diritto societario si preoccupa di offrire qualche tutela al socio che subisce la volontà della maggioranza assembleare. Ma ancora, le clausole compromissorie, anche quando abbiano ad oggetto le controversie tra soci, possono essere introdotte secondo regole societarie (art. 34.6 d.lgs.5/2003). Due delle clausole normalmente considerate dalla dottrina come parasociali sono oggi sottoposte alle regole del diritto societario. Naturalmente il diritto societario può rendere applicabile, per alcune clausole, regole esattamente identiche a quelle previste nel diritto delle obbligazioni. Così, ad esempio, l'art. 2468 c.c., appena menzionato in tema di s.r.l., stabilisce che i particolari diritti attribuiti dallo statuto ad un socio di società a responsabilità limitata possono essere modificati soltanto con il consenso del medesimo. Si applica dunque ad una clausola sociale la regola propria del diritto dei contratti: può essere modificata o eliminata soltanto con il consenso della parte interessata.

1.4.1 Il collegamento negoziale.

Per tutto quanto sopra detto, può ritenersi circoscritto l'ambito del "parasociale", esplellendolo dal contratto sociale e assumendo che lo stesso, sul piano strutturale, possa trovare posto solamente in un separato contratto. La distinzione tra il sociale e il parasociale è essenzialmente una distinzione che si coglie sul piano strutturale, con la precisazione che il patto parasociale può avere un contenuto non riducibile interamente

al sociale, nel senso che un patto parasociale può avere un oggetto identico a quello previsto dal contratto sociale, ma può anche avere ad oggetto condotte diverse da quelle contemplate nello statuto sociale, come ad esempio un accordo commerciale o un impegno fideiussorio.

Si deve ora indagare quale sia il rapporto esistente tra il contratto sociale e il patto parasociale, normalmente prospettato in dottrina come collegamento negoziale, non prima di aver fatto qualche considerazione.

Innanzitutto va precisato che l'espressione "patti parasociali" non riesce ad identificare una fattispecie capace di giustificare un discorso unitario in materia di rapporti fra contratto sociale e contratto parasociale. Infatti, la dottrina, con questa espressione non individua solo contratti che regolano i diritti dei soci nell'ambito dell'organizzazione sociale⁶², ma anche contratti che impegnano i soci nei confronti della società⁶³ o nei confronti di altri soci o di terzi⁶⁴, contratti che non incidono sulla condizione della società e contratti a favore della stessa, contratti tipici e contratti atipici.

Molti autori hanno segnalato l'eterogeneità del contenuto dei cc. dd. Patti parasociali, ma nessuno ha rinunciato ad utilizzare questa categoria concettuale, neppure quando si è proposto di distinguere tra patti parasociali complementari (che mirano ad assicurare un vantaggio alla società) e patti parasociali collaterali (che hanno ad oggetto la partecipazione sociale), anche se non è stato rintracciato nessun tratto comune a queste due sottocategorie di patti se non quella di essere distinti dal contratto sociale. Non si è evidenziato un tratto capace di

⁶² Quali sono i patti aventi ad oggetto sindacati di voto o sindacati di blocco.

⁶³ Mandato e fideiussione.

⁶⁴ Copertura delle perdite.

caratterizzare tutti i patti parasociali neanche quando si sono distinti⁶⁵ i contratti parasociali che incidono sull'organizzazione sociale dai contratti parasociali che non vi incidono, i primi contratti parasociali in senso stretto, contratti parasociali extrasociali i secondi.

L'autorevole Giorgio Oppo sosteneva che *"il senso del parasociale è appunto questo: un senso di separazione dal regolamento legale e statutario del rapporto sociale, ma anche un senso di coesistenza, di affiancamento, di collegamento con quel rapporto"*. Questa definizione, per quanto eloquente e perfettamente rispecchiante la ragion d'essere dei patti parasociali, non è comunque sufficiente a sorreggere una disciplina unitaria. Inoltre le rubriche dell'art. 122 del T.U.F. e dell'art. 2341-bis riformato del codice civile utilizzano l'espressione "patti parasociali". Queste disposizioni prendono in considerazione una parte soltanto dei patti parasociali che la dottrina abitualmente riconduce all'insieme dei patti parasociali e anche la prassi societaria esclude dalla nozione di patto parasociale una serie di convenzioni che la dottrina ricomprende in tale nozione. Così, se si volesse ravvisare nella lettera di quelle rubriche l'avvenuta tipizzazione di patti parasociali, tale tipizzazione riguarderebbe una parte soltanto dei patti definiti parasociali dalla dottrina ed anche dalla prassi societaria.

È necessario anche ricordare che tale tipizzazione dei patti parasociali ha ambiti diversi per le società quotate e per le società per azioni non quotate, dal momento che per queste ultime quella tipizzazione avviene soltanto per i patti che vengano stipulati "al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il

⁶⁵ Farenga, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, 41.

governo delle società", fine che non viene esplicitamente richiesto con riferimento alle società quotate.

Precisando in cosa consista la tipizzazione intervenuta in questo gruppo di patti parasociali, con riferimento alla disciplina dettata dal testo unico della finanza per i patti parasociali relativi alle società quotate, autorevole dottrina⁶⁶ sostiene che tale tipizzazione è ad obiettivo limitato o comunque sui generis in quanto la legge li prenderebbe in considerazione non tanto per disciplinare diritti ed obblighi delle parti, quanto per porre limiti nei confronti della pubblica autorità o, comunque, per la tutela di interessi esterni alle parti.

Le previsioni legislative, tuttavia, non hanno individuato dei patti che possano confluire in contratti tipici per i quali debba restare escluso il giudizio di meritevolezza imposto dall'art. 1322 c.c. per i contratti innominati. La descrizione che si coglie è troppo sommaria per potervi ravvisare una fattispecie contrattuale tipizzata, ma ciò non toglie che quelle norme consentano di affermare che il legislatore considera in linea di principio meritevoli di tutela le convenzioni che abbiano quel contenuto, fermo restando anche per essi la necessità di vagliarne la compatibilità con le norme inderogabili fissate dall'ordinamento⁶⁷.

Dunque, dopo la tipizzazione dei sindacati di voto o di blocco, non si potrà affermare l'invalidità sul presupposto che nel nostro ordinamento non sono meritevoli di tutela, in quanto tali, gli accordi che abbiano ad oggetto l'esercizio del diritto di voto o il trasferimento delle azioni. Magari non si può affermare che siano diventati contratti tipici, ma è certo che quelle norme

⁶⁶ Roppo, *op. cit.*, 485.

⁶⁷ Costi, *op. cit.*, 200.

riducono quasi del tutto l'ambito del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c.

Da quanto appena detto emerge che il legislatore ha individuato alcuni dei patti che la dottrina qualifica come parasociali attribuendo loro lo stesso *nomen* e ha provveduto ad una loro tipizzazione di principio, dettando anche una specifica, seppur limitata, disciplina.

CAPITOLO 2

LA DISCIPLINA

2.1 La durata dei patti, la disciplina del recesso

In prima analisi i patti parasociali, ancorchè costituenti “convenzioni atipiche”⁶⁸ sono, in linea di principio, pienamente validi. La loro validità si fonda sulla loro efficacia meramente obbligatoria tra i “parasoci” e quindi sulla distinzione tra il piano parasociale, riguardante unicamente i rapporti personali tra i soci paciscenti e sul quale i patti parasociali sono destinati ad operare, ed il piano sociale, concernente invece l'organizzazione della società e non direttamente investito da quei patti⁶⁹. Inoltre, la validità in astratto dei patti parasociali “non esclude che essi possano risultare viceversa illegittimi

⁶⁸ Come detto, l'atipicità dei patti parasociali va collegata alla scarna disciplina codicistica introdotta dalla Riforma Societaria e a quella extra-codicistica di settore (artt. 122 e 123 d.lgs. n.58/1998), tali norme non forniscono infatti una definizione generale né una regolamentazione universale, ma si limitano ad enucleare alcune specifiche tipologie di patti parasociali che vengono normate e disciplinate solo per particolari aspetti (durata e pubblicità).

⁶⁹ In senso conforme v. Cass. 5 Marzo 2008, n. 5963, in *Notariato*, 2008, 368; Cass. 23 Novembre 2001, n. 14865, in *Società*, 2002, 431.

qualora, in una specifica fattispecie, il vincolo assunto dai contraenti si ponga in contrasto con norme imperative o appaia comunque tale da configurare uno strumento di elusione di quelle norme o dei principi generali dell'ordinamento che ad esse sono sottesi⁷⁰, è questo il caso di nullità per illiceità della causa concreta⁷¹.

La validità in astratto, salva l'eventuale nullità in concreto, dei patti parasociali non viene inficiata dalla circostanza che le parti non ne abbiano prefissato la durata. I patti parasociali sono validi anche se contratti a tempo indeterminato.

Da un'analisi sistematica dei principi del codice civile, è facile ravvisare che il *disfavor* del nostro ordinamento per i rapporti tendenzialmente perpetui determina non già la caducazione del rapporto stesso, bensì l'insorgenza in capo agli obbligati "perpetui" del diritto di recesso unilaterale da esercitarsi con congruo preavviso. Ciò è quanto accade, ad esempio, anche in tema di società (di capitali e di persone) contratta a tempo indeterminato, ai sensi degli art. 2285 in tema di società di persone, art. 2473.3 c.c. in tema di s.p.a. non quotata in mercato regolamentato e art.2473.2 c.c. per le s.r.l., nel caso di società contratta a tempo indeterminato il diritto di recesso compete ai soci in qualunque momento, salvo solo il preavviso di 180 giorni. È il c.d. recesso *ad nutum*.

⁷⁰ In senso conforme v. Cass. 18 Luglio 2007, n. 15963, in *Giur. It.*, 2007, 2754, nota di Cottino.

⁷¹ Cfr. in tal senso Pavone La Rosa, *I patti parasociali nella nuova disciplina della società per azioni*, in *Giur. Comm.*, I, 2004, 6, secondo il quale "sarà da ritenere invalido per illiceità della causa il patto che vincoli l'azionista, investito di funzioni gestorie nella società, ad eseguire le direttive formulate in seno al sindacato, essendo il relativo vincolo contrario alla previsione sull'esclusiva responsabilità (*rectius*: competenza) degli amministratori per la conduzione della gestione sociale".

La Cassazione⁷², in tema di validità di patti parasociali contratti a tempo indeterminato, individua nel principio di buona fede il fondamento giuridico della “salvezza” dei patti stessi. I giudici di legittimità hanno fatto riferimento alla buona fede in senso oggettivo⁷³ ai sensi dell'art. 1375 c.c., ossia al dovere delle parti del contratto *“alla reciproca lealtà di condotta, [la quale] deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, ed, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche”*⁷⁴.

Dalla lettura della più recente sentenza⁷⁵ i giudici di legittimità ricostruiscono il rapporto tra patto parasociale a tempo indeterminato, diritto di recesso delle parti contrattuali e principio di buona fede stabilendo che *“il patto resta valido ma ..., in coerenza con il principio generale di buona fede stabilito dall'art. 1375 c.c., esso deve essere integrato dall'implicita quanto ineludibile previsione del diritto di recesso unilaterale di ciascun partecipante, con l'obbligo di preavviso o per giusta causa”*. Se, quindi, il contratto viene “integrato” dalla regola “implicita” della recedibilità dei parasoci, allora, potrebbe sembrare improprio, sul piano sistematico, ritenere che il diritto di recesso sia generato in via diretta dalla buona fede

⁷² V. Cass. 23 Novembre 2001, n. 14865, in *Società*, 2002, 431; Cass. 22 Marzo 2010, n. 6898, in *Società*, 2010, 9, 1053.

⁷³ Che va tenuta distinta dalla buona fede in senso soggettivo, quale stato soggettivo-psicologico di mancata conoscenza della violazione del diritto altrui o comunque di circostanze giuridicamente rilevanti (ad esempio quella prevista in tema di rappresentanza dall'art. 1396 c.c.).

⁷⁴ Così, da ultimo, Cass. 18 Settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, 1, nota di D'Amico.

⁷⁵ Cass. 22 Marzo 2010, n. 6898, in *Società*, 2010, 9, 1053.

nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c. Quest'ultima, infatti, è fonte di obblighi a carico delle parti contrattuali, non certo di diritti in loro favore. Piuttosto, l'attribuzione del diritto di recesso opera sulla base del meccanismo dell'art. 1374 c.c., ai sensi del quale *"il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità"*. È il noto fenomeno della c.d. integrazione del contratto, quale *"costruzione del regolamento contrattuale ad opera di fonti eteronome diverse dalla volontà delle parti"*⁷⁶: appunto, la legge, gli usi e l'equità. In altri termini, in base all'art. 1374 c.c., esiste una pluralità di fonti del contenuto sostanziale del contratto, nel senso di regola iuris impegnativa per le parti in ordine ad un dato assetto d'interessi (nel caso dei patti parasociali la delineazione di reciproci impegni, vincoli e diritti in ordine alla partecipazione ad un ente societario).

È, quindi, forse più esatto ritenere la disposizione di cui all'art. 1374 c.c. attraverso e alla luce del principio legale di buona fede ex art. 1375 c.c., la fonte eteronoma integrativa *ab externo* del contenuto del patto parasociale a tempo indeterminato stipulato anteriormente alla riforma societaria introduttiva dell'art. 2341-bis c.c.

L'integrazione legale si realizza mediante l'inserzione, in aggiunta alle clausole predisposte dalle parti, della regola della libera recedibilità unilaterale dei parasoci per giusta causa o con congruo preavviso. Al riguardo, la dottrina afferma proprio che una delle funzioni del recesso dal contratto è quella integrativa, il recesso esercitato dalla parte assolve allo scopo di

⁷⁶ Così Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 485

indicare un termine finale, qualora ne sia privo⁷⁷. In particolare, è stato segnalato che il recesso con funzione integratrice del regolamento contrattuale costituisce la regola in tutti i casi in cui il rapporto sia espressamente previsto a tempo indeterminato, ancorchè il potere di recedere non sia espressamente previsto dalla legge. Proprio per evitare che un rapporto si trasformi in un vincolo perpetuo, il recesso costituisce lo strumento per introdurre un termine, quando questo manchi. In questo modo rende determinato l'oggetto del contratto, quando questo abbia ad oggetto prestazioni continuate nel tempo. La previsione legale per giungere ad apporre un termine finale al contratto costituisce una fonte di integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c. In breve, il recesso costituisce il "*mezzo di integrazione nei contratti privi di termine finale: l'esercizio del potere di recedere comporta sì lo scioglimento del vincolo, ma al tempo stesso individua il termine in precedenza non concordato*"⁷⁸.

La peculiarità dei patti parasociali a durata indeterminata, non soggetti all'art. 2341-bis c.c., è che la norma integratrice attributiva del diritto di recesso, quale strumento di tutela della libertà contrattuale⁷⁹, non è una specifica norma espressa, ma un principio generale, applicabile anche al di fuori di espresse previsioni legali⁸⁰, evincibile da una pluralità di norme attributive in via diretta del diritto di recesso, che sono inserite nel codice civile per fattispecie contrattuali diverse, di tipo associativo

⁷⁷ Cfr. Franzoni, *Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali ed obbligatori. Artt. 1374-1381*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schslesinger, Milano, 1999, 58.

⁷⁸ Così Padovini, *Il recesso*, in *I contratti in generale. Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, 1385.

⁷⁹ Così Ventrizzo, *Sindacati di voto a "tempo indeterminato" e diritto di recesso dei paciscenti nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, I, 2006, 586,

⁸⁰ Così Roppo, *op. cit.*, 551.

(società di persone, società azionarie, società a responsabilità limitata) e non (ad esempio, somministrazione art. 1569 c.c.; affitto art. 1616 c.c.; conto corrente art. 1833 c.c.).

La buona fede *in executivis* potrebbe entrare direttamente in gioco nel momento attuativo del diritto di recesso, sotto il profilo di quella che ormai costituisce una delle nuove frontiere del diritto dei contratti, ossia l'eventuale abuso del diritto di recesso ad opera di una parte contrattuale (quale è anche il socio che partecipi alla conclusione di un patto parasociale).. proprio in merito all'abuso del diritto di recesso, la Suprema Corte ha recentemente affermato e stabilito che: "*L'esercizio del potere contrattuale (di recesso) riconosciuto dall'autonomia privata deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali – quali quello della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e della correttezza – alla luce dei quali devono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale. Il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo possa sconfinare nell'arbitrio. Da ciò il rilievo dell'abuso nell'esercizio del proprio diritto*"⁸¹. Tuttavia, questo principio per il quale altro è il recesso *ad nutum*, altro un recesso arbitrario, cioè *ad libitum*⁸², e come tale inammissibile, non sembra poter trovare ampi spazi di applicazione nelle circostanze, considerato che il recesso dai patti parasociali è con titolo legale e non convenzionale.

È utile un inquadramento sistematico dell'istituto del recesso dai patti parasociali in un tema più ampio che investa quindi la struttura, il carattere e la forma del recesso contrattuale in genere, ossia a prescindere dal concreto tipo contrattuale.

⁸¹ V. Cass. 18 Settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, 5.

⁸² Così cfr. Baraldi, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. Impr.*, 2010, 67.

È opinione unanime che il recesso sia un atto unilaterale e recettizio. La unilateralità attiene al profilo della struttura della fattispecie negoziale ed indica la sufficienza, ai fini del perfezionamento, della emissione della dichiarazione⁸³, senza necessità del concorso della volontà di altri; l'essere recettivo, invece, attiene al profilo della efficacia della fattispecie negoziale ed indica la necessità che la dichiarazione di recesso, ai fini della produzione dell'effetto suo proprio (lo scioglimento del contratto), non sia semplicemente emessa, ma pervenga a conoscenza del destinatario, secondo quanto previsto dagli artt. 1334 e 1335 c.c., nel caso di specie a tutti i parasoci.

Stante l'efficacia estintiva di un preesistente contratto, l'atto di recesso è legato a quest'ultimo da un rapporto di collegamento necessario⁸⁴.

L'esistenza di tale legame funzionale rileva ai fini della risposta al quesito della forma dell'atto di recesso, per il quale, in mancanza di una disciplina legale generale, si discute se debba rivestire la medesima forma del contratto principale o meno.

In linea teorica, la forma dell'atto di recesso, sottolineando l'alterità e diversità strutturale di quest'ultimo rispetto al contratto principale, potrebbe soggiacere, in mancanza di espressa previsione legislativa contraria⁸⁵, al principio generale della libertà di forma, che è valido indistintamente per tutti gli atti negoziali, bilaterali e unilaterali⁸⁶; viceversa, facendo leva

⁸³ In tal senso Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 753.

⁸⁴ Cfr. Gazzoni, *op. cit.*, 801.

⁸⁵ Coma accade ad esempio nel recesso societario, per il quale l'art. 2437-bis, comma 1, c.c., richiede la forma scritta, con la peculiarità dell'ulteriore requisito della notificazione a mezzo lettera raccomandata della dichiarazione di recesso da parte del socio recedente.

⁸⁶ In tal senso, cfr. in dottrina Sangiorgi, voce *Recesso*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1999,7.

sulla dipendenza funzionale dal contratto principale dell'atto di recesso medesimo, si potrebbe ritenere applicabile un principio di "simmetria formale"⁸⁷, ossia della necessaria identità della forma dell'atto di recesso rispetto a quella del contratto principale.

Il principio di necessità della simmetria formale tra il contratto principale e l'atto di recesso necessariamente collegato viene inteso in senso forte ovvero debole; nella prima opzione assume rilievo la forma liberamente prescelta dalle parti del contratto principale, la quale, se scritta, dovrà essere adottata anche per l'atto di recesso, nonostante l'assenza di una norma che prescriva la forma scritta *ad substantiam* per il contratto da cui si recede. Tale posizione rigorosa, che trova una sola applicazione sul piano positivo⁸⁸, è ampiamente minoritaria, anche se autorevolmente ed argomentativamente sostenuta in dottrina, laddove si fa notare che la struttura unilaterale del recesso, a differenza del mutuo consenso a struttura bilaterale, "*impone un sovrappiù di certezza a tutela di chi non partecipa all'atto, pur stabilendone gli effetti*"⁸⁹.

L'analisi dei dati positivi a disposizione (artt. 1351, 1392, 1399.1 c.c. in tema rispettivamente di contratto preliminare vs. definitivo, procura vs. contratto rappresentativo, ratifica vs. contratto ratificato) sembra rendere preferibile, con il conforto

⁸⁷ Così crf. Clapiz, *Forma dei negozi complementari e collegamenti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II, 749, in relazione al simile tema della forma del mutuo consenso, quale contratto (e non negozio unilaterale) risolutorio di un precedente contratto (art. 1372 comma 1 c.c.).

⁸⁸ In tema di contratto per persona da nominare si prevede, infatti, che "la dichiarazione di nomina e la procura o l'accettazione della persona nominata non hanno effetto se non rivestono la stessa forma che le parti hanno usata per il contratto, anche se non prescritta dalla legge" art. 1403, comma 1, c.c.)

⁸⁹ Roppo, *op. cit.*, 542.

della giurisprudenza⁹⁰ e dottrina⁹¹ prevalenti, la seconda opzione ("simmetria formale" debole, che viene applicata anche nella similare ipotesi del mutuo consenso, quale negozio ad effetto risolutorio, come il recesso, dal quale però si distingue per la struttura bilaterale e non unilaterale).

Secondo tale regola, il principio di libertà della forma si applica anche al negozio unilaterale di recesso, ed al negozio bilaterale di mutuo consenso, con il temperamento, tuttavia, che, nell'ipotesi in cui sia prescritta espressamente dalla legge una data forma *ad substantiam* per il contratto principale, il collegato atto di recesso dovrà essere compiuto, ai fini della validità, nella stessa forma del contratto principale medesimo. Resta esclusa, pertanto, la "simmetria formale" dell'atto di recesso rispetto al contratto da cui si recede, qualora quest'ultimo non sia stato perfezionato in una data forma (scritta) scelta liberamente dalle parti, ma non prescritta dalla legge *ad substantiam*.

Quanto detto vale, ovviamente, nei limiti in cui le parti di un contratto informale non abbiano deciso, nell'esercizio della propria libertà negoziale, di fissare espressamente una forma convenzionale per l'atto di esercizio del diritto di recesso. Tale onere formale rileverà, preferibilmente, ai fini della stessa

⁹⁰ V. Cass. 14 Novembre 2000, n. 14730, in *Contratti*, 2000, 221, secondo la quale: "nei contratti formali (tra cui il preliminare di compravendita di beni immobili, ai sensi del combinato disposto degli art. 1350 e 1351 c.c.), le cause modificative o estintive del rapporto debbono risultare da fattori prestabiliti dalle parti nello stesso contratto e debbono essere, comunque, espresse nella forma richiesta per il contratto al quale si riferiscono, con la conseguenza che tanto l'accordo solutorio, quanto la dichiarazione di recesso debbono rivestire la stessa forma scritta richiesta per la stipulazione del contratto preliminare". In senso conforme v. anche Cass. 18 Febbraio 1994, n. 1609; Cass. 7 Giugno 1990, n. 5454, in *Foro It.*, 1991, I, 172; Cass. 14 Agosto 1986, n. 5059.

⁹¹ In tal senso in dottrina crf., tra gli altri, Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, 482, secondo il quale "naturalmente, se il contratto dal quale si recede ha la forma scritta *ad substantiam*, anche la dichiarazione di recesso deve assumere questa forma"; Gazzoni, *op. cit.*, 893.

validità del successivo atto di recesso, in ossequio al combinato disposto degli artt. 1324 e 1352 c.c.⁹².

A tal riguardo, va segnalato come non dovrebbe essere, viceversa, rilevante, ai fini della validità dell'atto di recesso, l'osservanza, ad opera della parte recedente, della forma prescritta dalla clausola, assai diffusa nella prassi contrattuale (anche dei patti parasociali) di c.d. "NOM"⁹³, che prescrive la forma scritta per le modifiche dell'originario contratto decise dalle parti.

La libertà di forma del recesso da un contratto non liberamente modificabile si giustifica ove si tenga ben presente la differenza sul piano effettuale tra modifica e recesso contrattuale; tanto è vero che la nell'ipotesi di scioglimento per mutuo consenso (identica al recesso proprio sul detto piano, determinando entrambi una vicenda estintiva contrattuale), la giurisprudenza ha avuto modo di stabilire chiaramente che la c.d. clausola "NOM" non può ritenersi automaticamente estesa, in via analogica, a tutte le ulteriori vicende contrattuali in essa non specificamente contemplate, quali, appunto, quelle estintive da recesso o mutuo consenso⁹⁴.

Limitata ai contratti formali l'applicazione del principio di "simmetria formale" dell'atto unilaterale di recesso, la conseguenza, rilevante ai fini dell'analisi del recesso da patti parasociali, della libertà di forma del recesso da contratti

⁹² V. Cass. 20 Agosto 1992, n. 9719, in *Giur. It.*, 1993, I, 1256, secondo la quale: "il principio stabilito dall'art. 1352 c.c., secondo cui la forma convenuta dalle parti per la futura conclusione di un contratto si presume voluta per la validità di esso, è estensibile agli atti unilaterali, in virtù del richiamo operato dall'art. 1324 c.c., ed agli atti che seguono alla conclusione di un contratto ed è pertanto applicabile anche al recesso dal contratto di fideiussione".

⁹³ "No oral modification", secondo la terminologia dei contratti internazionali (su tali clausole cfr. Fontaine-De Ly, *La redazione dei contratti internazionali*, Milano, 2008, 210).

⁹⁴ Cass. 24 Giugno 1997, n. 5639, in *Contratti*, 1997, 557.

informali è la piena ammissibilità del recesso contrattuale tacito, in cui la volontà di recedere viene esteriorizzata dal recedente non già in una dichiarazione espressa, non necessariamente scritta, anche orale, ma in un comportamento c.d. concludente, commissivo od omissivo, ma comunque univoco, che sia incompatibile con la permanenza del vincolo contrattuale⁹⁵. resta comunque fermo anche in tale ipotesi di recesso per comportamento "concludente" l'ulteriore requisito del recesso, ossia il carattere recettizio, "*tale, cioè, che possa essere inteso, alla stregua di un ragionevole affidamento, come manifestazione di volontà non equivoca di recesso, da parte del destinatario*"⁹⁶.

2.2 Recesso tacito e inadempimento nei patti parasociali

L'exkursus sistematico sulla forma dell'atto di recesso in generale, consente di analizzarne meglio l'applicazione ai patti parasociali. Al riguardo assume importanza rilevante la sentenza emessa dalla Suprema Corte 22 Marzo 2010, n. 6898, più volte menzionata, in quanto i giudici, nella stessa, applicano i su enunciati principi di libertà di forma del recesso dai contratti

⁹⁵ Sulla piena ammissibilità del recesso tacito dai contratti non legalmente formali (non ammesso però da chi applica il principio di "simmetria formale" forte, valevole, come detto, anche per i contratti solo convenzionalmente formali, cfr. in dottrina Roppo, *op. cit.*, 542). V. in giurisprudenza Cass. 20 Maggio 2000, n. 6604, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, 748; Cass. 25 Febbraio 2000, n. 2170, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2000; Cass. 9 Febbraio 1981, n. 821 e Cass. 12 Gennaio 1957, n. 59, in tema di recesso dal contratto di lavoro; Cass. 10 Febbraio 1987, n. 1411, in tema di recesso dal contratto di appalto.

⁹⁶ Così Cass. 9 Febbraio 1981, n. 821.

informali, al fine di verificare se, nel caso concreto, si fosse realizzato un recesso tacito da un patto parasociale o meno.

Presupposto logico di tale verifica è stato il riconoscimento dell'appartenenza dei patti parasociali alla categoria dei contratti "a forma libera"⁹⁷.

Ciò detto, la sentenza richiamata affronta e risolve in senso negativo il seguente quesito: se il contegno del parasocio incompatibile con gli impegni parasociali (nelle circostanze la presentazione di una lista di candidati alla carica di amministratori della società e la susseguente espressione del voto difforme dalle obbligazioni parasociali) possa rilevare come recesso tacito dal contratto parasociale piuttosto che come inadempimento dello stesso.

Il fondamento logico-sistematico di detta soluzione negativa e, quindi, della qualificazione in termini di inadempimento (e non di tacito recesso) di ogni contegno che violi un'obbligazione parasociale, con conseguente insorgenza dell'obbligazione risarcitoria, viene individuato, ancora una volta, nel principio di buona fede.

Fondamentalmente è il punto della motivazione in cui si afferma che un patto parasociale *"cesserebbe di avere qualsiasi carattere di serietà e sarebbe – allora sì – immeritevole di tutela se concepito in modo che gli aderenti possano in qualsiasi momento liberarsi a propria discrezione, con effetto immediato, dalle obbligazioni assunte"*.

⁹⁷ Così, da ultimo, Macrì, *I patti a durata variabile e la risoluzione tacita*, in *Giur. Comm.*, 2009, II, 997, 1003, che segnala come tale soluzione debba però essere negata per i patti ex art. 122 T.U.F., ove si ritenga che i relativi adempimenti pubblicitari (quali la comunicazione alla Consob, pubblicazione sui quotidiani e deposito presso il registro delle imprese) richiedano la forma scritta, che in tal caso sarebbe non già *ad substantiam* bensì *ad regularitatem*, vale a dire strumentale all'assolvimento di un onere pubblicitario.

Nondimeno, l'apparente stravaganza del tentativo di riconfigurazione dell'inadempimento contrattuale come recesso tacito è apparente. Nella giurisprudenza lavoristica è stato, infatti, più volte affrontato, ad esempio, il tema dell'abbandono protratto nel tempo del luogo di lavoro da parte del lavoratore, che talora è stato interpretato e qualificato proprio come contegno di tacito recesso (e non di inadempimento). In un noto precedente si è affermato che: *"Nel caso in cui non sia prevista alcuna forma convenzionale per il recesso del lavoratore, un determinato comportamento da lui tenuto può essere tale da esternare esplicitamente, o da lasciar presumere secondo i principi dell'affidamento, una sua volontà di recedere dal rapporto di lavoro, e siffatto comportamento può anche essere meramente omissivo, quale quello che si concreta in inadempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto, in quanto suscettibile di essere interpretato anche come espressione, per fatti concludenti, della volontà di recedere, restando incensurabile in sede di legittimità l'accertamento del giudice di merito congruamente motivato"*⁹⁸. Per completezza, si segnala come tale principio sia stato ripreso in un recente lodo⁹⁹ proprio a sostegno della tesi di inammissibilità del recesso tacito da patti parasociali c.d. "a durata variabile"¹⁰⁰ ; tuttavia, ritengo, inesattamente, nella

⁹⁸ Cass. 20 Maggio 2000, n. 6604, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, 748.

⁹⁹ Coll. Arb. 29 Marzo 2007, in *RDS*, 2007, 177.

¹⁰⁰ Si tratta di una figura dogmatica di recente conio, che ricorre nelle ipotesi in cui un patto parasociale sia privo di un termine di efficacia fisso (crf. Ventrone, *Sindacati di voto a "tempo indeterminato" e diritto di recesso dei paciscenti nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, I, 2006, 573) stabilito espressamente dalle parti, e "la cui durata è rapportata ad eventi incerti nell'an e nel quando che potrebbero verificarsi subito dopo o dopo molto tempo" (così Macrì, *op. cit.*, 999, a commento di Coll. Arb., 9 Gennaio 2009, secondo cui: "I comportamenti, anche omissivi, tenuti dalle parti di un negozio parasociale, inequivocabilmente incoerenti con il contenuto del negozio, importano lo scioglimento tacito del contratto").

misura in cui il comportamento della parte contrattuale non viene valutato unitamente ad altri elementi concreti, in modo tale che il contegno di inadempimento, isolatamente considerato, non può rilevare come recesso tacito anche in ambito lavorativo.

La menzionata sentenza, dunque, respinge il tentativo, riuscito per altro nel giudizio di appello, di travasare in ambiente giurisprudenziale contrattual-societario, un principio poco solido di provenienza giurisprudenziale lavoristica, anche se assai risalente¹⁰¹.

CAPITOLO 3

PANORAMA TIPOLOGICO: PATTI NOMINATI DALLA LEGGE E PATTI DELINEATI DALLA PRASSI

Dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e opportunamente classificato i patti parasociali nel seguente schema:

- A. SINDACATI AZIONARI, all'interno dei quali troviamo:
1. Sindacati di emissione o di collocamento, attraverso i quali i soci si obbligano a sottoscrivere azioni ed a collocarle sul mercato, concordandone condizioni e tempi;
 2. Sindacati di blocco, *“che vengono stipulati allo scopo di garantire una determinata composizione del corpo sociale attraverso la limitazione della libera trasferibilità delle azioni^{102”},*

¹⁰¹ Cass. 12 Gennaio 1957, n. 59, in tema di recesso dal contratto di lavoro, che già aveva affermato come *“ben può assumere un significato diverso dall'inadempimento l'arbitraria assenza dal lavoro, continuata per un congruo periodo di tempo, e costituire un'implicita volontà di sottrarsi definitivamente al rapporto”*.

¹⁰² *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Buonocore, Torino, 2001, 165.

così da evitare l'ingresso in società di terzi non graditi, i soci sindacati si impegnano reciprocamente a non vendere liberamente le proprie azioni per un dato periodo di tempo ovvero a venderle solo a determinate condizioni ovvero a non venderle affatto, in tal caso prefigurandosi un divieto assoluto di vendita delle azioni medesime¹⁰³;

3. Sindacati di voto, attraverso i quali i soci sindacati regolamentano il comportamento da tenere in assemblea ossia il voto da esprimere in quella sede, ancora più segnatamente i sindacati *de quibus* possono riguardare la nomina alle cariche sociali;
 4. Sindacati di consultazione, attraverso i quali i soci sindacati si obbligano a consultarsi preventivamente ai fini dell'esercizio del voto in assemblea, espressione di voto che tuttavia resta libera e non vincolata.
- B. SINDACATI RELATIVI AGLI UTILI ED ALLE PERDITE, ovvero i patti che importano tra i soci sindacati una distribuzione degli utili e delle perdite diversa da quella risultante dall'atto costitutivo.
- C. SINDACATI FINANZIARI, con i quali i soci sindacati si impegnano ad effettuare futuri apporti di denaro a titolo di conferimento o di prestito.
- D. SINDACATI RELATIVI AL PROCEDIMENTO DI LIQUIDAZIONE.
- E. SINDACATI IN TEMA DI RESPONSABILITA' DI AMMINISTRATORI E SINDACI.

3.1 I sindacati di voto

¹⁰³ Si tratta dei patti dai quali sono storicamente derivate le clausole di gradimento e di prelazione, che attualmente occupano posti significativi in numerosi statuti societari, così Salafia, *I patti parasociali nelle società non quotate*, in *Società*, 2005, 945.

3.1.1 Ante riforma

Nel vigore della disciplina abrogata, con riferimento ai sindacati di voto¹⁰⁴, la dottrina aveva spiegato che tali patti parasociali potessero essere a carattere occasionale o permanente ed, in questa seconda eventualità, a tempo determinato o a tempo indeterminato, nonché riguardare tutte le delibere assembleari o soltanto quelle di un determinato tipo (ad esempio la nomina degli amministratori)¹⁰⁵.

Altresì, aveva chiarito che i soci sindacati potessero, circa il modo in cui votare nell'assemblea generale, accordarsi nel senso di assumere la correlata decisione all'unanimità (c.d. sindacati all'unanimità) ovvero a maggioranza (c.d. sindacati a maggioranza), soggiungendo che in questo secondo caso non è infrequente che il sindacato sia dotato di un proprio apparato organizzativo, con la previsione di una assemblea di sindacato e di propri organi direttivi¹⁰⁶.

Infine aveva precisato che il voto potesse essere esercitato nell'assemblea societaria direttamente dai soci sindacati (c.d. sindacati di voto ad efficacia obbligatoria) ovvero a seguito del rilascio, di volta in volta, di una delega ad un comune rappresentante, abilitato a votare in conformità a quanto preventivamente deciso dal sindacato all'unanimità o a maggioranza, ovvero, ancora, depositando le azioni presso una società fiduciaria, cui le azioni stesse fossero state

¹⁰⁴ In tema di sindacati di voto, cfr. Rescio, *op. cit.*; Rordorf, *I sindacati di voto*, in *Società*, 2003, 19.

¹⁰⁵ Casi Campobass, *Diritto commerciale 2 Diritto delle società*, Torino, 1999, 328.

¹⁰⁶ Campobasso, *op. cit.*, 329. In simile ipotesi ovvero nell'eventualità di sindacati con organi si era reputato che il sindacato desse vita ad un'associazione non riconosciuta.

fiduciarmente intestate o girate per procura (c.d. sindacati di voto ad efficacia reale).

Al contempo, la dottrina aveva palesato puntualmente le finalità ed i vantaggi dei sindacati di voto, rimarcando che i patti in argomento valessero a rendere stabili ed univoche le linee e gli indirizzi gestori della società e, se stipulati tra i soci di minoranza, ad agevolare la difesa e salvaguardia dei comuni interessi. Nondimeno, ne aveva enunciato le controindicazioni, evidenziando che i sindacati di voto a maggioranza tendessero a svuotare di contenuto il metodo assembleare, giacchè le decisioni, di fatto, venivano prese prima e fuori dell'assemblea, ed, altresì, a svilire la regola maggioritaria, poiché le deliberazioni assembleari erano supportate sostanzialmente ed esclusivamente dal voto favorevole della maggioranza dei soci paciscenti¹⁰⁷.

La dottrina aveva, in linea di principio, riconosciuto ai patti parasociali caratteri di negozi a forma libera, nondimeno aveva ammesso che l'obbligo di una data forma potesse essere conseguenza della previsione di particolari oneri di pubblicità¹⁰⁸. Per altro verso, vigente l'abrogata disciplina, l'insegnamento consolidato aveva reputato che i patti parasociali vincolassero unicamente i soci contraenti¹⁰⁹ e, pertanto, che non fossero in alcun modo opponibili alla società, nel senso che l'eventuale

¹⁰⁷ Si era sottolineato che, se su complessive 100 azioni, 51 erano riunite in un sindacato a maggioranza, le deliberazioni assembleari, di fatto, venivano assunte con il voto favorevole di 26 azioni ovvero con il voto favorevole della minoranza del capitale.

¹⁰⁸ Inevitabile al riguardo il riferimento all'art. 122.1, d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, scritto in tema di patti aventi per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano.

¹⁰⁹ Peraltro la giurisprudenza ha avuto cura di puntualizzare che i diritti nascenti dai patti parasociali fossero soggetti al termine ordinario, decennale, di prescrizione, e non già a quello quinquennale di cui all'art. 2949 c.c.. Cass. 23 Aprile 1969, n. 1290, in *Foro It.*, 1969, I, 1735.

inadempimento di uno dei soci partecipanti al patto avrebbe potuto acquisire rilievo esclusivamente nei rapporti interni senza alcuna ripercussione nei confronti dell'organismo societario¹¹⁰.

3.1.2 Post riforma

Il d.lgs. n. 6 del 2003 ha introdotto nel capo V, titolo V, libro V la sezione III *bis* rubricata "Dei patti parasociali", "a sessant'anni dalla loro prima teorizzazione i patti parasociali entrano ufficialmente nel codice civile¹¹¹".

La nuova normativa però non risolve le tradizionali incertezze in tema di patti parasociali, è infatti una disciplina incompleta in quanto si limita a regolare esclusivamente gli aspetti della durata (e del connesso diritto di recesso nei patti a tempo indeterminato) in riferimento a tutte le tipologie di s.p.a. e della pubblicità relativamente a quelle con azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante¹¹². Nulla si dice in merito al modo in

¹¹⁰ Buonocore, *op. cit.*, 166. In giurisprudenza Cass. 21 Novembre 2001, n. 14629, in *Società*, 2002, 1246, con specifico riferimento ad un patto parasociale con cui i soci avevano concordato condizioni e modalità di sottoscrizione di un aumento del capitale sociale; ma anche Cass. 23 Febbraio 1981, n. 1056, in *Giur. Comm.*, 1982, II, 314.

¹¹¹ Casi Semino, *I patti parasociali nella riforma delle società di capitali: prime considerazioni*, in *Società*, 2003, 345.

¹¹² Deve escludersi per le società quotate l'applicabilità degli obblighi pubblicitari disposti dall'art. 2341-ter c.c. in aggiunta a quelli previsti dall'art. 122 T.U.F. il comma 5-bis dell'art. 122, infatti, esclude espressamente l'applicabilità dell'art. 2341-ter c.c. (oltre che dell'art. 2341-bis c.c.) ai patti parasociali relativi a società con azioni quotate e loro controllanti, scongiurando così un inutile appesantimento normativo. In senso contrario, Montalenti, *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Società*, 2002, 1455; Rordorf, *I sindacati di voto*, in *Società*, 2003, 24; Semino, *I patti parasociali nella riforma delle società di capitali: prime considerazioni*, in *Società*, 2003, 352. Lerner, *Appunti sui patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, 47, il quale ritiene che l'emanazione del decreto legislativo n. 37 del 2004 "consente di superare il dubbio che l'art. 2341-ter c.c., 1 comma, lasciava aperto, limitando l'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di pubblicità alle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ossia alle società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante".

cui i partecipanti ad un sindacato di voto debbano assumere le relative decisioni. Se, di norma, è pensabile che ciò avvenga in base alla partecipazione sociale di ciascun contraente, nulla esclude la legittimità di un metodo diverso.

I contratti parasociali trovano il proprio fondamento, *ab origine*, nel principio dell'autonomia privata, posto nel nostro ordinamento all'art. 1322 c.c.¹¹³.

Il giudizio di meritevolezza resta ancora oggi necessario, seppur ridotto alla tipizzazione di principio¹¹⁴. Pertanto la scelta del modo in cui formare la maggioranza all'interno del sindacato è nella totale e libera facoltà delle parti, purché ovviamente, non vi sia contrasto con norme imperative¹¹⁵. Per questo, ancora

¹¹³ Sul punto Rescio, *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2002, 841, ove la ricostruzione della disciplina applicabile ai contratti parasociali quali i contratti atipici ed effetti obbligatori.

¹¹⁴ Appare preferibile parlare di tipizzazione anziché di tipicità poiché, come detto, la disciplina dettata per i contratti parasociali non sembra esaustiva. Così Costi, *op. cit.*, 206, ove si ritiene avvenuta la tipizzazione legislativa dei contratti parasociali, seppur con certi limiti ed in via di principio, dopo quella sociale e giurisprudenziale.

¹¹⁵ Il problema dell'ammissibilità dei sindacati di voto a maggioranza era quanto mai controverso in passato, ritenendosi da parte della dottrina che essi fossero illeciti per contrasto con i principi delle decisioni assembleari (Ascarelli, *Limiti di validità dei sindacati azionari*, in *Foro It.*, 1950, I, 174; Buttaro, *Sindacati azionari*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 425; Cottino, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958, 172; prima di mutare orientamento la giurisprudenza aveva ritenuto, per lungo tempo, che i patti parasociali fossero nulli, sulla base, essenzialmente, dell'inderogabilità del metodo assembleare e del conseguente svuotamento di funzioni dell'assemblea, oltre che in considerazione della natura personalissima del diritto di voto. Ex multis Cass. 19 Febbraio 1954, n. 442, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1954, IV, 311; Cass. 25 Gennaio 1965, n. 136, in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, II, 20; Cass. 22 Dicembre 1969, n. 40, in *Dir. Fall.*, 1970, II, 457. Si era però obiettato che tali accordi non incidessero sul corretto funzionamento dell'assemblea, poiché le relative decisioni venivano prese al di fuori della stessa ed il socio restava libero di votare come meglio credeva in sede sociale. Già Costi, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 42, riteneva che esistesse "ormai una presunzione di legittimità degli stessi". In senso conforme, ex multis: Farenga, *op. cit.*, 315; Jaeger, *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giur. Comm.*, 1989, I, 201; Libonati, *Riflessioni critiche sui sindacati di voto*, in *Riv. Dir. comm.*, 1989, I, 513. A questa linea di pensiero ha dapprima aderito taluna giurisprudenza di merito (App. Roma 24 Gennaio 1991, in *Giur. Comm.*, 1991, I, 2, 227, nota di Cottino, *Il primo*

oggi, la mancanza di un'espressa previsione legislativa di simili accordi, nonostante il loro riconoscimento normativo, suggerisce di assumerne una definizione particolarmente ampia.

Il sindacato di voto che assume le proprie decisioni in base alla maggioranza dei partecipanti considerata per teste, raggiunge certamente lo scopo che le parti intendono perseguire quando stipulano un patto del genere, allo stesso modo in cui prevedessero una maggioranza per quote di partecipazione alla società. Il criterio scelto dalle parti è, in via di principio, indifferente rispetto ai motivi per i quali i soci concludono un accordo di voto. Potrebbero anche prevedersi il riferimento alla partecipazione agli utili o, ancora, altre modalità¹¹⁶. Infatti, il meccanismo di calcolo della maggioranza per teste è pienamente aderente alle finalità tipiche dei patti parasociali così come individuate dall'art. 2341-bis c.c., dato che la stabilizzazione degli assetti proprietari (e/o del governo delle società) si determina anche attraverso l'applicazione di un

round del caso Mondadori: con qualche riflessione su procedure d'urgenza, provvedimenti cautelari e sindacati azionari) e, successivamente, anche la Cassazione. In un primo momento ritenendo validi i sindacati di voto, a maggioranza o all'unanimità, solo se contratti a tempo determinato (Cass. 20 Settembre 1995, n. 9975, in Giur. Comm., 1997, II, 50, note di Buonocore, Calandra, Buonaura, Corsi, Costi, Gambino e Jaeger, Un revirement della Cassazione in materia di sindacati di voto; ed, infine, sancendo anche la liceità dei patti stipulati a tempo indeterminato (Cass. 23 Novembre 2001, in Giur. Comm., 2002, II, 666, nota di Costi, La Cassazione e i sindacati di voto: tra dogmi e "natura delle cose"). In dottrina, l'orientamento favorevole alla validità degli accordi azionari che rimettono alla maggioranza dei contraenti la decisione sul modo in cui votare in assemblea si è ancor più consolidato dopo la riforma del 1998, prima che intervenisse il riconoscimento codicistico del 2003. Tra molti, Carbonetti, I patti parasociali nelle società non quotate alla luce del Testo Unico della Finanza, in Riv. Soc., 1998, 909; Chiappetta, I patti parasociali nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, in Giur. Comm., 1998, 988; Costi, Il mercato mobiliare, Torino, 2000, 282; Oppo, Patti parasociali: ancora una svolta legislativa, in Riv. Dic. Civ., 1998, 215.

¹¹⁶ Rescio, *op. cit.* 602, secondo cui l'assenza di regole tipologiche cogenti determina la legittimità del criterio.

sistema di voto capitarario¹¹⁷. In tal modo, le parti intendono ancora più valorizzare i loro rapporti personali, in quanto all'interno del sindacato le loro decisioni avranno lo stesso peso, a prescindere dalla partecipazione posseduta; vi è da rilevare che in questa ipotesi la regola della corrispondenza tra potere e rischio, pur passibile di attenuazione in sede assembleare, viene totalmente azzerata sul piano parasociale.

I soci che si accordano attraverso la stipula di un sindacato di voto intendono perseguire, unendo le proprie forze, una politica comune.

È pacifico che dalla violazione di un sindacato di voto scaturisce esclusivamente il diritto al risarcimento dei danni a carico del soggetto inadempiente¹¹⁸. Perciò l'efficacia

¹¹⁷ È probabile, infatti, che se le partecipazioni superano il 50% del capitale sociale, poco importa se le decisioni vengono assunte per teste, poiché comunque la maggioranza in seno al patto ha il controllo della società. Perciò si ha certamente stabilizzazione degli assetti proprietari e del governo della società. Il discorso muta se il sindacato è di minoranza. In tal caso, è discusso se le finalità indicate dall'art. 2341-bis c.c. vengano soddisfatte o meno. In senso affermativo, Oppo, *Patto sociale, patti collaterali e qualità di socio nella società per azioni riformata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, I, 58; Lerner, *op. cit.* 47. Contra: Sbisà, *La disciplina dei patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *N. giur. Civ. comm.*, 2004, II, 483, secondo il quale i sindacati di minoranza, per definizione, non possono rendere stabile il governo della società. Sotto un diverso profilo, all'interno delle società quotate si riconosce l'idoneità degli accordi parasociali stipulati dalle minoranze quale efficace strumento di autotutela delle stesse, ma nel contempo si sottolineano gli ostacoli posti dalla relativa disciplina alla loro diffusione. Così, Cariello, *Tutela delle minoranze e accordi parasociali nelle società quotate*, *Riv. Soc.*, 1999, 735. Critica la scelta di individuare il fine dei patti parasociali nella "stabilizzazione degli assetti proprietari o del governo delle società" Santoni, *Sub art. 2341-bis e 2341-ter*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, I, Torino, 2003, 93, poiché sarebbe talmente generica da comprendere ogni patto parasociale e, come tale, inidonea a restringere il campo applicativo della disciplina. La giurisprudenza aveva individuato tali scopi non solo come di per sé leciti, ma anche come caratteristici dei patti parasociali: Cass. 31 Luglio 1949, n. 2079, in *Foro It.*, 1950, I, 175, nota di Ascarelli. La pronuncia ritiene gli stessi meritevoli di tutela e li individua nella "saldezza della compagine sociale", nella "difesa contro manovre speculative" ed infine nel "controllo dell'indirizzo della società".

¹¹⁸ Carbone, *Le convenzioni di voto e la teoria generale del contratto*, in *N. giur. Civ. comm.*, 1992, II, 83. Cfr. Trimarchi, *Strumenti per assicurare l'adempimento dei sindacati di voto*, a cura di Bonelli-Jaeger, *Sindacati di voto e sindacati di*

obbligatoria dei patti parasociali comporta che la delibera assembleare adottata con il voto determinante del solo socio inadempiente è inattaccabile¹¹⁹. Dottrina e giurisprudenza prevalenti sono concordi nel ritenere inammissibili rimedi a carattere reale una volta che il patto sia stato violato, infatti una volta verificatasi la violazione del patto, apprezzabile solo in assemblea, la delibera è ormai stata adottata e l'intervento del giudice giungerebbe tardivo¹²⁰

3.2 I sindacati di blocco: la circolazione delle azioni

La posizione del socio nell'ambito di una società a base capitalistica è rappresentata dalla partecipazione sociale di cui è titolare, articolata in diritti di natura patrimoniale e diritti di natura amministrativa. Questa partecipazione è espressa da azioni o titolo azionari, che rappresentano l'unità minima in cui è

blocco, Milano, 1993, 115, il quale ritiene assai ridotto, se non nullo, il ruolo della tutela risarcitoria, a causa della difficoltà di valutazione del danno.

¹¹⁹ Cfr. Trib. Reggio Emilia, 11 Ottobre 1996, in *Giur. Comm.*, 1999, II, 37. Il giudice ha ritenuto che "la violazione degli obblighi gravanti sui soci non possa riverberare i propri effetti sulla legittimità della deliberazione". In dottrina, in tal senso Campins Vargas, *Derogación singular de los estatutos sociales*, in *RDM*, 2001, I, 1706, ove l'impossibilità che dall'adempimento del *pacto parasocial* possa derivare l'*impugnación del acuerdo social adoptado en junta*; Oppo, *op. cit.*, 126; Rescio, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. Soc.*, 1991, 641; Uña-Menéndez, *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1999, I, 882, ove il rilievo che tale patti hanno solo *valor en las relaciones internas de quiete los estipule*. Pertanto non può parlarsi di efficacia reale dei sindacati di voto, in quanto non si pone in discussione la validità delle delibere assembleari in cui il voto venga esercitato in violazione ad un patto parasociale.

¹²⁰ Rescio, *op. cit.* nt. 8, 560. In giurisprudenza, per tutte, Cass. 20 Settembre 1995, n. 9975, in *Giur. Comm.*, 1997, II, 50, ove si ritiene che la possibilità di adempiere o meno agli obblighi derivanti dal patto parasociale "non mette di per sé minimamente in discussione la validità del deliberato assembleare, qualunque sia la scelta operata dal socio, almeno fin quando non risulti possibile dimostrare, in concreto, l'esistenza di un conflitto di interessi rilevante ai sensi dell'art. 2373 c.c. o la violazione di altre specifiche disposizioni regolanti il diritto di intervento e di voto del socio in assemblea".

stato suddiviso il capitale sociale nominale, per consentire la sottoscrizione all'atto della costituzione della società.

Sottoscrivendo le azioni, il socio si obbliga ad apportare in società ciò che viene destinato all'esercizio della comune attività, acquisendo, in cambio, tutti i diritti ad esse connessi, in proporzione alla quota posseduta quali ad esempio: diritto agli utili, diritto alla quota di liquidazione, diritto di intervento in assemblea, diritto di voto, diritto di impugnativa delle deliberazioni.

Le azioni, tranne rare eccezioni previste dalla legge e salvo particolari limiti che possono essere stabiliti dai soci, di cui si dirà appresso, possono circolare liberamente ed essere oggetto di contrattazioni.

Le limitazioni alla loro circolazione che derivano da accordi volontari tra i soci, se da un lato hanno contribuito alla stabilizzazione degli assetti societari di quelle società che le hanno incluse nei loro statuti, da un altro lato sono state fonte di discussioni dottrinarie e giurisprudenziali, che hanno fatto scorrere "fiumi di inchiostro"¹²¹ sia nelle aule giudiziarie che sulle riviste specialistiche e sui libri di settore, favorite, soprattutto, da una carente o, addirittura, inesistente legislazione sullo specifico argomento.

Caratteristica essenziale dell'azione è la sua libera trasferibilità, ma nonostante questo aspetto, la circolazione della partecipazione azionaria può essere limitata.

I limiti statutari al trasferimento delle azioni nel vigore della previgente disciplina erano contemplati in via generale nel solo art. 2355 c.c., comma terzo, il quale consentiva la previsione di

¹²¹ Così si esprime Buonerba, *Limiti alla circolazione delle azioni. Limiti legali e limiti convenzionali: divieto di trasferimento, clausola di prelazione*, in *Vita not.*, 2009, II, 1572.

particolari condizioni per l'alienazione delle azioni nominative; mentre una serie di leggi speciali regolava la materia in ambiti particolari, dove l'esigenza e la necessità di un controllo sulla composizione della compagine sociale era maggiore.

La riforma che ha interessato il diritto societario ha avuto ad oggetto anche questo delicato argomento.

Il nuovo art. 2355-bis c.c., introdotto con la riforma del 2003 conferma il principio generale della libera trasferibilità come caratteristica naturale della partecipazione azionaria. Le particolari condizioni al trasferimento, operanti se e quando previste in statuto, costituiscono elementi accidentali, seppure assai diffusi, del contratto di società.

Trova conferma, inoltre, un'ulteriore acquisizione maturata nella vigenza del vecchio codice, ossia l'efficacia di queste particolari condizioni sulla fattispecie traslativa della partecipazione. Le particolari condizioni incidono non sul trasferimento della proprietà dei titoli, che l'avente causa comunque acquista, ma sull'acquisto della legittimazione ad esercitare i diritti di socio. Si viene a creare un duplice piano nella circolazione della azioni: il primo relativo ai rapporti tra dante causa e avente causa, che si esaurisce nella disciplina della vera e propria circolazione; ed il secondo relativo ai rapporti fra azionista ed ente, che involge invece il problema della legittimazione, dell'investitura dell'avente causa come socio.

Analizzando l'ambito di applicazione della norma, vediamo che in sole due ipotesi è possibile, com'era in passato, introdurre particolari condizioni al trasferimento delle azioni: nei casi di mancata emissione dei certificati e di emissione di titoli nominativi, cartacei o de materializzati.

In ogni altra ipotesi vige il divieto di apporre limiti alla circolazione delle azioni, e dunque opera il principio della loro libera trasferibilità.

Per le società aperte, che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, può discutersi della legittimità di clausole statutarie limitative di questo tipo, mentre sono diffusissime analoghe pattuizioni parasociali.

Un espresso divieto vige per le società con azioni quotate in borsa; i regolamenti di Borsa Italiana S.p.a. per la quotazione ufficiale in borsa, e per la quotazione al nuovo mercato, subordinano l'ammissione alla quotazione degli strumenti finanziari alla condizione della loro libera trasferibilità.

I limiti alla circolazione erano in passato, e rimangono tuttora, incompatibili con le azioni al portatore. Si ritiene che *“nei titoli al portatore (come nei titoli all'ordine) la legittimazione si stabilisce indipendentemente da una cooperazione dell'emittente, con la conseguenza che il limite alla circolazione del titolo dovrebbe attenere direttamente agli effetti reali del trasferimento (sì che l'emittente possa poi negare la titolarità del legittimato) o alterare i principi sulla legittimazione del portatore del titolo, escludendo cioè che il possesso del titolo possa essere sufficiente ai fini della legittimazione”*¹²².

Rispetto al vecchio testo dell'art. 2355 c.c., comma terzo, il comma primo del nuovo art. 2355-bis ha sostituito il termine “alienazione” con “trasferimento”. La scelta lessicale è stata ritenuta dalla dottrina senz'altro opportuna perché ha risolto in senso affermativo il problema della possibilità di prevedere

¹²² Ascarelli, *Sui limiti statutarî alla circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 379. Lo spunto è ripreso e sviluppato da Santosuosso, *Il principio di libera trasferibilità delle azioni. Eccesso di potere nelle modifiche della circolazione*, Milano, 1993, 255.

particolari condizioni al trasferimento delle partecipazioni azionarie per causa di morte¹²³, in quanto si riteneva che il termine alienazione fosse riferibile alle sole cessioni per atto tra vivi¹²⁴.

La riforma introduce la novità del temporaneo divieto di trasferimento delle azioni¹²⁵, applicabile soltanto nei casi di mancata emissione dei titoli e di azioni nominative.

Il divieto di alienazione previsto dall'art. 2355-bis c.c. è un divieto statutario, che obbliga i soci dal lato passivo e la società dal lato attivo. La portata e gli effetti del divieto non possono essere considerati di tipo parasociale, lo impediscono proprio la fonte statutaria, la sua natura organizzativa e la *ratio* della disposizione.

L'efficacia del divieto, che è fatto della medesima sostanza e beneficia della stessa pubblicità dello statuto ove è contenuto¹²⁶, è dunque reale; esso potrà essere opposto all'acquirente delle azioni, al quale, alla luce dell'art. 2193, comma secondo, c.c., non gioverà neppure addurre la propria incolpevole non conoscenza a protezione dell'acquisto

¹²³ Santosuosso, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 92.

¹²⁴ Ferrara-Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, 439.

¹²⁵ Prima della riforma tali clausole venivano pressochè unanimemente considerate invalide. A favore della loro validità si erano pronunciati, con diversi accenti e vari temperamenti (dalla durata del divieto, all'interesse della società, al riconoscimento di una corrispondente diritto di recesso del socio, e altro) soltanto Frè, *Società per azioni*, in *Commentario cod. civ., diretto da Scialoja-Branca, artt. 2325-2461*, Bologna-Roma, 1982, sub art. 2354, 254; Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1952, 184; Nobili, *Le clausole di gradimento*, in *Riv. Soc.*, 1009, 433.

¹²⁶ La pubblicità dello statuto sociale è stata tradizionalmente utilizzata come argomento per affermare l'efficacia reale delle clausole limitative della circolazione azionaria ivi inserite, a differenza dei patti parasociali di blocco. Si è tuttavia chiarito che l'efficacia reale di tali clausole dipende non tanto dalla loro pubblicazione, poiché di per sé l'opponibilità deriva dal patto ed è soltanto subordinata alla pubblicità (così Santoro Passarelli, *Struttura e funzionamento della prelazione convenzionale*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1981, 696), quanto piuttosto dalla loro natura organizzativa.

effettuato, specie se il divieto risulti anche dal titolo azionario, come prevede l'ultimo comma dell'art. 2355-bis c.c.

L'acquirente di azioni non trasferibili in forza del divieto in commento non potrà dunque acquistare efficacemente la qualità di socio nei rapporti con la società, e non sarà ammesso all'esercizio dei diritti sociali. Il negozio traslativo intercorso con il dante causa sarà invece perfettamente efficace *inter partes*, in quanto, come detto, la circolazione delle azioni opera su due piani: su un piano vive il contratto *inter partes*; sull'altro operano gli effetti traslativi verso la società, in altri termini l'acquisto della legittimazione, che ad oggi è sganciata anche dall'iscrizione nel libro dei soci.

Il temporaneo divieto di alienazione, si pone esattamente come le particolari condizioni tradizionali (clausole di gradimento e di prelazione *in primis*), come elemento ulteriore e accidentale perché la fattispecie traslativa possa acquistare efficacia di fronte alla società.

La durata massima del divieto statutario di alienazione è stabilita in cinque anni, senza essere stabilita la possibilità di proroga o rinnovo¹²⁷, e nel caso di pattuizione di una durata maggiore questa dovrebbe automaticamente ricondursi al quinquennio¹²⁸ ai sensi dell'art. 1419, comma secondo, c.c.

Più problematica l'ipotesi della pattuizione del divieto a tempo indeterminato, dato che astrattamente sono possibili tre soluzioni alternative: la prima, affermare la nullità, in ossequio al brocardo *ubi lex voluit dixit*, con conseguente libera trasferibilità delle azioni; la seconda, disporre l'automatica riduzione al

¹²⁷ Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, Padova, 2003, 122.

¹²⁸ Guizzi, *La circolazione dei titoli azionari*, in *Società – Il dizionario della riforma*, Milano, 2003, 106.

quinquennio di legge; la terza, sostenere il diritto del socio di recedere in applicazione analogica del secondo comma dell'art. 2355-bis c.c. La seconda alternativa avrebbe il pregio della semplicità, ma non si può escludere la validità di un divieto di trasferimento a tempo indeterminato, purché accompagnato dalla previsione del diritto di recesso, in applicazione analogica dell'art. 2355-bis,2 c.c., come di recente ha proposto la dottrina¹²⁹.

Il termine iniziale di efficacia del divieto di alienazione decorre o dalla costituzione della società, o dalla sua successiva introduzione ad opera dell'assemblea straordinaria dei soci.

La *ratio* del divieto di alienazione in commento è stata individuata, come si legge nella relazione della commissione ministeriale di riforma in una non meglio precisata "*esigenza particolare, avvertita soprattutto nella fase di start up della società*". Posto che le esigenze di *start up* verrebbero probabilmente meno nei casi di introduzione della clausola successivamente alla costituzione della società, ci si potrebbe interrogare sull'opportunità di vincolare i soci ad un tipo di società che è anonimo per eccellenza, indifferente agli azionisti, nei casi in cui si prescinde dalla necessità di un loro apporto personale infungibile; dove questo apporto invece esiste ed è imprescindibile, concretandosi in una prestazione personale accessoria, casi questi sì legati alle esigenze di *start up*, opera da sempre il tradizionale limite legale al trasferimento previsto dall'art. 2345 c.c.

Si potrebbe altresì discutere dell'opportunità di fornire al capitale di comando uno strumento di difesa ad efficacia reale

¹²⁹ Guizzi, *op. cit.*, 106; le perplessità possono derivare dalla diversità letterale dell'art. 2355-bis rispetto all'art. 2469 c.c. che per le s.r.l. sembra contemplare espressamente questa possibilità.

a supporto di strumenti, già collaudati e perfezionati, ad efficacia obbligatoria, tutti volti a contrastare la contendibilità del controllo societario, che per il legislatore del 2003 non appare più un valore primario da perseguire, a differenza di quanto accaduto nel 1998 con la riforma delle società quotate. In relazione al temporaneo divieto di trasferimento in commento, si verifica un problema di compatibilità con il diritto comunitario. Infatti, l'art. 3 lett. D) della II Direttiva sembra negare agli Stati membri la possibilità di consentire divieti, anche se solo temporanei, all'alienazione delle azioni, tanto che le stesse commissioni giustizia e finanze della Camera dei Deputati, nel parere del 12 Dicembre 2002¹³⁰, ne avevano suggerito la soppressione.

3.3 Limiti legali alla circolazione delle azioni

La libera trasferibilità delle azioni può essere limitata dalla legge, tuttavia non ne esistono numerosi casi e tra le ipotesi più significative si ricordano le seguenti:

1. Le azioni assegnate a fronte di conferimenti diversi dal denaro sono inalienabili, e devono essere depositate presso la società, fino a quando le valutazioni dei conferimenti non siano state controllate e non si sia provveduto ad aggiustamenti conseguenti all'eventuale riscontro della minusvalenza di oltre un quinto, art. 2343, commi 3 e 4;
2. Le azioni alle quali è legato l'obbligo di prestazioni accessorie sono intrasferibili senza il consenso degli amministratori, art. 2345, comma 2;

¹³⁰ In Riv. Soc., 2002, 1649.

3. Limiti legati all'acquisto di azioni proprie o di società controllanti, artt. 2357-2357-bis e 2359-bis;
4. Le azioni di società di interesse nazionale possono essere sottoposte, dalla legislazione speciale, ad una particolare disciplina in ordine alla loro trasferibilità, art. 2451;
5. Il trasferimento di azioni di società di intermediazione mobiliare (sim), di società di gestione del risparmio (sgr) e delle società di investimento a capitale variabile (sicav) è sottoposto ad una particolare disciplina, art. 15 d.lgs. n.58/1998;
6. Le azioni di società fiduciarie e di revisione non possono essere alienate senza il consenso del consiglio di amministrazione, art. 3, comma 2, l. 23 Novembre 1939, n. 1966.

In linea generale, è da ritenere che, salvo la previsione di rimedi specifici da parte della legislazione speciale, la violazione dei divieti o dei limiti legali alla libera trasferibilità delle azioni comporti la nullità dell'atto di trasferimento, dal momento che esso si risolve in una violazione di norme imperative.

3.3.1 Limiti convenzionali: i sindacati di blocco

Dai limiti legali alla circolazione della azioni, si distinguono i limiti convenzionali, ossia quei limiti che derivano da scelte proprie dei soci. Questi limiti possono trovare la loro fonte in accordi distinti dallo statuto, che dunque integrano veri e propri patti parasociali (in particolare, i sindacati di blocco) e come tali avere efficacia meramente obbligatoria, limitata alle parti contraenti ed irrilevanti nei confronti della società e dei terzi. Diversamente, può accadere che le parti decidano di inserire le limitazioni convenzionali alla libera trasferibilità delle azioni

all'interno dello statuto, in questo caso le limitazioni previste saranno opponibili sia alla società che ai terzi.

I sindacati di blocco¹³¹ sono patti parasociali mediante i quali i soci assumono obblighi reciproci, riguardanti le partecipazioni societarie, consistenti nel divieto di alienazione delle proprie azioni per un determinato periodo di tempo o nella subordinazione del trasferimento di tali partecipazioni al gradimento o alla prelazione degli altri soci del sindacato.

A tale tipo di accordo viene riconosciuta la natura di contratto di scambio, e non di contratto associativo (quali sono i sindacati di voto). Le parti, infatti, non si obbligano allo svolgimento di un'attività comune per il perseguimento di uno scopo determinato, ma assumono obblighi reciproci e corrispettivi. Di conseguenza, ad essi, non si applica la disciplina degli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c. e, salvo diversa ed espressa previsione contrattuale, il venir meno anche di un socio aderente comporta lo scioglimento dell'intero sindacato¹³².

Le finalità che si intendono realizzare con la costituzione di un sindacato di blocco sono, essenzialmente, quelle di impedire l'ingresso nella compagine sociale di soggetti non graditi e di salvaguardare l'assetto di potere societario già esistente, ostacolando anche i trasferimenti di partecipazioni societarie fra gli stessi soci, in grado di alterare equilibri nei rapporti di forza instauratisi in seno alla società¹³³.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno sempre ammesso la possibilità che nel sindacato di blocco si inserisca

¹³¹ Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, Torino, 2006, 244; Di Sabato, *Diritto delle società*, Milano, 2005, 261; AA.VV., *Trattato teorico-pratico delle operazioni sul capitale*, Milano, 2001, 1143.

¹³² Buonerba, *op. cit.*, 1577.

¹³³ Sulla funzione dei sindacati di blocco, Torino, *I patti parasociali*, Milano, 2000, 338.

anche un divieto assoluto di vendita di azioni, purché lo stesso sia contenuto entro convenienti limiti di tempo e corrisponda ad un apprezzabile interesse delle parti (art. 1379 c.c.). Oggi, la validità di un tale tipo di patto parasociale pare fuori discussione se si considera che nel nuovo art. 2355-bis, comma primo, c.c., espressamente si prevede la possibilità che lo stesso statuto vieti il trasferimento delle azioni, per un periodo massimo di cinque anni.

Anche il sindacato di blocco, al pari di ogni altro patto parasociale, ha un'efficacia meramente obbligatoria: i vincoli da esso derivanti in capo ai soci aderenti non possono essere opposti né alla società né a terzi. Così, l'eventuale trasferimento delle partecipazioni azionarie, posto in essere in violazione del patto, risulta comunque pienamente valido ed efficace, sia per il terzo acquirente sia per la società. Esso però comporta il sorgere, a carico del socio inadempiente, l'obbligo di risarcire il danno causato agli altri parasoci e di pagare l'eventuale penale prevista dal patto. Inoltre, considerando il sindacato di blocco come un contratto di scambio, l'inadempimento di una delle parti può essere altresì causa di risoluzione del contratto.

3.3.2 Clausole statutarie

L'inopponibilità ai terzi dei patti parasociali limitativi della circolazione delle azioni spiega perché molto spesso si preferisca inserire accordi di questo tipo nello stesso atto costitutivo. In tal modo le clausole imitrici della circolazione acquistano efficacia reale: vincolano tutti i soci, anche quelli

futuri, possono e debbono essere fatte valere dalla società nei confronti del terzo acquirente delle azioni.

Esse, in altri termini, diventano opponibili agli eventuali terzi acquirenti e determinano la possibilità per la società di rifiutare l'iscrizione nel libro dei soci del possessore *ad legitimationem*, nell'ipotesi in cui il suo acquisto contrasti con il tenore delle clausole statutarie limitative della circolazione.

Tale effetto è la logica conseguenza della stessa natura giuridica delle azioni: queste, infatti, incorporano la partecipazione alla società, il cui contenuto è dato dalle clausole dell'atto costitutivo e dello statuto, nel momento in cui fra queste clausole vengono inserite anche quelle che limitano la circolazione delle azioni, esse finiscono con il diventare parte integrante della posizione giuridica rappresentata ed incorporata dalle azioni.

È necessario precisare che la semplice pubblicità rappresentata dall'inserimento delle clausole nello statuto non è sufficiente, per il legislatore, ai fini dell'acquisto dell'efficacia reale da parte di tali clausole. A tale scopo, infatti, l'ultimo comma dell'art. 2355-bis c.c., con finalità di tutela dei terzi, pone l'obbligo di annotazione sul titolo dei vincoli alla circolazione delle azioni.

In ordine all'efficacia di tale iscrizione, alcuni autori¹³⁴ escludono che dalla mancata annotazione sul titolo possa derivare l'inopponibilità ai terzi di limiti alla circolazione che trovano la loro pubblicità attraverso l'iscrizione dello statuto della società presso il Registro delle Imprese.

L'art. 2193 c.c. pone un principio di opponibilità delle notizie iscritte nel registro delle imprese e l'eventuale inerzia degli amministratori nell'assolvere all'obbligo loro imposto di

¹³⁴ Santosuosso, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 95.

effettuare la annotazione sul titolo non può comportare l'effetto della inopponibilità all'esterno di clausole statutarie.

Effetto della mancata annotazione sarà quindi, al massimo, la responsabilità degli amministratori nei confronti del cessionario che non ottenga l'iscrizione nel libro dei soci in conseguenza della operatività di una clausola limitativa non annotata sul titolo.

In dottrina, peraltro, è autorevolmente rappresentata la tesi opposta¹³⁵ secondo la quale l'iscrizione dello statuto nel registro delle imprese è solo una parte del procedimento pubblicitario volto a rendere noti ai terzi i vincoli alla circolazione delle azioni, tale procedimento si conclude con l'annotazione sul titolo la cui mancanza impedisce alla società di rifiutare l'iscrizione nel libro soci al cessionario non gradito.

Tra le due teorie sopra esposte, prevale in dottrina la prima, secondo la quale l'obbligo di menzionare sul titolo i limiti alla circolazione delle azioni non è rilevante ai fini dell'opponibilità ai terzi della limitazione stessa.

Le clausole statutarie limitative della circolazione delle azioni possono essere introdotte nello statuto in occasione della costituzione della società o anche successivamente e, sempre nel corso della vita societaria, possono essere oggetto di modifica o di soppressione.

3.3.3 Clausola statutaria di prelazione: rapporti con i patti parasociali

¹³⁵ Vattermoli, *Sub art. 2355-bis*, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, vol. II, tomo I, Torino, 2003, 181.

Una delle principali limitazioni alle quali la società può sottoporre il trasferimento delle azioni, ai sensi dell'art. 2355-bis, comma 1, c.c. è rappresentato dalla c.d. clausola di prelazione, con la quale ciascun socio si obbliga, nell'eventualità in cui intenda trasferire le azioni, ad offrirle preventivamente agli altri soci, preferendoli, a parità di condizioni, ai terzi.

Prima della riforma del diritto societario si è a lungo discusso sulla possibilità che clausole di prelazione, in quanto limitative della libertà di alienazione delle azioni, perché implicanti l'obbligo per il socio alienante di informare preventivamente gli altri soci e di riconoscere loro la precedenza nell'acquisto a parità di condizioni, potessero essere introdotte nell'atto costitutivo o nello statuto della società mediante modificazioni deliberate dall'assemblea senza il consenso dei soci. Possibilità di cui si dubitava perché siffatte clausole, avendo ad oggetto atti negoziali relativi al patrimonio personale dei soci e non relativi a quello della società, avrebbero avuto l'effetto di far sorgere in capo a ciascun socio diritti ed obblighi individuali, non perciò disponibili ad opera della maggioranza¹³⁶. Per analoghe ragioni si è dubitato che simili clausole, se presenti nell'originaria stesura dell'atto costitutivo, potessero essere in seguito soppresse o modificate con deliberazione assunta dall'assemblea a maggioranza¹³⁷.

La giurisprudenza di legittimità, riconoscendo alla clausola statutaria di prelazione una valenza soprattutto organizzativa, e solo indirettamente fonte di diritti individuali dei soci, si era

¹³⁶ Così Rordorf, nota a Trib. Milano, 10 Marzo 2006, in *Foro It.*, 2006, I, 2940.

¹³⁷ Per una compiuta ricapitolazione v. Vittone, *Introduzione e soppressione di clausole di prelazione negli statuti di società di capitali: rassegna critica di giurisprudenza*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, 155.

comunque da ultimo saldamente attestata sulla possibilità che l'assemblea straordinaria con le maggioranze stabilite per quel tipo di assemblea potesse sopprimere, modificare o aggiungere *ex novo*¹³⁸ clausole che attribuissero un diritto di prelazione ai soci in caso di trasferimento delle azioni¹³⁹.

La riforma societaria ha dunque segnato la fine di tali discussioni, il novellato art. 2437, comma 2, lett. b), c.c., infatti, attribuisce espressamente, salvo differente disposizione statutaria, il diritto di recesso ai soci i quali non abbiano concorso a deliberare l'introduzione o la rimozione nello statuto di vincoli alla circolazione delle azioni. Se ne deduce, in modo implicito, che detti vincoli, sia che si concretizzino in una clausola di prelazione, sia che si concretizzino in una clausola di gradimento, possono essere introdotti o rimossi e, dunque anche modificati, con deliberazioni assunte senza il consenso di tutti i soci. Il socio dissenziente potrà opporre l'esistenza di un proprio diritto soggettivo, ma ben potrà reagire esercitando il diritto di recesso dalla società.

Un altro interessante interrogativo che si pone affrontando la questione delle clausole statutarie di prelazione è rappresentato dal loro collocarsi sul piano sociale piuttosto che su quello parasociale, o su entrambi.

In passato si registrano diverse pronunce secondo le quali, essendo la clausola di prelazione posta a tutela di un interesse individuale dei soci, il suo inserimento all'interno dello statuto sociale, pur conferendole efficacia *erga omnes*, non le farebbe perdere la natura di un patto parasociale tra i soci, produttivo di

¹³⁸ In senso favorevole Trib. Genova, 11 Aprile 2001, in *Foro It.*, 2001, I, 2682; in senso opposto App. Genova, 14 Maggio 2004, in *Giur. It.*, 2004, 2340.

¹³⁹ Ex multis Cass. 14 Gennaio 2005, n. 691, in *Foro It.*, 2005, I, 2068

diritti ed obblighi a favore di ciascuno di essi e pronunce in senso difforme¹⁴⁰.

Il piano sociale è quello in cui propriamente si identifica l'ordinamento intero della società, ossia le regole della sua organizzazione e del suo funzionamento, le quali peraltro spesso coinvolgono largamente anche posizioni giuridiche individuali dei singoli soci. Pur se in misura diversa, a seconda del tipo societario, l'elemento personale gioca sempre un ruolo nella struttura di ogni società, ivi comprese quelle azionarie. Ciò spiega come mai gli statuti di tali società possano contemplare anche regole direttamente volte a condizionare la libera disponibilità delle partecipazioni sociali: regole destinate quindi a costituire parte integrante dello statuto che le contiene, intendendosi con esse riconoscere e accrescere l'importanza dell'elemento personale e garantire un maggior grado di stabilità alla struttura dell'ente¹⁴¹.

Tuttavia quanto detto non elimina la possibilità che previsioni convenzionali di tenore più o meno analogo figurino in accordi stipulati tra i soci, o tra alcuni solo di essi, *a latere* del contratto sociale, le quali quindi si collochino su un piano diverso, che si definisce appunto parasociale, in quanto la loro funzione non è quella di dare una formale configurazione al modello organizzativo della società, bensì soltanto di vincolare a specifici comportamenti i singoli partecipanti al patto, in una logica rigorosamente personale che prescinde del tutto dalle finalità comuni e dall'interesse complessivo della società.

¹⁴⁰ App. Milano, 7 Febbraio 1989, in *Riv. Dir. Comm.*, 1989, II, 261. Diversamente Trib. Milano, 23 Settembre 1991, in *Società*, 1992, 357, con nota adesiva di Bonavera, proprio il fatto di essere ricompresa nello statuto, la clausola in esame assumerebbe la natura di un patto sociale, riguardante non solo i soci, ma la società stessa. Anche la dottrina, si mostrava incerta, v. Torino, *op. cit.*, 12.

¹⁴¹ Così Rordorf, nota a Trib. Milano, 10 Marzo 2006, in *Foro It.*, 2006, I, 2940.

La possibilità che tali due diversi piani coesistano, senza tuttavia confondersi l'uno nell'altro, già ben avvertita da una parte della giurisprudenza¹⁴², sembra trovare oggi decisiva conferma nella normativa dei patti parasociali contenuta negli artt. 2341-bis e ter, dai quali si deduce che un connotato essenziale del patto parasociale è proprio la sua collocazione al di fuori dell'atto costitutivo e dello statuto sociale¹⁴³.

L'evoluzione del diritto societario, proprio nella misura in cui ha accentuato i connotati contrattualistici dei rapporti di società riconoscendo al tempo stesso espressamente i patti parasociali come distinti da esso, conferma la necessità di non confondere i due piani il cui discrimine riposa non tanto sul contenuto del patto e della clausola, bensì nella collocazione di questa dentro o fuori dal perimetro del sociale, a seconda di come di volta in volta i soci lo avranno definito mediante l'inclusione di certe regole nello statuto della società o, viceversa, la loro stipulazione collaterale.

Se, infatti, sono patti parasociali quelli che pongono limiti al trasferimento delle partecipazioni azionarie, tali essendo espressamente definiti dall'art. 2341-bis, comma 1, lett. b), e se il legislatore ne ha specificatamente disciplinato la durata, la pubblicità, per le società che fanno appello al mercato del capitale di rischio, non si vede come si possa continuare a qualificare "parasociali" eventuali clausole del medesimo tenore contenute nello statuto della società, alle quali, ovviamente, non sarà certo applicabile la particolare disciplina degli artt. 2341-bis e ter, bensì la generale disciplina riguardante la durata della società e la pubblicità del relativo statuto.

¹⁴² In particolare Cass. 19 Agosto 1996, n. 7614, in *Foto It.*, Rep. 1997, voce *Società*, n. 813.

¹⁴³ Costi, *op. cit. nt.* 64, 201.

Si potrà allora valutare, nei singoli casi, se la presenza nello statuto sociale di certe clausole essenzialmente destinate a regolare i comportamenti reciproci dei soci in funzione del loro interesse individuale, come in particolare le clausole di prelazione, sia anche indice di un ulteriore sottostante accordo di analogo tenore, direttamente intercorso tra gli stessi soci e destinato ad operare anche su un piano parasociale. In questo caso si tratterà però di un patto ben distinto dal contratto di società e assumerà rilievo solamente e unicamente nei rapporti diretti tra i partecipanti al patto medesimo retto da regole giuridiche non interferenti con quelle proprie del contratto sociale e delle eventuali modificazioni di questo. Ne consegue che la modificazione dello statuto sociale circa le clausole che disciplinano i vincoli per la circolazione delle azioni non si ripercuotono sull'eventuale patto parasociale di analogo contenuto.

3.4 Patti di co-vendita, tag along e drag along

La pratica degli affari esibisce diversi casi in cui più soggetti, titolari di beni o diritti in qualche modo correlati tra loro, possono avere interesse a coordinare eventuali alienazioni di questi beni o diritti.

Approssimando, si può ritenere che siffatto interesse può trarre origine soprattutto da due motivi diversi. In primo luogo può darsi che l'alienazione congiunta e nei confronti del medesimo soggetto dei beni o dei diritti di cui si tratta permetta di spuntare condizioni migliori rispetto alla somma di quelle presumibilmente

ricavabili da alienazioni separate, il tutto ha un plusvalore rispetto alla somma dei valori delle parti.

In secondo luogo può avvenire che tra i soggetti di cui si tratta sussista, in virtù di quelle che si definiscono titolarità correlate¹⁴⁴, un legame, di fatto o di diritto, di fiducia reciproca, di collaborazione, di buon vicinato ecc. avente natura personale e nel quale pertanto non si vuol vedere subentrare altri.

Esempi di situazioni aventi tali caratteristiche sopra indicate sono rinvenibili in settori anche lontani tra loro. Si può pensare a comproprietari di un bene, i quali ben potrebbero avere interesse ad una alienazione congiunta, sia in ragione della più facile e proficua commerciabilità della piena proprietà rispetto a quella delle quote, sia per la riluttanza a trovarsi legati a nuovi e sconosciuti soggetti nell'ipotesi in cui circolino le quote, o alcune quote, degli altri comunisti. Tuttavia il patto di co-vendita sia nella comunione sia in altre situazioni considerate possa assolvere ad una funzione opposta, ossia come mezzo per pervenire ad un più agevole scioglimento del rapporto tra le parti per l'ipotesi che questo incorra in una crisi. In presenza di difficoltà nel proseguire la loro collaborazione, invero, comunisti, soci etc. potrebbero avere convenienza ad una vendita congiunta che fosse facilitata da precisi e appositi impegni assunti in precedenza¹⁴⁵.

L'alienazione congiunta può anche derivare da una complementarità economica dei beni di cui si tratta ove riesca più conveniente ai rispettivi proprietari vendere insieme.

¹⁴⁴ D'Alessandro, *Patti di <<co-vendita>>*, in *Riv. Dir. Civ.*, IV, 2010, 373

¹⁴⁵ Sulle alienazioni della quota di comunione e dell'intera cosa da parte di tutti i comunisti v. Branca, *Comunione – Condominio negli edifici*, in *Comm. Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 129; Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993, 751.

Nella pratica dei contratti di acquisizione di partecipazioni sociali e dei conseguenti accordi tra gli acquirenti/investitori, la redazione di clausole che dispongono un diritto ovvero un obbligo di co-vendita rappresenta una tecnica ormai ampiamente diffusa: tali clausole sono conosciute, rispettivamente, con il nome di clausole *tag along* e di *drag along*.

Con la clausola di *tag along*, ad alcuni soci, generalmente di minoranza, viene riconosciuto il diritto di cedere una quota della propria partecipazione proporzionalmente uguale a quella posta in vendita dal socio di maggioranza, alle medesime condizioni da quest'ultimo pattuite con l'acquirente. Normalmente si prevede che il diritto di co-vendita possa essere esercitato in alternativa a quello di prelazione, e che, qualora il diritto di co-vendita sia esercitato, il socio di maggioranza sia tenuto a far sì che il terzo acquirente acquisti, allo stesso prezzo offerto *pro quota*, anche le partecipazioni dei soci che abbiano esercitato il diritto. Di solito si prevede anche che, qualora ciò non sia possibile, il socio di maggioranza sia tenuto, alternativamente, a ridurre la partecipazione oggetto del trasferimento al terzo in misura tale da permettere agli altri soci di partecipare alla vendita, oppure di acquistare egli stesso le partecipazioni dei soci che abbiano esercitato il diritto, oppure ancora, come ultima *ratio*, di astenersi dal porre in essere il trasferimento prospettato.

La funzione della clausola di *tag along* è duplice: da una parte, consentire a chi sia entrato nel capitale della società in ragione della presenza di un determinato soggetto, di uscire dall'investimento laddove il socio di riferimento decida di

vendere¹⁴⁶. È questo il caso che vede l'acquisizione di una società effettuata non già da un acquirente unico, ma da una "cordata" di acquirenti, ognuno dei quali acquista solo una parte del capitale sociale della società target. Pertanto si tratta di soggetti che per motivi commerciali e/o finanziari, hanno deciso di acquisire insieme la partecipazione della società target, e che, probabilmente, sono intenzionati a rimanere soci della stessa soltanto fino al momento in cui il soggetto più rappresentativo della "cordata" mantenga la propria partecipazione nella società¹⁴⁷.

Dall'altra parte, vi è la funzione di assicurare al socio di minoranza una via d'uscita dalla società ad un prezzo che gli permetta di incassare *pro quota* il premio di maggioranza, che, altrimenti, sarebbe andato ad esclusivo vantaggio del socio di maggioranza.

La clausola di drag along, detta anche patto di trascinamento, attribuisce invece il diritto ad un socio, generalmente anche se non necessariamente, di maggioranza, di negoziare la vendita non solo della propria partecipazione, ma anche di quella degli altri soci, i quali, per contro, si obbligano a cedere le proprie partecipazioni al terzo con il quale il socio venditore abbia raggiunto l'accordo, alle medesime condizioni contrattuali ed al medesimo prezzo *pro quota*. Resta comunque ferma la possibilità, per i soci che devono subire la co-vendita, di esercitare il diritto di prelazione sulla partecipazione del socio di

¹⁴⁶ Pedersoli, *Sindacati di blocco: validità, tipi ed effetti*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli-Jaeger, Milano, Giuffrè, 1993, 238; Proverbio, *I patti parasociali*, Milano, Giuffrè, 2004, 69; Macrì, *Patti parasociali e attività sociale*, Torino, 2007, 48; Panzarini, *Il contratto di opzione*, Milano, 2007, 289; Divizia, *Clausole statutarie di covendita e trascinamento*, in *Notariato*, II, 2009, 158.

¹⁴⁷ Picone, *Contratto di acquisto di partecipazioni azionarie*, Milano, Giuffrè, 1995, 153.

riferimento, laddove tale diritto sia previsto a livello statutario ovvero parasociale.

La clausola di *drag along* è normalmente prevista nei patti parasociali stipulati laddove venga effettuata una acquisizione per effetto della quale risulti una società partecipata da una pluralità di investitori. Con sempre maggior frequenza, però, e nell'ambito di una certa tendenza della "*migrazione dal parasociale al sociale*"¹⁴⁸ quale effetto della nuova disciplina dei patti parasociali introdotta dalla riforma del diritto societario, questo genere di clausole viene inserito direttamente nello statuto della società acquisita o del veicolo societario costituito al fine di porre in essere l'acquisizione.

L'efficacia reale e temporaneamente illimitata che si riflette nella sua opponibilità ai terzi ed ai soci, presenti e futuri, e non più solo obbligatoria e temporaneamente contenuta, della clausola statutaria di *drag along*, richiede un attento esame delle condizioni per la sua ammissibilità alla luce dei principi inderogabili dell'ordinamento societario. Tali aspetti, pur presentando profili di indubbio interesse pratico, sono in larga parte ancora inesplorati dalla giurisprudenza e dalla dottrina specialistica. Al riguardo offre spunto di riflessione per studiare la legittimità della clausole di *drag along* inseriti negli statuti delle società per azioni, l'Ordinanza del Tribunale di Milano emessa in data 01.04.2008¹⁴⁹. Nel caso di specie, nel valutare la sussistenza

¹⁴⁸ Notari, *Le categorie speciali di azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da Abadessa-Portale, I*, Torino, 2007, 611.

¹⁴⁹ L'Ordinanza pronunciata dal Tribunale di Milano, in data 31 Marzo 2008, ha respinto un ricorso per il sequestro giudiziario avente ad oggetto la partecipazione del socio di minoranza di una società per azioni; il ricorso era stato proposto da un soggetto estraneo alla società il quale aveva negoziato e poi formalizzato con il socio di maggioranza una proposta irrevocabile di acquisto, per sé o per persona da nominare, delle azioni rappresentanti l'intero capitale sociale, per effetto di una clausola di statutaria di *drag along*, che

del *fumus boni iuris* ai fini della concessione del sequestro richiesto dalla parte ricorrente, il Tribunale di Milano ha affrontato la questione della validità di una particolare clausola statutaria di *drag along*, formulando rilievi che è opportuno prendere in considerazione.

Si rendono necessarie alcune considerazioni preliminari sul contesto nel quale vengono generalmente negoziate e redatte le clausole di *drag along* e sulla funzione che gli operatori tendono a perseguire per mezzo di tale strumento per esaminare il tema della validità di detti clausole.

3.4.1 Natura, struttura e funzione della clausola statutaria di *drag along*

Come detto, è sempre più frequente nella prassi l'inserimento della clausola di *drag along* direttamente nello statuto sociale. Le fattispecie più comuni sono quelle di operazioni di acquisizione che vedono coinvolti anche, ma non necessariamente soltanto, investitori istituzionali, quali *venture*

prevedeva, per il socio di minoranza l'obbligo di co-vendita della partecipazione di minoranza qualora il socio di maggioranza avesse deciso di alienare ad un terzo la propria partecipazione. Il ricorrente aveva richiesto l'autorizzazione della misura cautelare sopra menzionata a seguito del rifiuto del socio di minoranza, che assumeva l'invalidità della clausola di *drag along*, di conformarsi all'obbligo di co-vendita. Il ricorso era stato proposto nelle more di un procedimento arbitrale nel quale il socio di maggioranza chiedeva che venisse accertato che, per effetto della proposta irrevocabile d'acquisto dell'intero capitale sociale, negoziata e formalizzata dal terzo acquirente con il socio di maggioranza, ed a seguito del mancato esercizio del diritto di prelazione sulla quota di maggioranza da parte del socio di minoranza (anch'esso previsto dallo statuto), si fosse perfezionata la cessione di tutte le partecipazioni della società a favore del terzo acquirente, ovvero che fosse comunque sorto in capo al socio di minoranza un obbligo a contrarre con il terzo. Cfr. Di Bitonto, *Clausola statutaria di c.d. drag along: chi era costei?*, in *Soc.*, 2008, 1378; De Luca, *Validità delle clausole di trascinemanto ("drag along")*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2009, 174.

*capital, merchant banks, società di investimento o fondi di private equity*¹⁵⁰.

In questi contesti, la clausola di *drag along* viene inserita nello statuto del veicolo societario che viene costituito ad hoc per effettuare l'operazione (la c.d. *Newco*), ed al cui capitale partecipano, già al momento della costituzione, tutti gli investitori, sia industriali che finanziari¹⁵¹.

Talvolta, la clausola di *drag along* viene inizialmente recepita in un patto parasociale e solo successivamente inserita nello statuto della società in origine costituita. In tale contesto, deve subito essere chiarito se la modifica del contratto sociale per l'introduzione della clausola, che deve essere assunta con le maggioranze richieste per questo genere di delibere, dia luogo al diritto di recesso in capo al socio contrario, assente o astenuto, in virtù di quanto previsto dall'art. 2437, comma 2, lettera b) del codice civile (introduzione o rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari). In caso di risposta affermativa, la causa di recesso, in quanto derogabile, potrebbe essere esclusa dallo statuto, con la conseguenza che il socio non consenziente si ritroverebbe vincolato da un obbligo di co-vendita, senza che gli sia stata riconosciuta la possibilità di recedere dalla società¹⁵².

¹⁵⁰ Costi, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2008, 179; Ferrara, *Finanza e private equity*, Milano, 2006.

¹⁵¹ Per una elencazione delle previsioni contrattuali che è dato riscontrare con maggiore frequenza nel contesto di operazioni a cui partecipano investitori istituzionali quali fondi di *private equity* o *venture capitalist*, Panzarini, *op. cit.*, 277.

¹⁵² Le perplessità suscitate da una risposta affermativa al quesito, vengono almeno in parte superate dalla considerazione secondo cui il socio non consenziente aveva preventivamente accettato di entrare in una società il cui statuto non prevedeva la facoltà di recesso per i soci che non avessero concorso alla introduzione o rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari, ovvero, se la soppressione di tale causa di recesso fosse stata deliberata in un secondo momento, dal fatto che il socio contrario aveva avuto

Sebbene la previsione statutaria in questione venga spesso prevista con riferimento alla partecipazione del socio detentore di una partecipazione di maggioranza, assoluta o relativa, ciò non toglie che il diritto di trascinarsi possa anche essere riferito alla partecipazione di un socio di minoranza¹⁵³. Nell'ambito delle operazioni alle quali partecipano investitori finanziari, infatti, la clausola viene per lo più prevista con riguardo alla partecipazione di costoro, indipendentemente dalla circostanza che essi detengano o meno la maggioranza del capitale sociale. L'obiettivo dell'investitore istituzionale, infatti, in particolare gli operatori di *private equity*, è quello di uscire dall'investimento ad un determinato momento, mediante la successiva quotazione in mercati regolamentati delle partecipazioni della società¹⁵⁴ ovvero vendendo a terzi il pacchetto acquisito e realizzando, per queste vie, il maggiore rendimento possibile dell'investimento. Tale cessione avviene spesso a favore di un investitore industriale operante nel settore della società ceduta (c.d. *trade sale*), il quale sarà interessato a

la possibilità, questa volta inderogabile, ex art. 2437, comma 1, lettera e) c.c. (eliminazione di una o più cause di recesso previste dal successivo comma ovvero dallo statuto), di recedere in occasione della deliberazione con cui era stata eliminata dallo statuto la causa di recesso di cui all'art. 2437, comma 2, lettera b) c.c.

¹⁵³ Oltre che al soddisfacimento dell'interesse del socio titolare del diritto di *drag along* a non vedere pregiudicate le proprie possibilità di disinvestimento, la clausola di *drag along* può realizzare anche un interesse sociale (come afferma l'Ordinanza citata del Tribunale di Milano), interesse dunque alla riduzione di potenziali conflittualità interne alla società che potrebbero essere eliminate "dal peso in concreto della quota di minoranza e da un possibile abuso del potere di controllo, e quindi a garantire l'omogeneità della compagine sociale e la coesione dei soci". In tema di possibili abusi posti in essere dalla minoranza: Rordorf, *L'abuso di potere della minoranza*, in *Soc.*, 1999, 809; Martinez, *L'abuso di minoranza nelle società di capitali*, in *Contr. Impr.*, 1997, 1184; Nuzzo, *L'abuso della minoranza*, Torino, 2003.

¹⁵⁴ Il Regolamento Borsa Italiana S.p.A. all'art. 2.1.3, richiede, per l'ammissione alla quotazione, che gli strumenti finanziari siano liberamente trasferibili, pertanto, non può essere ammessa alla quotazione una società le cui azioni siano soggette ad un vincolo come quello che si ha per effetto dell'inserimento nello statuto di una clausola di *drag along*.

poter gestire liberamente la società, senza il vincolo dei soci di minoranza che potrebbero porre in essere comportamenti opportunistici, specie nel caso in cui lo statuto della società preveda, per certe materie, *quorum* assembleari particolarmente elevati o diritti di veto a livello consiliare.

In tali situazioni, la funzione assolta dalla clausola di trascinamento è quella di consentire al socio finanziario, anche se detentore di una partecipazione di minoranza, di monetizzare la propria quota del premio di maggioranza e, comunque, di ottenere migliori condizioni nella negoziazione, stante la possibilità per l'acquirente di ottenere l'intero capitale sociale e di non essere vincolato agli altri soci per la gestione della società¹⁵⁵.

D'altro canto, anche il socio di maggioranza può essere interessato al *drag along*, considerato il fatto che l'acquirente, avendo la possibilità di acquistare l'intero pacchetto azionario anziché una partecipazione di maggioranza, potrebbe essere disposto a corrispondere un prezzo ulteriormente maggiorato rispetto a quello che avrebbe pagato per l'acquisto della semplice maggioranza¹⁵⁶.

Dal punto di vista sistematico, si osserva che il contenuto della clausola di *drag along*, quando confrontato con gli istituti tipici del nostro ordinamento, è decisamente atipico. Una ricostruzione contrattualistica della natura giuridica del

¹⁵⁵ Cfr. in tal senso Ponti-Panella, *La <<preferenza>> nel diritto societario e successorio*, Milano, 2003, 222; Panzarini, *op. cit.*, 263 secondo cui "siffatta clausola ha, in particolare, la funzione di aumentare il valore della partecipazione sociale venduta, consentendo al titolare del diritto di trascinamento di ottenere migliori condizioni nella negoziazione con il terzo, considerata la possibilità per l'acquirente di acquistare una partecipazione di maggioranza del capitale o addirittura una partecipazione totalitaria, evitando la presenza di altri soci non graditi e consentendosi al terzo di trovare partners di suo gradimento".

¹⁵⁶ Ponti-Panella, *op. cit.*, 222; Proverbio, *op. cit.*, 71; Di Bitonto, *op. cit.*, 1381.

meccanismo che sta alla base di pattuizioni che mirano ad una co-vendita forzata non è agevole, tuttavia non si può prescindere da un'analisi, da farsi di volta in volta, della valutazione della specifica e concreta formulazione della clausola, non a fini descrittivi e classificatori ma piuttosto per evidenziare riflessi non indifferenti sul piano applicativo.

Si potrebbe sostenere che la stipulazione della clausola in questione equivalga alla concessione, da parte di un socio ad un altro, di una opzione d'acquisto a favore di terzo¹⁵⁷, ovvero di una opzione di acquisto per persona da nominare¹⁵⁸.

Il diritto di opzione sarebbe, però, sospensivamente condizionato al fatto che un socio, il titolare del diritto di *drag along*, riceva dal terzo un'offerta di acquisto che intenda accettare. Nel caso in cui sia previsto anche un diritto di prelazione, il diritto di opzione sarebbe altresì condizionato al mancato esercizio della prelazione da parte del socio che viene obbligato a co-vendere.

¹⁵⁷ In tal senso Di Bitonto, *op. cit.*, 1381. Anche nella menzionata ordinanza del Tribunale di Milano si è proposta una ricostruzione del meccanismo statutario in questione “*come prevedente la concessione da parte di un socio di minoranza (promittente) al socio di maggioranza (stipulante) di <<un'opzione di call a favore di terzo>> (beneficiario determinabile in ragione della disponibilità ad acquisire con proposta irrevocabile l'intero capitale) sulla partecipazione di minoranza, sospensivamente condizionata dal fatto che lo stipulante riceva un'offerta di acquisto dell'intero capitale sociale e che il promittente non intenda esercitare il diritto di prelazione sulla quota di maggioranza*”.

¹⁵⁸ Proverbio, *I patti parasociali*, Milano, 2004, 72, secondo il quale la clausola configura una “*opzione di call (...) che il socio avente diritto di azionare l'obbligo di stipula per persona da nominare (il terzo futuro acquirente) ai sensi dell'art. 1401 Codice civile e la cui efficacia è sospensivamente condizionata, in sostanza, al verificarsi di tre circostanze: che la covendita avvenga nell'ambito della cessione dell'intero capitale sociale, che avvenga alle medesime condizioni garantite al socio aspirante venditore, che infine (laddove ciò sia stato espressamente pattuito) il prezzo offerto dal terzo sia tale da garantire un determinato ritorno economico al socio co-venditore*”. Sulla struttura e sulle funzioni del contratto di opzione, ed in particolare sulla funzione dell'opzione come strumento di pianificazione ed organizzazione degli investimenti industriali e societari, e sulla previsione di diritti di put & call nel contesto delle operazioni di M&A, cfr. Panzarini, *op. cit.*, Milano, 2007, 256.

Nell'ipotesi di qualificazione della clausola di trascinamento come opzione di acquisto a favore di terzo, si potrebbe ritenere che vi sia una implicita rinuncia alla facoltà di revoca in capo allo stipulante prevista dall'art. 1441, comma 2, c.c., colliderebbe infatti con la *ratio* sottesa al patto di trascinamento il fatto di consentire al socio titolare della partecipazione a cui viene riferito il trascinamento di revocare la stipulazione a favore del terzo.

Nella seconda ipotesi avanzata, quella della qualificazione della clausola alla stregua di una opzione d'acquisto per persona da nominare, la nomina del terzo, cioè del soggetto esterno alla società che compra, costituirebbe un obbligo, e non una facoltà, del socio titolare della partecipazione a cui viene riferito il *drag along*¹⁵⁹.

L'opzione di acquisto, che si assume possa ritenersi concessa per effetto della clausola di trascinamento, può essere intesa come opzione di contratto definitivo ovvero come opzione di contratto preliminare. In caso di opzione di contratto definitivo, il trasferimento della proprietà sui titoli si perfezionerebbe nel momento in cui il socio titolare del diritto di trascinamento accetta l'offerta di acquisto proveniente dal terzo acquirente (salvo che sia previsto il diritto di prelazione nel qual caso il trasferimento della proprietà resta sospensivamente condizionato anche al mancato esercizio della prelazione, nei termini indicati nella *denuntiatio*, da parte del socio su cui grava l'obbligo di co-vendita). In caso di inadempimento da parte del socio onerato dall'obbligo di co-vendita, il terzo acquirente ed il

¹⁵⁹ Cfr. Di Bitonto, *op. cit.*, 1382, il quale però sostiene che in tal caso si avrebbe un'ipotesi diversa da quella disciplinata nel codice civile, avvicinata solo sul piano descrittivo, al contratto per conto di chi spetta in cui un soggetto (stipulante) dichiara di contrarre non per sé bensì per un altro soggetto.

socio titolare del diritto di trascinamento sarebbero legittimati ad agire in giudizio al fine di ottenere l'adempimento in forma specifica alla consegna dei titoli, per mezzo di una azione di inadempimento, spetta, in ogni caso, il diritto al risarcimento del danno.

Se, viceversa, si ritenesse che per effetto della clausola sorge semplicemente un obbligo a prestare il consenso necessario al trasferimento della partecipazione a favore del terzo, che abbia manifestato la propria intenzione di voler acquistare l'intero pacchetto societario, il meccanismo configurerebbe la concessione di una opzione di preliminare. Il terzo acquirente avrebbe diritto di ottenere una sentenza costitutiva, ex art. 2392 c.c., che produca gli effetti del contratto non concluso.

Il beneficiario dell'opzione sarebbe comunque il terzo disposto ad acquistare l'intero pacchetto societario, determinabile in virtù della sua formulazione di una proposta di acquisto per l'intero capitale sociale.

Infine, non è da escludersi la possibilità di inquadrare la clausola di *drag along* ricorrendo allo schema di contratto di mandato. Si tratterebbe, in particolare, di un mandato, conferito al socio che raggiunga una determinata soglia del capitale sociale, a vendere, insieme alla propria, anche le partecipazioni detenute dagli altri soci. Tale mandato, in assenza di conferimento di una specifica procura a rappresentare, avrebbe effetti soltanto obbligatori, e dovrebbe essere considerato irrevocabile, in quanto concesso anche nell'interesse del mandatario.

Tuttavia, un'analisi della clausola statutaria di *drag along* condotta in termini essenzialmente contrattualistici, oltre a non essere l'unica via percorribile, forse non è neanche quella maggiormente auspicabile. Si potrebbe, infatti, ritenere che la

clausola in questione, in quanto di natura statutaria, contenga semplicemente una regola organizzativa della società, attributiva di doveri in capo ai soci senza che ad essi corrisponda, necessariamente, una situazione attiva in capo ad un altro socio, qualificabile in termini di diritto soggettivo vero e proprio¹⁶⁰.

3.4.2 Il recepimento della clausola di *drag along* nello statuto societario: criticità

L'inserimento della clausola di *drag along* all'interno del regolamento statutario pone il problema della compatibilità della clausola stessa con le regole poste dall'ordinamento societario in materia di disposizioni limitative della circolazione delle partecipazioni. Che la clausola statutaria di trascinamento rappresenti un limite alla circolazione delle partecipazioni, può essere confermato dal fatto che, in effetti, il socio onerato dell'obbligo di co-vendita non è libero della facoltà di disporre delle partecipazioni di cui è proprietario, nel senso che la clausola determina il sorgere di una limitazione alla circolazione

¹⁶⁰ È noto, del resto, l'insegnamento secondo il quale una traduzione in termini soggettivi delle regole organizzative implica che al posto delle figure tipiche del diritto privato, riconducibili principalmente al binomio diritto soggettivo ed obbligo, si debba ragionare intermini di potere ed onere. Con l'ulteriore conseguenza che l'eventuale violazione della regola organizzativa non comporta l'inadempimento di un obbligo e/o la lesione di un diritto, quanto, piuttosto, l'illegittimo esercizio di un potere. Dunque, non problematiche di carattere risarcitorio, ma problematiche relative alla validità/invalidità dell'atto compiuto. Cfr. Angelici, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, Torino, 2004, 129, il quale però non esclude a priori che la violazione della regola organizzativa possa dar luogo a obblighi risarcitori e quindi essere valutata in termini di illiceità.

della partecipazione. Meritano di essere considerati tre aspetti critici: il primo riguardante la necessità della impersonalità della clausola; il secondo riguardante la certezza di una concreta operatività della clausola che impedisca il risultato diverso, e non in linea con la *ratio* del patto, di attribuire di fatto al socio di maggioranza il potere di escludere *ad nutum* il socio di minoranza; il terzo, sulla previsione di un'equa valorizzazione della partecipazione che è previsto sia obbligatoriamente dismessa.

Con riferimento al primo aspetto, è stato rilevato che la formulazione della clausola di drag along non contrasterebbe con il carattere capitalistico delle società per azioni poiché costitutiva di un diritto speciale ad un singolo azionista e poiché, e purché, il diritto di trascinarsi è in realtà attributivo al detentore della quota di maggioranza, e può, quindi, spettare a chiunque si trovi a raggiungere quella soglia di partecipazione al capitale sociale¹⁶¹.

Il riconoscimento ad un socio del diritto di co-vendita forzata delle azioni di altro socio non costituirebbe, pertanto, attribuzione di un diritto particolare alla persona di un singolo socio, purché i soci non siano personalmente indicati, ma quantitativamente individuati (con indice di riferimento la quota di partecipazione al capitale). La clausola in esame sarebbe dunque valida ogni qual volta il socio che può esercitare il diritto di trascinarsi sia individuato tramite un riferimento all'entità della partecipazione da lui stesso detenuta.

In altre parole, una siffatta clausola, non contrasterebbe con il divieto, per le società per azioni, di disporre diritti particolari del socio, posto che, potenzialmente, tutte le azioni potrebbero

¹⁶¹ Ord. Trib. Milano, 01.04.2008

attribuire quel diritto nel momento in cui un socio, chiunque esso sia, raggiunga la percentuale del capitale sociale richiesta¹⁶². Non sembra quindi che la necessaria concentrazione nelle mani di un unico socio della percentuale di azioni necessaria per l'esercizio del diritto di trascinamento possa determinare alcuna soggettivizzazione della partecipazione, in contrasto con il principio della necessaria impersonalità che contraddistingue il diritto azionario¹⁶³.

Del resto, la concreta elaborazione di una clausola di *drag along*, potrebbe anche riferire il diritto di trascinamento ad una determinata percentuale del capitale sociale, senza specificare se detta percentuale debba essere raggiunta da un singolo socio ovvero anche da più soci congiuntamente. In ogni caso, se si considera che la funzione della clausola di *drag along*, nell'ambito di operazioni a cui partecipano investitori finanziari, è quella di agevolare e rendere maggiormente vantaggioso sul piano economico l'exit da parte del socio di natura finanziaria, non si può escludere che il carattere necessariamente

¹⁶² Se quanto detto vale per le s.p.a. ci si può domandare se tale divieto debba valere anche con riferimento alle s.r.l., dato che l'art. 2468, comma 3, c.c., prevede l'attribuzione di diritti particolari ad un socio limitatamente alla distribuzione di utili ed ai diritti amministrativi. La nota tendenza alla contrattualizzazione degli statuti di s.r.l. implica, nella pratica, una applicazione estensiva della nozione dei diritti particolari che possono essere attribuiti al socio di s.r.l. Nell'ambito di tale tendenza, non può escludersi che anche il diritto di trascinamento, previsto da una clausola statutaria di *drag along*, possa costituire un diritto particolare. Sulla possibilità di attribuire valore esemplificativo e non tassativo al dettato dell'art. 2468, comma 3, c.c., cfr. Daccò, *I diritti particolari del socio nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum G. F. Campobasso, diretto da Abbadessa-Portale*, Torino, 2007, 407; Santus e De Marchi, *Sui <<particolari diritti>> del socio nella nuova s.r.l.*, in *Riv. Not.*, 2004, 89.

¹⁶³ Sembra, infatti, che si possa ricondurre l'esercizio del diritto in questione a quei "diritti di quota" che "spettano a tutte le azioni allorchè sia superata, da parte di coloro che intendono esercitare il diritto, un determinato *quorum* rispetto al capitale sociale, e pertanto tutte le azioni sono in ogni momento astrattamente portatrici del diritto di concorrere, insieme ad altre, al raggiungimento di detto *quorum* e all'esercizio del relativo diritto", Cfr. Notari, *Le categorie speciali di azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G. F. Campobasso, I, diretto da Abbadessa-Portale*, Torino, 2007, 601.

impersonale della clausola possa risolversi in un disincentivo al suo inserimento nello statuto delle società, per lo meno nei casi in cui i soci di matrice finanziaria siano titolari di una partecipazione di minoranza¹⁶⁴.

3.4.3 Clausole statutarie di co-vendita e patti parasociali di co-vendita

Per capire meglio dove inserire le clausole di co-vendita e trascinarsi è opportuno procedere ad una valutazione di quelli che sono gli interessi da soddisfare, ossia se si tratti di un'esigenza dell'ente o, indistintamente dei soci in astratto, o se si intenda gestire unicamente i rapporti tra i soci garantendo soltanto ad alcuni di essi una posizione di privilegio. In secondo luogo si deve valutare se è sufficiente introdurre tali clausole negli Statuti per conferire loro una certa socialità¹⁶⁵.

L'alternativa tra inserimento in statuto o in un patto parasociale si può prestare ad una comparazione di costi-benefici.

L'inserimento in ambito statutario, piuttosto che parasociale, ha incidenza sulla rapidità di soddisfazione dell'interesse, del socio di maggioranza, ad ottenere il trasferimento della

¹⁶⁴ Ipotizzando, per semplicità, un caso in cui il socio di natura finanziaria detenga il 40% ed il socio industriale detenga il 60% del capitale sociale, la clausola statutaria di *drag along*, per essere valida ed al contempo per realizzare, nel più efficace dei modi, l'agevolazione dell'*exit* dall'investimento da parte del socio di natura finanziaria, dovrebbe attribuire il diritto di trascinarsi a chiunque detenga una partecipazione pari almeno al 40% del capitale sociale. Con la conseguenza, però, che anche il socio industriale, che nell'esempio fornito detiene il 60%, potrebbe innescare il meccanismo del *drag along*, obbligando il socio di natura finanziaria a co-vendere la propria partecipazione ad un momento, in ipotesi, anteriore rispetto a quello previsto per l'*exit*. È presumibile che l'investitore finanziario accetterà, quindi, la previsione nello statuto di un obbligo di co-vendita solo a condizione che gli venga quanto meno garantito un determinato ritorno economico dall'investimento.

¹⁶⁵ Cass. 23 novembre 2001, n. 14865, in *Soc.*, 2002, 431

partecipazione al terzo acquirente. Nei due casi, i meccanismi a disposizione del socio di maggioranza per reagire all'eventuale inadempimento del socio sul quale grava l'obbligo di vendita, sono differenti, sempre che alla clausola inserita nello statuto si attribuisca efficacia reale¹⁶⁶.

Nel caso in cui la clausola di *drag along* sia inserita nello statuto, il consiglio di amministrazione della società *target*, nello specifico il socio di maggioranza, avrebbe la facoltà di reagire all'eventuale inadempimento della minoranza. In particolare, se l'esercizio del *drag along* determina il trasferimento della titolarità della partecipazione in capo al terzo acquirente, ma la minoranza si rifiuta di cooperare ai fini del conseguimento vi è, da parte del terzo, la piena legittimazione relativamente alla partecipazione trascinata. Gli amministratori della *target*, avrebbero probabilmente il potere di precludere alla minoranza l'esercizio dei diritti sociali.

L'introduzione in ambito statutario indebolisce notevolmente le manovre ostruzionistiche da parte della minoranza. Se si considera una clausola di *drag along* in un patto parasociale, la soddisfazione dell'interesse del socio che aziona la clausola, non può essere mediata dall'intervento del consiglio di amministrazione, in quanto questo non dispone di poteri per dare attuazione alle disposizioni contenute nel patto parasociale ed è perciò soggetta al decorso dei tempi necessari per la conclusione del procedimento civile.

Entrambi i meccanismi presentano dei costi di transazione ed elementi d'imperfezione, ma l'utilizzo di tale clausola in ambito

¹⁶⁶ Parte della dottrina dubita che alla clausola, se pur inserita nello statuto possa attribuirsi efficacia reale, cfr. Angelici, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, II, Torino, 1991, 208.

statutario sembra preferibile quando presenta dei vantaggi per il socio di maggioranza come ad esempio quando lo stesso abbia necessità di impostare una procedura per la dismissione della partecipazione quanto più possibile rapida ed efficace.

Si pensi ad un operatore di *private equity* che è obbligato a completare la liquidazione degli investimenti entro l'orizzonte temporale prefissato dal regolamento dei fondi gestiti. Per un soggetto sottoposto a tali vincoli strutturali, l'idoneità della clausola statutaria nel diminuire il rischio che, al momento dell'uscita dall'investimento, i soci di minoranza agiscano in modo ostruzionistico, costituisce presumibilmente, un valore, tale valore è tanto maggiore quanto più elevato è il rischio di una divergenza di valutazione, rispetto al prezzo, tra azionisti di maggioranza e azionisti di minoranza al momento dell'esercizio del *drag along*. Tra i vari casi ipotizzabili, proprio quello in cui l'acquisizione del capitale di una società viene effettuato, secondo la struttura tipica delle operazioni di *private equity*, da un investitore finanziario, che acquisisce il controllo, e dai principali manager della società stessa, che co-investono in una posizione di minoranza, si presta al verificarsi di divergenze al momento dell'uscita.

È possibile tracciare i termini di un bilanciamento di interessi tra l'esigenza dell'azionista di maggioranza di usufruire di una procedura di *exit* rapida ed efficiente e, da un altro lato, ridurre il rischio di abuso della discrezionalità insito nella clausola di trascinarsi, in tal caso i soci preferiranno l'introduzione della clausola nello statuto. Al contrario, qualora l'*exit* non costituisca un momento centrale ed eliminabile dell'investimento dell'azionista di maggioranza e, dall'altra parte il rischio di abuso sia relativamente levato, i soci preferiranno introdurre la

clausola di *drag along* in un patto parasociale. Si tenga presente che se tali clausole saranno inserite nello statuto, diventeranno vincolanti per tutti i soci, anche coloro che entrano nella società in futuro; l'oggetto di interpretazione diventa oggettivo; per una loro modifica è sufficiente la maggioranza assembleare e non il consenso di tutte le parti.

3.4.4 Esempi di patti parasociali di co-vendita

Il primo problema da porsi e risolvere è se le clausole di co-vendita pongano dei limiti alla circolazione delle azioni e se fanno ciò al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo delle società.

Per quanto attiene al concetto di clausole come limiti alla circolazione delle azioni, la dottrina ha posizioni differenti.

Alcuni¹⁶⁷ ritengono che non si possa parlare in modo univoco ma si debba valutare caso per caso, in altri termini non ritengono che si possa affermare che il patto di co-vendita comporti sempre un limite al trasferimento delle azioni, dovendosi invece distinguere a seconda dei contenuti che il singolo patto assume in concreto¹⁶⁸.

Non è sufficiente considerare in generale i patti che costituiscono dei diritti da quelli che costituiscono degli obblighi,

¹⁶⁷ “Non soddisfatti di tali clausole limitative alla circolazione delle azioni, gli operatori hanno fatto shopping negli ordinamenti e nella prassi dei paesi di *common law* mutando, tra l'altro, anche le c.d. clausole di trascinamento e di co-vendita che hanno riscosso un buon successo anche in Italia” Santangelo, *Clausola di “co-vendita” e di “trascinamento” nella s.r.l.*, in www.fondazionecasale.it, 2. Altri autori paragonano tali clausole a quelle di prelazione e quindi delle vere e proprie clausole limitative alla circolazione delle azioni. A tal proposito Divizia, *op. cit.*, in *Notariato*, 2009, 157.

¹⁶⁸ Cfr. D'Alessandro, *Clausole di co-vendita (drag along e tag along)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 389.

ma bisognerà valutare in base alle modalità prescelte dalle parti per conformare il loro rapporto nei modi più consoni per il raggiungimento degli interessi in gioco.

Partendo dall'analisi di una clausola di *drag along* si può facilmente intuire come questa comporterà una limitazione della libertà di azione dell'obbligato, a seconda degli specifici vincoli che le parti hanno deciso di stipulare.

Tra le varie ipotesi possiamo considerare le situazioni in cui il socio di minoranza si impegna a vendere insieme al socio di maggioranza ed anche la situazione in cui lo stesso si impegna a non vendere fino a quando non lo faccia anche la controparte. La prima ipotesi può essere fatta rientrare sicuramente tra i limiti alla circolazione delle azioni come previsto dall'art. 2341-bis. Se invece consideriamo la clausola dal punto di vista in cui l'obbligato si impegna a vendere insieme con lo stipulante se questo non ha già disposto della cosa diversamente, in tale ambito si ritiene che fino a quando l'altro soggetto non trasferisce e non esige l'adempimento dell'altra parte dell'obbligo di co-vendita, l'obbligato non vede in alcun modo limitato il proprio potere di disposizione.

L'applicazione dell'art. 2341-bis del codice civile fa riferimento ai patti parasociali che hanno la finalità di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo delle società. In tale ottica sarà difficile poter ritenere che a un patto di *drag along* possa essere assimilata tale finalità: si tratta principalmente di accordi che mirano a regolare l'uscita dalla compagine sociale di alcuni soci.

Alcuni patti di co-vendita possono essere fatti rientrare nella categoria più generale dei patti parasociali e quindi è

opportuno valutare se un'eventuale sovrapposizione tra le discipline di questi due possa creare delle zone di conflitto¹⁶⁹.

Molti autori ritengono che la disciplina applicata ai patti parasociali, quindi, possa essere estesa anche alle clausole di co-vendita, queste vincoleranno solo i soci contraenti e sono irrilevanti per gli altri soci, la società e per i terzi in generale.

La cessione di una quota, laddove avvenuta non in conformità di un patto di co-vendita, dovrà essere considerata comunque valida nei confronti della società e del terzo acquirente.

Neppure dal punto di vista dei soci aderenti al patto è prevista alcuna responsabilità interna, responsabilità che si limita al risarcimento di eventuali danni causati ad un socio.

Tuttavia può essere difficile stabilire l'ammontare preciso del danno ed è per tale motivo che spesso si inseriscono all'interno delle clausole delle penali che stabiliscono, in caso di violazione degli obblighi pattuiti, una somma predeterminata di risarcimento, come ulteriore deterrente.

L'uso dei patti di co-vendita in ambito parasociale è stato, fino alla riforma del 2003, una via obbligata, in quanto l'art. 2355 c.c. non consentiva l'adozione di clausole che vietassero il trasferimento della partecipazione e secondo la dottrina maggioritaria, che, nello specifico, determinassero l'intrasferibilità delle azioni.

¹⁶⁹ "l'incrocio delle due figure – o, se si vuole, delle fattispecie – genera, almeno potenzialmente, un corrispondente incrocio, o una corrispondente sovrapposizione, delle discipline. Ne viene il problema, se e nei limiti in cui queste siano in contrasto tra loro, di individuare i criteri di soluzione dei conflitti. Problema che non può essere risolto semplicemente utilizzando il classico canone della prevalenza della norma speciale su quella generale, atteso che, stante il rapporto di specialità reciproca, tale canone è inidoneo a condurre a risultati univoci" D'Alessandro, *op. cit.*, 389.

Attualmente, invece, l'art. 2355-bis c.c. permette il divieto totale alla circolazione delle azioni, ma purché abbia un limite temporale massimo.

Più complessa sembra la formulazione dei patti nel caso di *drag along*.

Di seguito viene riportato un esempio di diritto di co-vendita inserito nel patto parasociale stipulato il 24 Giugno 2003 e successivamente modificato in data 17 Luglio 2006 e 24 Agosto 2006 tra Assicurazioni Generali e Intesa Sanpaolo. Tale accordo è stato valido fino al 1 Ottobre 2008 e, alla scadenza, non è stato più rinegoziato.

“Successivamente alla quotazione delle azioni Banca Generali sul mercato azionario telematico organizzato e gestito da Borsa Italiana S.p.a., il 20 novembre 2006 Assicurazioni Generali S.p.a. e Intesa Sanpaolo hanno reso noto che in un Accordo tra loro stipulato il 24 giugno 2003 e successivamente modificato il 17 luglio 2006 e il 24 agosto 2006 erano contenute delle pattuizioni aventi natura parasociale”.

in sintesi il contenuto delle più rilevanti pattuizioni contenute nell'Accordo:

- *Consiglio di Amministrazione: per tutta la durata dell'Accordo, i Partecipanti faranno quanto in loro potere affinché un membro del Consiglio di Amministrazione sia nominato dall'Assemblea Ordinaria della Società su indicazione di Intesa Sanpaolo S.p.a.;*
- *Diritto di co-vendita: per tutta la durata dell'Accordo, nel caso in cui Assicurazioni Generali intenda trasferire ad un terzo la totalità o parte della propria partecipazione detenuta nella Società, Intesa Sanpaolo ha il diritto di vendere al medesimo soggetto ed alle stesse condizioni economiche una quota della propria partecipazione proporzionale a quella trasferita da*

Assicurazioni Generali; nel caso in cui il terzo non accettasse di acquistare anche la quota aggiuntiva di Intesa Sanpaolo, Assicurazioni Generali dovrà ridurre la propria partecipazione oggetto di cessione in modo da consentire a Intesa Sanpaolo di vendere proporzionalmente la propria partecipazione. Il diritto di co-vendita non è esercitabile in sede di quotazione della Società ovvero in caso di trasferimenti infragrupo della partecipazione effettuati da Assicurazioni Generali”¹⁷⁰.

Un ulteriore esempio di patto parasociale è quello sottoscritto tra la Famiglia Sensi, che deteneva il 51% delle azioni di A.S. Roma S.p.a. e Unicredit S.p.a., che ne deteneva il 41%, di durata triennale.

Le parti hanno sottoscritto un accordo contenente pattuizioni di natura parasociale aventi ad oggetto azioni ordinarie di Compagnia Italtel S.p.a., che indirettamente controlla A.S. Roma S.p.a., con una percentuale del 67% circa del capitale sociale di quest'ultima, le cui azioni sono quotate nel Mercato Telematico Azionario, organizzato e gestito da Borsa Italiana S.p.a.

Di seguito un estratto del patto sottoscritto in data 18 Luglio 2008 e validi sino al 15 Luglio 2011 fermo restando che i diritti di co-vendita saranno esercitabili entro 24 mesi dal 1 Gennaio 2011.

“4.3. Diritto di co-vendita di UniCredit

Per tutta la durata dell'Accordo e nei 24 mesi successivi al 1 gennaio 2011, qualora la Famiglia Sensi intenda accettare un'offerta formalizzata da parte di un terzo acquirente per l'acquisto di tutta o parte della partecipazione da essi detenuta, UniCredit avrà diritto di chiedere alla Famiglia Sensi e quest'ultima avrà l'obbligo di far in modo che il terzo acquirente

¹⁷⁰ L'Accordo, valido fino al 1 ottobre 2008 e alla scadenza non rinegoziato è consultabile in www.bancagenrali.it.

acquisti anche la partecipazione detenuta da UniCredit, nei termini e alle condizioni ivi specificate.

Nel caso in cui il terzo acquirente non acquisti la partecipazione di UniCredit, la Famiglia Sensi avrà l'obbligo alternativo di (i) non perfezionare il trasferimento al terzo acquirente; ovvero (ii) acquistare in proprio la partecipazione di UniCredit oggetto del diritto di co-vendita.

Le parti hanno altresì stabilito nell'Accordo le modalità di calcolo del corrispettivo spettante ad UniCredit e le modalità di esercizio del diritto"¹⁷¹.

CAPITOLO 4

RIFLESSIONI CRITICHE SULLA VALIDITA' DI ALCUNE FATTISPECIE DI PATTI PARASOCIALI RELATIVI A SOCIETA' NON QUOTATE

4.1 Patto parasociale e gestione nella s.p.a.

Come più volte detto, i patti parasociali, in quanto accordi fra due o più soci, presentano cause diverse secondo gli scopi pratici che i contraenti intendono raggiungere.

L'influenza che i soci intendono esercitare sulla società non necessariamente è diretta al miglioramento dell'efficienza dell'organizzazione, talora gli accordi relativi ad una particolare regolamentazione della circolazione delle azioni e delle quote o riguardanti specifici rapporti dei contraenti con la società

¹⁷¹ Consultabile su www.consob.it

potrebbero contrastare con norme inderogabili dell'ordinamento.

Nasce così il problema della legittimità di tali patti.

Nella pratica societaria si riscontrano spesso accordi fra i soci diretti non solo a governare il loro voto nelle assemblee, ma anche ad intervenire in spazi di competenza diversi da quello assembleare.

Un patto sul voto relativo alla scelta e nomina degli amministratori può anche contenere quello, considerato talora complementare, di esercitare, dopo quella nomina, una influenza sulle decisioni che gli amministratori dovranno assumere nell'esercizio delle loro funzioni. Si tratta di vedere in quale modo si vuole esercitare l'influenza. Di solito, coloro che stipulano il patto non sono soddisfatti delle regole che la legge o lo statuto pongono per disciplinare la condotta degli amministratori, e vogliono, grazie al peso che gli deriva dal contributo dato al capitale, aggiungere qualche regola in più da loro elaborata con l'intento di determinarne o indirizzarne l'attività.

Il recente ordinamento societario, a differenza di quello precedente, ha separato la funzione di gestione dell'impresa societaria da quella propria dell'assemblea, dichiarandola di esclusiva competenza degli amministratori.

Lo scopo che la legge ha inteso in questo modo realizzare, è stato quello di non consentire la separazione della responsabilità dall'esercizio della gestione dell'impresa¹⁷².

In passato accadeva, invece, che l'assemblea, grazie al potere che lo statuto o la richiesta degli amministratori le attribuiva a norma dell' art. 2364, n.4, c.c., talora decidesse atti di gestione

¹⁷² Salafia, *Esame di validità di alcuni patti parasociali relativi a società non quotate*, in *Soc.*, 11, 2008, 1333.

rimettendone l'esecuzione agli amministratori. Questa pratica era stata incentivata da un orientamento giurisprudenziale consolidato¹⁷³, che esonerava da responsabilità per i danni che ne fossero derivati sia gli amministratori, salvo che fossero imputabili esclusivamente al loro negligente o inesperto comportamento esecutivo, sia i soci, che con il voto favorevole avevano determinato la decisione, in quanto la loro volontà si identificava con quella dell'ente danneggiato.

La recente riforma ha però realizzato il principio dell'esclusiva competenza degli amministratori nella gestione dell'impresa solo nella disciplina della società per azioni, non anche in quella della società a responsabilità limitata, secondo la quale gli statuti delle possono attribuire a determinati soci "particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società".

Secondo dunque le richiamate regole dell'ordinamento societario vigente, laddove ai soci della società per azioni riunita in assemblea è inibita qualsiasi decisione diretta a condizionare o limitare la funzione gestoria propria dell'organo amministrativo, a quelli della società a responsabilità limitata gli statuti possono riconoscere un particolare potere riguardante l'amministrazione della società.

Queste differenti disposizioni devono essere tenute presenti nella valutazione dei patti parasociali riguardanti l'influenza che i contraenti intendono esercitare sugli amministratori.

Quella contenuta nella disciplina della società azionaria (cfr. art. 2380 *bis* c.c.) è certamente inderogabile, dato l'interesse generale che ne costituisce il fondamento. È, infatti, interesse generale che chiunque compia atti, che possano arrecare danni ad altri, ne risponda, soprattutto quando i danni

¹⁷³ Cfr. Cass. 22 Giugno 1990 n. 6278, in *Soc.*, 1, 1991, 30.

coinvolgano indirettamente altri soggetti (quali ad esempio i creditori) diversi da quello direttamente colpito, cioè la società. In questo quadro normativo, un patto parasociale che vincoli i contraenti, agendo oltre tutto fuori dalla sede assembleare, a condizionare la gestione dell'impresa societaria mediante ordini o approvazioni o ancora autorizzazioni, non può non considerarsi nullo per illiceità della sua causa a norma dell'art. 1418 c.c.¹⁷⁴.

Lo scopo del patto consiste, infatti, nel modificare l'organizzazione tipica della società, così come voluta dalla legge, per introdurre elementi che, nella fattispecie, derogherebbero alla esclusiva competenza gestionale degli amministratori, che la riforma ha introdotto anche per finalità di carattere generale, e consentirebbero di riversare la responsabilità sociale solo sugli amministratori escludendo quella di coloro che ne hanno indirizzato e determinando il comportamento.

Conclusione alla quale avrebbe dovuto pervenirsi anche nel vigore del precedente ordinamento, il quale consentiva, a certe condizioni, una modica attività gestionale all'assemblea, ma non ai soci che, agendo individualmente o in gruppo, avessero condizionato la condotta degli amministratori.

Se l'obbligazione di indirizzare la gestione dell'impresa fosse assunta in base ad una clausola secondaria del patto, avente per oggetto principale l'accordo per l'espressione di un voto concordato nella scelta degli amministratori, l'intero patto dovrebbe essere considerato nullo a norma dell'art. 1419 c.c.¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Monelli, *Sintesi dei risultati del convegno*, AA. VV., *Sindacati di voto e di blocco*, 481; Schlesinger, *Oggetto delle clausole dei sindacati di voto*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 419; Semino, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, Milano, 2003, 144.

¹⁷⁵ Così si esprime Salafia, *op. cit.*, 1334

Il fatto che nel patto la clausola in esame abbia una funzione apparentemente secondaria non toglie che, nell'intera economia dell'accordo, il condizionamento della funzione propria dell'organo amministrativo rappresenta uno scopo senza la realizzazione del quale l'accordo tra i soci nella nomina degli amministratori apparirebbe frustrato.

Naturalmente, potrebbe in concreto accertarsi che i contraenti sono stati mossi anche dall'interesse di contribuire in misura determinante nella scelta degli amministratori al solo fine di proporre all'organo amministrativo persone competenti ed affidabili. In questo caso il giudizio di nullità dovrebbe riguardare solo quella parte del negozio che contrasta con la sopra citata norma dell'ordinamento.

Nelle società per azioni, che ricorrono al mercato del capitale di rischio, i patti parasociali che, come quello che si è assunto in esame, hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto, devono essere pubblicati, a norma dell'art. 2341 *ter* c.c., mediante loro dichiarazione in apertura di ogni assemblea. Ovviamente la dichiarazione non può limitarsi ad una parte del patto, ma deve comprendere tutte le clausole che lo connotano.

Nel caso in esame deve anche comprendere la clausola diretta a condizionare l'attività di gestione dell'impresa, perché, a prescindere dalla sua complementarietà all'accordo sul voto, riguarda il comportamento dei contraenti, successivo al voto, diretto ad esercitare un'influenza dominante sulla società. Si tratta all'evidenza di un accordo che, nell'economia del contratto, serve da corollario a quello che apparentemente ha il ruolo principale e, in quanto tale, deve essere comunicato alla società e agli altri soci. L'omessa comunicazione comporta, quindi, l'applicazione della sanzione prevista dalla legge,

consistente nella sterilizzazione del voto dei soci contraenti in assemblea.

Sanzione che non elimina il comportamento che di fatto i contraenti potrebbero mettere in atto, nonostante la nullità dell'accordo. Questo comportamento non viene colpito direttamente dalla legge, perché la dissuasione dalla sua osservanza viene assicurata, soprattutto, con il coinvolgimento degli autori, che lo avessero attuato, nella responsabilità degli amministratori, che il condizionamento avessero subito e rispettato. Sembra infatti che del comportamento degli amministratori debbono rispondere solidalmente anche coloro che lo hanno determinato, concorrendo così, come sostanziali amministratori di fatto, nella gestione dell'impresa.

Questa conclusione riguarda il patto che ha per oggetto la determinazione della condotta degli amministratori, non anche quello che avesse per oggetto l'elaborazione di piani e strategie da sottoporre all'attenzione degli amministratori, senza che se ne preveda alcun vincolo per la loro osservanza.

La riforma esclude dalla competenza dell'assemblea anche l'elaborazione di piani e strategie, che sono riservati agli amministratori, cfr. art. 2381, comma 3, c.c.; nel modello tradizionale di amministrazione, il consiglio di amministrazione li esamina e li valuta, quando fossero elaborati dagli amministratori delegati;. Nel modello dualistico, eccezionalmente il consiglio di sorveglianza (cfr. art. 2409 *terdecies*, lett. f, bis c.c.) può deliberare su di essi, se previsto dallo statuto, quando fossero predisposti dal consiglio di gestione.

Ciò nonostante, si ritiene in contrasto con norme inderogabili l'iniziativa che due o più soci assumessero di prestare una

collaborazione agli amministratori, prescindendo da specifici atti di gestione e fosse limitata alla indicazione di linee generali di amministrazione.

È naturale pensare che l'assunzione di iniziative di questo genere hanno l'ambizione di suscitare l'interesse dei destinatari, specialmente se esse provengano da un centro che, per l'entità di partecipazione al capitale, costituisca punto di riferimento.

Tuttavia, l'eventuale interesse degli amministratori non potrà scambiarsi con atteggiamento di soggezione.

Un patto di questo tenore, data l'importanza del centro dal quale proviene, potrebbe essere considerato idoneo a produrre una influenza dominante sulla società e, in quanto tale, andrà sottoposto alla disciplina pubblicitaria prevista dall'art. 2341 *ter* c.c.

4.2 Il patto parasociale di gestione nella s.r.l.

Nella società a responsabilità limitata, diversamente dalla società per azioni, il patto con cui un socio, privo di particolari poteri riguardanti l'amministrazione della società, si accordasse con il socio, che ne fosse fornito, con lo scopo di decidere insieme quale influenza esercitare sull'organo amministrativo, probabilmente sfuggirebbe al giudizio di nullità espresso in relazione alle s.p.a.

Per le società a responsabilità limitata, la legge non è ostile al coinvolgimento dei soci non amministratori nell'attività di gestione dell'impresa, nella misura di assimilazione alla gestione delle società di persone operata dalla riforma. La legge delega, d'altra parte, ha sollecitato il legislatore delegato

a valorizzare gli accordi fra i soci ed, in attuazione di questa direttiva, la riforma ha espressamente riconosciuto legittimità agli accordi, materializzati negli statuti, con i quali ai singoli soci vengono attribuiti i particolari diritti, dei quali si sta trattando (cfr. art. 2468, comma 3, c.c.) e che potrebbero consistere in preventive autorizzazioni o anche approvazioni.

Il patto fra singoli soci, ai quali lo statuto abbia attribuito singolarmente questo diritto, sarebbe all'evidenza lecito perché servirebbe al coordinamento dei singoli poteri e, quindi, al migliore esercizio di essi.

Si potrebbe censurare la condotta di questi soci che si prestassero ad accordi con altri, sprovvisti dei loro stessi poteri, con i quali concordare una determinata linea di condotta da osservare nell'esercizio della loro influenza sull'attività dell'organo amministrativo. La censura non avrebbe, tuttavia, fondamento, perché, anzitutto, il coinvolgimento di altri soci nel decidere le modalità dell'influenza servirebbe ad allargare la base del consenso all'indirizzo della gestione; in secondo luogo, l'esercizio di questa influenza, qualora si traducesse nella sostanziale determinazione della condotta degli amministratori, esporrebbe i loro autori, tutti gli autori compresi quelli aderenti al patto con il socio autorizzato a svolgere l'influenza, alla responsabilità sociale, a norma dell'art. 2476, comma 7, c.c., se in concreto si accertasse che la decisione o l'autorizzazione dell'atto di gestione dannoso fossero state intenzionali, cioè fossero state espressione di una gestione di fatto, secondo l'indirizzo interpretativo che ne auspica la Relazione alla riforma. A prescindere dalle ipotesi sopra fatte, anche nelle società a responsabilità limitata, ragionevolmente si presume che i soci, fuori dall'assemblea, potrebbero pattuire fra di loro di elaborare

piani di azione e indirizzi di gestione da offrire, a titolo di libera collaborazione, agli amministratori, senza alcun vincolo di osservanza.

4.3 Il patto parasociale di voto nelle deliberazioni di approvazione dei bilanci di esercizio e di astensione dalla loro impugnazione

Il patto parasociale con il quale i soci si accordassero a votare in assemblea indipendentemente dalla valutazione dell'efficacia informativa del bilancio di esercizio non potrebbe sfuggire al giudizio di nullità, qualunque fosse il tipo di società di capitali o cooperativa al cui interno venisse stipulato.

Sia l'accordo che prevedesse il voto favorevole all'approvazione sia quello sfavorevole, violerebbero l'interesse generale alla conoscenza dell'andamento economico delle imprese sociali, che la legge considera di essenziale importanza per l'economia nazionale, tanto da aver disposto la pubblicità dei loro conti annuali, diretti ad informare sui risultati conseguiti, sui quali si baseranno, per assumere le opportune decisioni, sia coloro che già partecipano alla società, sia coloro che, invece, potrebbero avere interesse a parteciparvi.

Pertanto, un patto che, sia pure con riferimento generico al voto assembleare, impegnasse ad un voto di contenuto determinato relativamente al bilancio di esercizio, qualunque fosse la sua correttezza e la sua efficacia informativa, avrebbe una causa illecita.

Laddove l'accordo su un determinato voto assembleare esaurisce la propria efficacia nell'espressione del voto quando

riguarda deliberazioni relative agli interessi dei soci o della società, quello riguardante l'approvazione del bilancio di esercizio impegna i soci nella formazione di un atto la cui efficacia trascende i limiti societari per attingere l'interesse generale. Il voto consapevole dei soci non costituisce in questi casi solo adempimento in buona fede delle obbligazioni sociali, che traggono in ultima analisi la loro origine dal contratto costitutivo della società, donde la legittimità del richiamo alla buona fede quale guida del comportamento dei soci; costituisce anche doveroso rispetto dell'interesse generale alla corretta informazione sui fatti societari attinenti alla gestione dell'impresa.

Questa valutazione del patto parasociale prescinde dal considerare se il voto concorde dei partecipanti al patto sia sufficiente per l'approvazione o il rigetto della deliberazione, poiché la illiceità della causa riguarda lo scopo che i contraenti intendono raggiungere e, quindi, questa natura della causa intesa come scopo deve considerarsi come illecita anche se il voto sindacato non dovesse prevalere sugli altri.

Al contrario, il patto che impegna i contraenti ad astenersi dall'impugnazione della delibera con cui il bilancio di esercizio è stato approvato, non sembra avere causa illecita, anche nel caso in cui l'obbligo assunto dai contraenti riguardasse bilanci di esercizio in violazione delle norme di redazione o di quelle di valutazione. I soci, alla stregua di qualunque altro soggetto giuridico interessato ad eccezione degli amministratori e dei sindaci, non sono tenuti ad agire in giudizio per far dichiarare la nullità delle deliberazioni assembleari, e, pertanto, un loro accordo per non promuovere quel giudizio non contrasta con alcuna norma dell'ordinamento.

4.4 Il patto di non alienazione

Il patto di non alienazione delle azioni, se contenuto entro i limiti temporali indicati dall'art. 1379 c.c. e corrisponde ad un apprezzabile interesse di uno dei contraenti, può essere considerato valido, ma è necessario determinare i convenienti limiti di tempo che, secondo la norma richiamata, ne costituiscono una qualità essenziale e specificare la natura dell'interesse al quale il divieto deve rispondere.

Il divieto di alienazione priva il destinatario del potere di disposizione sulla cosa che ne è oggetto ed, in quanto limitativo della capacità di agire del soggetto e della commerciabilità della cosa, non può che avere una breve durata, la quale rende le limitazioni comparabili con la natura giuridica del potere di disposizione e con quella della cosa cui si riferisce.

Con riferimento alla speciale natura del patto parasociale ed al suo oggetto, si può rinvenire una linea guida nell' art. 2355 *bis*, il cui primo comma, nel consentire che lo statuto della società azionaria possa vietare il trasferimento delle azioni nominative, fissa inderogabilmente il termine non superiore a cinque anni, con decorrenza dalla costituzione della società o dal momento in cui il divieto viene introdotto.

Questa norma non subordina la validità della clausola se non alla durata temporale della sua applicazione, la quale, nella stima fattane dal legislatore, è apparsa compatibile con il regime naturale della libera circolazione delle azioni nominative. Così, in un patto parasociale, che dovesse vietare il trasferimento delle azioni nominative, la durata temporale non potrebbe superare il quinquennio, proprio perché una

eventuale eccedenza contrasterebbe con quella scelta che il legislatore ha fatto, comparando gli interessi della società e dei soci, e che non può non vincolare i contraenti di un patto parasociale, avente la stessa causa della clausola statutaria in esame.

Quanto all'interesse, al quale il divieto deve rispondere, dato che l'art. 1379 non lo specifica, non dovrà necessariamente essere di natura economica; lo stesso potrà avere natura morale, come per esempio quello con cui il socio, che abbia alienato a titolo di liberalità una parte delle azioni, intenda vincolare il potere di disposizione dell'acquirente, al quale sia legato da rapporto parentale, allo scopo di metterlo nella condizione di meglio apprezzare l'importanza e il prestigio della società e quindi di stimolarlo a rendere permanente la sua partecipazione alla compagine societaria. Altro esempio potrebbe essere costituito dal frazionamento di una posizione azionaria di maggioranza con lo scopo di attenuarne l'apparenza tirannica.

La pattuizione di una durata temporale superiore contrasterebbe sia con l'art. 1379 c.c. sia con l'art. 2341 bis, comma 1, lett. c) c.c., il quale, con riferimento ai patti parasociali indicati espressamente, fra i quali quello qui in esame, dispone l'inefficacia della durata eccedente il quinquennio e la sua riduzione entro il detto limite. Questa durata massima, individua i "convenienti limiti di tempo" indicati dall'art. 1379 c.c. ma, in relazione al patto in argomento, deve escludersene la prevista rinnovabilità, e quindi la proroga del termine consentita dall'art. 2341 bis c.c., in considerazione del fatto che nel patto il divieto di alienazione riguarda azioni

nominative, la cui legge di circolazione non consente limitazioni che ne alterino la natura giuridica.

L'art. 2341 bis non pone, come condizione di validità del divieto, la sua corrispondenza ad un interesse del contraente che lo pone; tuttavia, non sembra che a questo silenzio possa attribuirsi efficacia parzialmente abrogante dell'art. 1379 c.c., la cui natura di norma generale nella disciplina dei negozi giuridici ne determina una funzione integrativa delle norme speciali, se non esclusa da una espressa volontà del legislatore.

Il patto potrebbe applicarsi anche alla società a responsabilità limitata, se lo statuto non avesse vietato la libera trasferibilità delle quote, e potrebbe anche avere durata illimitata in conformità alla intrasferibilità che l'art. 2469, comma 1, c.c. prevede come lecita clausola statutaria. Se lo statuto può vietare ai soci di trasferire le loro quote, lo stesso potere deve essere riconosciuto ai soci in sede parasociale. La legge deroga espressamente alla regola contenuta nell'art. 1379 c.c. quando consente agli statuti di società a responsabilità limitata di vietare il trasferimento delle quote di capitale e questa deroga non può non valere anche nel caso in cui i soci, anziché accordarsi in sede societaria, negozino fra di loro l'intrasferibilità delle loro quote.

Il patto può comprendere anche il divieto di trasferimento a causa di morte, che non contrasterebbe con il secondo comma del citato art. 2469, sebbene questa norma, nel consentirlo, lo bilanci con il diritto di recesso dei soci, il cui esercizio può essere sottoposto ad un termine non superiore a due anni, decorrenti dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione. Non vi è contrasto, perché il patto parasociale nasce dall'accordo dei contraenti fuori dalla

elaborazione dello statuto, le cui regole imposte dalla società all'osservanza di tutti i soci potrebbero anche essere il risultato della volontà non unanime dei medesimi soci, specialmente se approvate dall'assemblea dopo la costituzione della società. Sarebbe difficile ritenere che questo patti si ponga in violazione dell'art. 458 c.c., il quale vieta i patti successori, in quanto non impedisce al socio di disporre del valore relativo alla quota, ma solo di trasferire il rapporto societario sotteso alla quota. Tuttavia, potrebbe ipotizzarsi che un patto parasociale del tipo in esame avrebbe efficacia solo se prevedesse l'obbligo degli eredi del socio, contraente del patto, ad alienare la quota agli altri contraenti del patto, nel quale essi succedono. In mancanza di un simile obbligo, gli eredi succedono nel rapporto societario, dal quale non potranno recedere in difetto di una causa legale o statutaria che lo consenta.

4.5 Il patto di gradimento

È noto che la riforma societaria, a differenza del precedente ordinamento nel quale le clausole statutarie limitatrici del potere di alienazione delle azioni si stimavano comprese nell'ampia e generica previsione dell'art. 2355, comma 3, c.c., ha espressamente regolato la clausola di gradimento, prevedendone, anche in caso di mero gradimento, la validità a condizione che lo stesso statuto preveda il diritto del socio alienante di fare acquistare le azioni dagli altri soci o di recedere dalla società nel caso di rifiuto del gradimento stesso. Il nuovo regime ha significativamente innovato a quello anteriore, nel quale, a seguito di un consolidato indirizzo

giurisprudenziale¹⁷⁶, il legislatore aveva finito con subordinare la validità della clausola statutaria di gradimento alla motivazione del rifiuto da parte di chi era preposto alla sua espressione¹⁷⁷.

La nuova regolamentazione costituisce all'evidenza un punto di equilibrio fra l'interesse della società e quello dei soci, interessati all'alienazione delle loro partecipazioni.

Si pone la questione se nei patti parasociali, che vincolano solo i soggetti contraenti, queste condizioni, alle quali la riforma subordina la validità della clausola statutaria, debbano essere previste come essenziali. Probabilmente sarebbe opportuno assoggettare a qualche limitazione il mero gradimento, il quale potrebbe derogare per le azioni, alla cui alienazione esso si riferisce, alla legge che le riguarda e ne dispone inderogabilmente la libera circolazione, in osservanza della quale la giurisprudenza citata e la L. n. 281/1985 avevano giudicato necessario intervenire per ripristinarne il rispetto. L'obiezione che, nella specie la deroga patrizia non assumerebbe le dimensioni di una deroga statutaria non può stimarsi risolutiva del dubbio, perché ciò che conta è la disapplicazione di una norma generale inderogabile.

La motivazione del diniego del gradimento fornisce, a chi lo subisce, il diritto di farne valere l'infondatezza a tutela del proprio potere di disposizione.

Ad imitazione della condizione alla quale l'art. 2355 bis c.c. subordina la validità della clausola statutaria di mero gradimento all'alienazione delle azioni, si potrebbe forse ammettere anche la validità di un corrispondente patto parasociale solo se, nel caso di rifiuto immotivato

¹⁷⁶ Cfr. Cass. 15 Maggio 1978 n. 6278, in *Giur. Comm.*, 1978, II, 639.

¹⁷⁷ Cfr. art. 22 l. n. 218/1985.

all'alienazione, si riconoscesse al socio il diritto di far acquistare all'altro o agli altri contraenti le azioni poste in vendita.

Il patto può essere contratto anche dai soci di una società a responsabilità limitata e può anche escludere l'obbligo della motivazione del gradimento, perché la circolazione delle quote di questo tipo di organizzazione societaria non è soggetta a norme inderogabili, dato che la legge, sebbene all'art. 1469 c.c. ne preveda la libera trasferibilità, tuttavia contestualmente consente che il loro trasferimento sia vietato dallo statuto. A maggior ragione i soci sono liberi di assoggettarsi liberamente al regime di intrasferibilità e, quindi, anche a quello del rifiuto del gradimento immotivato, che rappresenta una forma attenuata di intrasferibilità.

4.6 Il patto di prelazione e cessione di quote e azioni

Meno problemi presenta il patto che disponga a favore dei contraenti il diritto di prelazione o di cessione delle loro azioni, da esercitare nei confronti della controparte.

Come per la corrispondente clausola statutaria, anche il patto fra soci deve contenere le condizioni per l'esercizio della prelazione quali la comunicazione degli elementi del contratto che è possibile concludere con un terzo, i termini temporali entro i quali deve essere comunicato e le modalità di determinazione e pagamento del corrispettivo, se il patto non accetta quelle indicate nell'offerta del terzo.

La genericità del patto, nel quale cioè le predette condizioni non sono specificate, non lo rende inefficace, se le lacune potranno essere colmate dagli usi contrattuali, se esistono e

sono noti alle parti, ovvero dalla legge. L'art. 1474, ultimo comma, c.c., infatti dispone che, se le parti non si accordano, il prezzo è determinato da un terzo, da loro stessi nominato o, in caso di disaccordo, dal presidente del tribunale.

Quanto all'esercizio del diritto di cedere le proprie azioni all'altro o agli altri contraenti, esso è subordinato ad una condizione o ad un termine; la condizione potrebbe consistere nel cattivo andamento della gestione dell'impresa societaria desumibile dai suoi risultati indicati nei bilanci di esercizio riferiti al periodo di tempo considerati (per esempio: due, tre esercizi). Anche questo patto dovrà specificare le modalità dell'esercizio del diritto e quelle di determinazione del corrispettivo. Se mancassero queste ultime, la determinazione dovrà essere affidata, se l'accordo sul prezzo non fosse raggiunto, ad un terzo nominato con il loro consenso ovvero, in mancanza, dal presidente del tribunale, in applicazione degli artt. 1473 e 1474 c.c.

Il patto può essere validamente concluso, alle medesime condizioni, anche nella società a responsabilità limitata.

4.7 Il patto di finanziamento della società

Il patto, con cui due o più soci si obbligano a finanziare la società per un determinato importo, assume i caratteri propri del contratto a favore di terzo, rappresentato nella specie dalla società. Questa può partecipare al patto dichiarando la volontà di profittarne e impedendo, in tal modo, il potere di revoca della promessa, a norma dell'art 1341, comma 2, c.c.

Il patto, se stipulato da soci di una società a responsabilità limitata, espone i finanziatori alle conseguenze indicate nell'art. 2467 c.c., se il finanziamento avviene nelle condizioni in presenza delle quali la norma ne assoggetta il rimborso alla postergazione rispetto al soddisfacimento degli altri creditori.

L'art. 2467 c.c. è stato dettato con l'intento di contrastare il fenomeno della sottocapitalizzazione, praticato soprattutto nelle piccole società, comprese quelle azionarie. Il fenomeno dipende dall'intento dei soci di limitare la propria responsabilità solo ai modesti conferimenti al capitale, eseguiti spesso nella misura minima consentita dalla legge, ma con la riserva di integrarli con apporti successivi a titolo di finanziamento. Rispetto ai quali quindi nascerà un loro diritto al rimborso con la conseguente loro sottrazione al rischio dell'eventuale difficoltà o insolvenza della società.

La norma è dettata nella disciplina della società a responsabilità limitata, ma si discute se essa possa estendersi anche alla società per azioni, traendo argomento, per sostenere la tesi, dal rilievo che l'art. 2497 *quinquies* c.c. l'applica direttamente ai gruppi societari per i finanziamenti concessi da chi esercita direzione e coordinamento. Quest'ultima norma non distingue, nel menzionare la società finanziata, il tipo della sua organizzazione e da ciò si potrebbe trarre il convincimento che, almeno i finanziamenti ricevuti da una società per azioni dal proprio socio, esercente il potere di direzione e coordinamento, sarebbero soggetti, per quanto attiene al loro rimborso, alla regola della postergazione. Ma ancora, per ritenere l'applicabilità della norma alle società per azioni *tout court* si potrebbe ricordare che le norme nate dalla riforma societaria sono frutto di due penne diverse, infatti la

riforma delle società per azioni è stata affidata ad una sottocommissione differente rispetto a quella che ha riformato le norme sulla società a responsabilità limitata. Ulteriore passo interpretativo viene fatto osservando che limitare l'estensione dell'art. 2467 alle società per azioni beneficiarie di finanziamenti concessi solo dai soci che si di esse hanno un potere di direzione e coordinamento, urterebbe con il principio costituzionale della uguaglianza di trattamento di situazioni giuridiche simili, quali devono stimarsi quelle dei soci finanziatori.

4.8 Il patto di distribuzione non proporzionale degli utili e delle perdite, il divieto di patto leonino

Un'altra tipologia di patto parasociale può consistere nell'accordo tra due o più soci di riconoscere ad uno o più di loro un diritto di partecipazione agli utili e alle perdite non proporzionale al valore della quota di capitale posseduta.

La liceità del patto è oggi confermata dalle norme contenute nell'art. 2346, comma 4, e nell'art. 2468, comma 2, c.c., i quali, rispettivamente per la società per azioni e per quella a responsabilità limitata, consentono che gli statuti possono prevedere l'attribuzione delle quote di partecipazione al capitale in misura non proporzionale ai conferimenti dei soci, a condizione che il valore complessivo dei conferimenti non sia inferiore a quello del capitale.

Come la legge consente che gli statuti prevedano l'attribuzione delle quote di partecipazione al capitale in misura non proporzionale ai conferimenti e, quindi, con l'evidente riflesso sulla distribuzione degli utili e delle perdite, così i soci, con un

accordo con efficacia limitata alle loro sfere giuridiche, possono convenire che la ripartizione degli utili e delle perdite, prevista in misura proporzionale ai loro conferimenti, venga corretta in concreto mediante modificazione del criterio generale.

Non presenta difficoltà l'esecuzione del patto parasociale relativamente alla ripartizione degli utili, che viene corretta ridistribuendoli secondo la misura patrizia.

Qualche difficoltà vi è invece per quanto riguarda la distribuzione delle perdite, perché esse si riflettono direttamente sul valore della partecipazione; l'applicazione del patto, perciò, dovrà comportare il regolamento in denaro fra i soci contraenti, in maniera che il socio, avvantaggiato nella ripartizione delle perdite, riceva dall'altro o dagli altri la differenza in denaro fra l'entità della perdita subita dalla sua quota e quella da lui pattuita con gli altri soci. Tuttavia il conguaglio dovrà essere previsto solo nel caso in cui la perdita si sia consolidata; per esempio, quando per più esercizi essa persista o nel caso in cui essa abbia comportato una deliberazione di riduzione del capitale sociale.

Vi è da segnalare, però, che la validità di un simile patto parasociale può essere messa in dubbio se l'accordo dovesse prevedere la partecipazione di uno o più dei contraenti solo agli utili o solo alle perdite. Infatti, sebbene esso non costituisca regola statutaria, tuttavia si pone ugualmente in contrasto con la regola inderogabile posta dall'art. 2265 c.c., la quale vieta, appunto, che per uno o più soci sia prevista soltanto la partecipazione agli utili o alle perdite. La norma dichiara nullo il patto, a prescindere che esso sia tradotto in una regola statutaria.

4.9 Il patto di astensione dal recesso

Il patto con il quale i soci contraenti si impegnano a non esercitare il diritto di recesso dalla società in presenza di cause legali o statutarie che lo giustifichino, è dichiarato espressamente nullo dall'ultimo comma dell'art. 2347 c.c. nell'ambito della disciplina dettata per la società per azioni.

In dottrina, però, si è dubitato che questa norma si applichi anche al patto parasociale e non solo alla clausola che lo preveda¹⁷⁸.

La ragione di questa grave sanzione, che già esisteva nel precedente ordinamento, risiede nel fatto che le cause di recesso modificano il rischio in relazione al quale i soci hanno investito i loro risparmi nel capitale della società. A fronte di questa modificazione la legge ha tutelato l'interesse dei soci di minoranza che hanno dissentito o non concorso a quelle modificazioni, di disinvestire nella maniera più soddisfacente, costituita appunto dal recesso, che consente di recuperare il valore "reale" della quota di partecipazione. Il potere di recedere, attribuito ai soci che non hanno concorso alla deliberazione, rappresenta anche una misura di bilanciamento della forza della maggioranza, nel senso che il punto di equilibrio dell'asimmetria tra maggioranza e minoranza è costituito dalla efficacia di deterrenza che il valore del recesso dei dissenzienti potrebbe avere sulla solidità economica della società.

¹⁷⁸ Cfr. Galletti, *Il recesso nelle società di capitali*, Milano, 2000, 243; ma in senso positivo, invece, Grippo, *Il recesso del socio*, in *Trattato Colombo-Portale*, XVI, 1, Torino, 175; Rescio, *I sindacati di voto*, in *Soc.*, 1, 548.

Nella disciplina della società a responsabilità limitata non è riprodotta, nell'art. 2473 che disciplina il recesso dei soci, la norma del penultimo comma dell'art. 2437 c.c. Nella vecchia formulazione, invece, l'art. 2494, richiamando l'art. 2437, ribadiva implicitamente, anche nella società a responsabilità limitata, la nullità del patto diretto ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso.

Questa differenza, fra vecchia e nuova disciplina, potrebbe spiegarsi con l'intento di osservare la prima delle direttive, impartite al legislatore delegato, dall'art. 3 della legge delega n. 366 del 2001, consistente nell'attuare, nella disciplina della società a responsabilità limitata, il principio della centralità del socio e dei rapporti contrattuali fra i soci. Direttiva, a sua volta, basata sul rilievo che le dimensioni economiche e patrimoniali della società a responsabilità limitata, normalmente modeste, conducono a riconoscere agli accordi dei soci la prevalenza su principi e regole che, in contesti più ampi, non ammettono deroghe di sorta.

Ma anche, la differenza può essere rinvenuta nelle due differenti sottocommissioni che si sono occupate della novellazione delle norme societarie senza confrontarsi, infatti una sottocommissione si è occupata delle società per azioni ed un'altra delle società a responsabilità limitata.

In ogni caso, nel nuovo ordinamento non può estendersi la sanzione della nullità, prevista per una fattispecie, ad altra analoga, salvo che nell'altra fattispecie si riscontrassero gli stessi requisiti negativi della prima. In particolare, si riscontrasse, nella fattispecie analoga, al diritto di recesso la medesima funzione di deterrenza che esso ha nella disciplina della società per azioni.

Tuttavia, dovrebbe riconoscersi nullità al patto parasociale se lo stesso comprendesse, fra le cause che lo giustificano, anche la durata a tempo illimitato della società. In questo caso, infatti, l'astensione dal recesso contrasterebbe con l'inderogabile principio del nostro ordinamento, secondo il quale nessuno può vincolarsi a tempo indeterminato. Si tratterebbe comunque di nullità parziale che non andrebbe ad inficiare la restante parte, eventualmente valida, del patto.

CAPITOLO 5

ARBITRATO SOCIETARIO E PATTI PARASOCIALI

5.1 Breve introduzione: i tipi societari cui si applicano le disposizioni sull'arbitrato societario, ex art. 34, comma 1, d. lgs. N. 5/2003

L'art. 34, comma 1, del d. lgs. N. 5/2003 prevede che "gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale".

Dalla lettura della norma emerge che l'arbitrato societario riguarda le clausole compromissorie contenute negli atti

costitutivi di "società". La disposizione non fa distinzioni relativamente al tipo societario e pare dunque riferirsi sia a quelle di persone sia a quelle di capitali¹⁷⁹. Si tenga presente che l'arbitrato societario presuppone un atto costitutivo, della cui necessaria forma scritta non si può dubitare, di conseguenza, se la società è solo di fatto, o anche irregolare, senza atto costitutivo scritto o senza atto costitutivo registrato, le liti sarebbero astrattamente devolvibili ad arbitri, ma in concreto non lo sono poiché manca una volontà dei contraenti espressa per iscritto (nel caso delle società di fatto) o manca la registrazione di tale volontà (nelle società irregolari, non si può iscrivere la sola domanda di arbitrato senza l'atto costitutivo).

Quanto ai tipi societari, è con riferimento alla società semplice che sussistono i principali dubbi in merito all'applicabilità delle disposizioni sull'arbitrato societario.

Dal punto di vista dell'origine delle disposizioni, bisogna considerare che l'art. 12, e società semplici non possono avere oggetto commerciale, in quanto l'art. 2249, comma 1, c.c. prevede che "le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei Capi III e seguenti" del Titolo V, deve dunque quantomeno trattarsi di una società in nome collettivo. Questo argomento, riconducibile alla legge delega, non trova peraltro ora un riscontro testuale, in quanto l'art. 34, comma 1, d. lgs. N. 5/2003 si riferisce a "società" in senso lato, senza specificare che debbano essere commerciali.

¹⁷⁹ Quanto all'applicabilità delle norme sull'arbitrato societario alle società cooperative cfr. Bonavera, *Incompatibilità tra la funzione di sindaco e quella di arbitro*, in *Soc.*, 2008, 313; Maffuccini, *Licenziamento del socio/lavoratore di cooperativa e clausola compromissoria contenuta nello statuto: brevi note*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2009, 59; Manzo, *Brevi note in tema di società cooperative ed arbitrato*, in *Dir. Fall.*, 2005, II, 956; Muroni, *Clausola compromissoria statutaria e rapporto mutualistico*, in *Riv. Arb.*, 2008, 45.

Così non pare costituisca un impedimento decisivo all'applicazione delle disposizioni sull'arbitrato societario alla società semplice il fatto che nella stessa non vi sia un vero e proprio "atto costitutivo", come richiede il citato art. 34, ma un semplice "contratto sociale". Questo ostacolo, infatti, è superato laddove si ritenga che l'espressione "atto costitutivo", utilizzata dal legislatore dell'arbitrato societario, debba intendersi come termine generico, da declinarsi a seconda del tipo societario di volta in volta interessato. Con riferimento alla società semplice, l'atto costitutivo altro non è che il contratto sociale.

Vi è un altro argomento che parrebbe militare contro la possibilità dell'arbitrato societario per le società semplici: si tratta della previsione legislativa secondo cui "nella società semplice il contratto non è soggetto a forme speciali, salve quelle richieste dalla natura dei beni conferiti", ex art. 2251 c.c. nel caso, ad esempio, venisse conferito in società un bene immobile, la forma scritta è prescritta a pena di nullità, infatti, in ossequio a quanto previsto dall'art. 1350 n. 9 c.c., devono farsi per atto pubblico o scrittura privata, sotto pena di nullità, fra gli altri i contratti di società con i quali si conferisce il godimento di beni immobili per un tempo eccedente i nove anni o per un tempo indeterminato. Salvo i casi eccezionali, dunque, la forma scritta non è necessaria nel caso di società semplice, ma se manca un contratto scritto non è possibile inserirvi una clausola compromissoria. Questo rilievo in realtà non appare essere decisivo, poiché il fatto che la legge non richieda un contratto scritto non significa che questo sia vietato, se venisse scelta dai soci contraenti la forma scritta, allora potrebbe esservi inserita la clausola compromissoria.

Ancora, dubbi in merito all'applicabilità delle norme in materia di arbitrato societario alle società semplici potrebbero sorgere anche in considerazione di quanto previsto dall'art. 34, comma 6, d. lgs. N. 5/2003 secondo cui "le modifiche dell'atto costitutivo, introduttivo e oppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale". Questa disposizione sembra riferirsi a tutte le società.

Il problema che ci si pone è che nella società semplice, come regola generale, "il contratto sociale può essere modificato soltanto per il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente" (art. 2252 c.c.). questa disposizione parte dal presupposto che le società semplici siano a compagine sociale ristretta e di stampo personalistico, con la conseguenza che le alterazioni dell'assetto contrattuale originario richiedono l'accordo di tutti. Nel caso dell'arbitrato societario, che si configura come legge speciale rispetto alla legge generale del codice di procedura civile e, probabilmente anche del codice civile, parrebbe esserci una deroga a questo principio, nel senso che basterebbe una maggioranza per modificare il contratto sociale. Tuttavia questa eccezione, maggioranza in luogo di unanimità, è difficilmente conciliabile con la *ratio* della normativa, per quanto attiene alle società di persone. Nel contesto dell'arbitrato societario si prevedono maggioranze elevate (due terzi) per rendere più difficile l'introduzione e la soppressione di clausole compromissorie statutarie. Nel caso di società di capitali si verifica effettivamente un aumento del quorum: rispetto alla regola prevista in via generale si tratta di

un innalzamento¹⁸⁰. Nell'ottica del legislatore tale aumento configura una garanzia in favore delle minoranze: assumendosi come "pericoloso" qualsiasi passaggio dal processo statale all'arbitrato, si rende più difficile tale trasmigrazione, richiedendosi una maggioranza qualificata. La previsione legislativa di maggioranze alte produce però effetti diversi nelle società di persone: la *ratio* esposta non può valere in siffatte società, dove vige il principio dell'unanimità. Se si applica alle società semplici la regola della maggioranza dei due terzi prevista per l'arbitrato societario, si verificherebbe una situazione paradossale: si andrebbe a diminuire la tutela di cui godono i soci di tale tipo societario. Per le modifiche del contratto sociale di società semplice, occorre il consenso di tutti i soci; paradossalmente, solo per l'introduzione e la soppressione di clausole compromissorie basterebbero i due terzi del capitale. Proprio per una scelta dei soci che si assume particolarmente delicata basterebbe una maggioranza invece dell'unanimità normalmente richiesta.

Bisogna però osservare che l'art. 34, comma 6, menziona come indice di misurazione il "capitale sociale" e di vero e proprio capitale sociale si può parlare esclusivamente nelle società di capitali, non anche in quelle di persone.

Si potrebbe dunque sostenere la tesi che l'art. 34, comma 6, d. lgs. 5/2003 si applica alle sole società di capitali. Questa interpretazione consentirebbe di ottenere la necessaria quadratura del sistema: in primo luogo nelle società di capitali occorrono le maggioranze più elevate previste dalla

¹⁸⁰ Ad esempio, nella società per azioni, ai sensi dell'art. 2368, comma 2, c.c. "l'assemblea straordinaria delibera con il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più della metà del capitale sociale, se lo statuto non richiede una maggioranza più elevata".

disposizione speciale; nelle società di persone rimane ferma la disposizione generale dell'art. 2252 c.c. che richiede l'unanimità.

In conclusione, anche in una società semplice, purché ovviamente si doti di un contratto sociale scritto, è legittima la previsione di una clausola compromissoria statutaria. Non vi sono ragioni per non ritenere applicabili gli artt. 34-36 d. lgs. 5/2003 agli altri due tipi di società di persone. In particolare per la società in nome collettivo, ex art. 2296, comma 1, c.c., vi è un obbligo di iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese, vi è dunque un testo scritto dell'atto costitutivo nel quale ben può essere inserita una clausola compromissoria. Quanto al problema delle maggioranze, il legislatore per la s.n.c., in tema di modificazioni dell'atto costitutivo, non fa riferimento alle maggioranze necessarie, opera così il richiamo all'art. 2293 c.c., con conseguente esclusione dell'applicabilità dell'art. 34.

Anche con riferimento alla società in accomandita semplice vi è un espresso riferimento ad un testo scritto nel quale può essere inserita la clausola compromissoria. Rimane fermo anche per questo tipo societario il problema dell'applicabilità dell'art. 34 in tema di maggioranze e per i motivi sopra detti sembra esclusa l'applicabilità di quest'ultima disposizione, con conseguente valore di quanto stabilito nell'art. 2252 c.c.

Passando all'esame delle società di capitali, per quanto riguarda la società a responsabilità limitata, l'art. 2463, comma 2, c.c. prevede che l'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico. Vi è dunque necessità di forma scritta per l'atto costitutivo, nel quale può essere inserita la clausola compromissoria. La mancanza di tale forma determina la nullità

della società, l'art. 2463, comma 3, c.c. fa un richiamo espresso all'art. 2332 c.c. in tema di s.p.a. Quest'ultima norma stabilisce che la nullità della società può essere pronunciata, tra gli altri casi, nell'ipotesi di mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico.

Stesse considerazioni vanno fatte in relazione alla società per azioni, per la quale si prevede legislativamente l'atto pubblico (art. 2328, comma 2, c.c.) a pena di nullità (art. 2332 c.c.). l'atto costitutivo può dunque contenere la clausola compromissoria.

Da ultimo è opportuno dare conto di una importante esclusione dal novero delle società di capitali che possono utilizzare lo strumento dell'arbitrato societario. L'attuale disciplina riguarda infatti solo le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ossia quelle con azioni quotate in mercati regolamentati e quelle con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante. Quanto a questa seconda categoria, la legge prevede che la misura rilevante prevista dall'art. 2325 *bis* del c.c. è quella stabilita a norma dell'art. 116 del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, la quale a sua volta rinvia ad un regolamento Consob, il n. 11971/1999, il quale all'art. 2 *bis* stabilisce che "sono emittenti azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante gli emittenti italiani i quali, contestualmente a) abbiano azionisti diversi dai soci di controllo in numero superiore a 200 che detengono complessivamente una percentuale di capitale almeno pari al 5%; b) non abbiano la possibilità di redigere il bilancio in forma abbreviata ai sensi dell'art. 2435 *bis*, primo comma, del codice civile".

Esistono dunque società per azioni in cui non sono legittime clausole compromissorie statutarie.

5.2 Patto parasociale e atto costitutivo

La questione da analizzare è rappresentata dalla possibilità o meno di equiparare un patto parasociale ad un atto costitutivo, e dunque la conseguenza della applicabilità o non applicabilità ad un arbitrato derivante da una clausola compromissoria contenuta in un patto parasociale degli artt. 34-36 del d. lgs. N. 5/2003.

La giurisprudenza sembra essere concorde sulla non applicabilità della richiamata normativa ad arbitrati nascenti da patti parasociali e non da atti costitutivi¹⁸¹.

Il testo dell'art. 34 del d. lgs. 5/2003 si riferisce ad "atti costitutivi", mentre la rubrica della medesima disposizione menziona le clausole compromissorie "statutarie". Emerge dunque, nel contesto dell'arbitrato societario, la differenziazione tra atto costitutivo e statuto. Quanto alle società per azioni, i contenuti di atto costitutivo e statuto sono indicati dall'art. 2328 c.c. L'atto costitutivo deve contenere tutte le indicazioni di cui all'art. 2328, comma 2, c.c., mentre "lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo" (art. 2328, comma 3, c.c.). quindi, dal punto di vista del trattamento giuridico, lo statuto è equiparato all'atto costitutivo. La clausola compromissoria può, pertanto, essere contenuta tanto nell'atto costitutivo tanto nello statuto, senza che ciò abbia conseguenze di ordine pratico.

¹⁸¹ Trib. Pescara, 19 Ottobre 2009, in *Not.*, 2010, 1, 13; Trib. Milano, 18 Settembre 2008, in *Riv. Dir. Soc.*, 2009, 322.

Dal punto di vista formale, la clausola compromissoria riguarda il funzionamento della società e andrebbe inserita, per ragioni di opportunità, nello statuto. Tuttavia, anche se fosse contenuta nell'atto costitutivo vero e proprio, ciò non dovrebbe comportare alcuna conseguenza.

Rispetto a quanto appena osservato per le società per azioni, non vi sono soluzioni diverse per quanto attiene alle società a responsabilità limitata, anche se in questo tipo societario la legge disciplina solo l'atto costitutivo (art. 2463, comma 2, c.c.), mentre nulla dice in merito allo statuto.

Evidentemente un patto parasociale non è un “atto costitutivo” delle società, né uno “statuto”, luoghi nei quali può trovare posto una clausola compromissoria.

Le ragioni di tale distinzione sono diverse.

Nel caso di un patto parasociale manca l'elemento “costitutivo” della società. Come emerge dalla stessa parola, l'atto costitutivo ha a che fare con la costituzione della società, è l'atto con cui la società viene fondata. Nel caso di un patto parasociale non vi è la costituzione di alcuna società, la quale, peraltro, preesiste al patto.

Una seconda differenza tra il patto parasociale e l'atto costitutivo concerne la forma. L'art. 2328, comma 2, c.c. prevede infatti che l'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico. Un tale requisito di forma non sussiste per i patti parasociali, che possono essere stipulati in qualsiasi forma.

Ma ancora, ulteriore differenza fra atto costitutivo e patto parasociale è che il primo riguarda tutti i soci della società, mentre il secondo può riguardare anche soltanto alcuni di essi.

Per le ragioni appena esposte, dunque, un patto parasociale non può essere equiparato ad un atto costitutivo, con la

naturale conseguenza che non possono trovare applicazione gli artt. 34-36 del d. lgs. N. 5/2003.

Così, esclusa l'applicabilità delle disposizioni speciali sull'arbitrato societario, il giudice che si trovi dinanzi ad una clausola compromissoria, in caso di controversie in materia di patti parasociali, come detto non soggette alla disciplina dell'arbitrato societario, non è competente a conoscere della questione, ma rimetterà la lite agli arbitri, ma la lite sarà composta dagli arbitri sulla scorta delle norme che disciplinano l'arbitrato di diritto comune (artt. 808 e seguenti del codice di procedura civile) e non la disciplina dell'arbitrato societario.

5.3 Tribunale di Pescara, 19.10.2009: l'estraneità alla società del designatore degli arbitri (art. 34, comma 2, d. lgs. N. 5/2003)

I fatti oggetto della Sentenza del Tribunale di Pescara narrano di una società e dei soci della medesima che vengono convenuti in giudizio in quanto asseritamente inadempienti all'obbligo di riacquistare delle azioni. Tale obbligo trova il proprio fondamento in un patto parasociale. Il patto parasociale contiene però una clausola compromissoria. I convenuti sollevano l'eccezione di compromesso. L'eccezione viene accolta dal Tribunale il quale, conseguentemente, nega la propria competenza a conoscere della controversia affermando la competenza degli arbitri che risolveranno la questione mediante l'applicazione delle norme previste dagli artt. 808 e seg. del c.p.c. poiché, per i motivi esposti, non sono

applicabili gli artt. 34-36 del d. lgs. 5/2003 che disciplinano l'arbitrato societario.

Tuttavia, il Tribunale, pur escludendo, nel caso di specie, l'applicabilità degli artt. 34-36, non approfondisce l'eccezione sollevata dall'attore. Questo afferma che la clausola compromissoria sarebbe nulla per difetto di estraneità alla società del titolare del potere di nomina degli arbitri.

Ai sensi dell'art. 34, comma 2, la clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale.

Risponde ai principi-base che devono caratterizzare ogni ordinamento giuridico la necessità che, nei procedimenti tesi alla soluzione delle controversie, sia garantita l'eguaglianza dei contendenti, a partire dallo stesso momento in cui viene individuata la persona chiamata a dirimere la controversia.

Il conseguente pericolo di parzialità è evidente. Questo rischio va combattuto ed eliminato poiché contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, i quali impongono la terzietà di chi è chiamato a giudicare.

Nell'arbitrato societario il legislatore avverte con forza la necessità che siano assicurate l'imparzialità e l'indipendenza della corte arbitrale. A tal fine, l'art. 34, comma 2, prevede che la clausola compromissoria deve conferire, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Il potere di nomina viene sottratto alle parti (è questa, altrimenti, la soluzione standard in materia arbitrale), per essere affidato a terzi. Dunque, nell'arbitrato societario non solo gli

arbitri devono essere imparziali e indipendenti, ma lo deve essere anche la persona che li designa.

Se queste sono le ragioni che hanno indotto il legislatore a prevedere la figura del designatore, bisogna cercare di comprendere cosa l'art. 34 intenda per "soggetto estraneo alla società".

Anzitutto si deve ritenere che i contraenti del contratto di società (ossia i soci) non possono nominare direttamente gli arbitri. La soluzione è pacifica in quanto essi sarebbero prima soggetti designanti e poi, addirittura, parti del contenzioso arbitrale. È dunque condivisibile la posizione recentemente assunta dalla giurisprudenza¹⁸² la quale ha affermato che è nulla la clausola compromissoria di una società in accomandita semplice che contempla un collegio di tre arbitri nominato da ciascuna delle parti e l'altro di comune accordo dai primi due arbitri ovvero dal Presidente del Tribunale. La nullità deriva dal fatto che tale clausola attribuisce a un soggetto della compagine sociale il potere di nomina degli arbitri.

Il ruolo del designatore non può essere assunto neanche dall'assemblea, cioè dall'organo composto dalla collettività dei soci. Non si può difatti ragionevolmente affermare che l'assemblea sia un soggetto estraneo alla società.

Similmente si deve ritenere che gli altri organi sociali (consiglio di amministrazione e collegio sindacale) non possano avere il potere di nominare gli arbitri¹⁸³.

¹⁸² Tribunale di Salerno, 12 Aprile 2007, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 865.

¹⁸³ In materia si deve segnalare Cass. 30 Marzo 2007, n. 7972, in *Soc.*, 2008, 312, la quale ha stabilito che la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società, che deferisca le controversie fra società e soci ad un collegio arbitrale formato dai sindaci della società, è nulla per difetto del requisito della imparzialità degli arbitri, in quanto i sindaci, oltre alla funzione di controllo, hanno un potere di iniziativa analogo a quello degli amministratori, o in sostituzione o in unione con essi, di modo che il collegio sindacale assume un'importante

Non possono ritenersi soggetti estranei alla società nemmeno i singoli amministratori e i singoli sindaci.

Nell'arbitrato societario il soggetto chiamato a designare gli arbitri deve essere "estraneo" alla società. Con questa espressione la disposizione richiede qualcosa di più della mancata appartenenza ad uno degli organi della struttura societaria. Può verificarsi il caso che la persona chiamata a designare gli arbitri, pur essendo esterna alla società, non sia del tutto estranea alla medesima, in quanto legata in qualche modo ad una delle parti in causa. "Estraneità" significa assenza di legami con la società: è ragionevole assumere che essa miri ad assicurare già in capo al designatore imparzialità ed indipendenza.

A questo punto della trattazione, sulla scorta di quanto affermato, pare opportuno segnalare una sentenza del Tribunale di Milano¹⁸⁴. La vicenda che ha impegnato il Tribunale trattava di una società a responsabilità limitata che prevedeva nel suo statuto che il ruolo di designatore sarebbe stato assunto dal Presidente dell'Ascomed provinciale di Milano, un sindacato di categoria cui la società era iscritta. L'attore sosteneva che la clausola fosse nulla in quanto tale persona, pur essendo esterna, non poteva considerarsi persona estranea alla società. La soluzione del Tribunale di Milano accoglie questa tesi, ma l'iscrizione della società a tale sindacato è, già in astratto, indice di una non sufficiente imparzialità ed indipendenza del designatore.

partecipazione nella vita societaria e nell'elaborazione del relativo indirizzo, il che rende oggettivamente incompatibile, da parte dei componenti di tale organo, l'esercizio di una funzione "terza" quale quella di giudicare.

¹⁸⁴ Trib. Milano, 18 Luglio 2005, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 171.

In questo contesto si pone l'ulteriore problema che la scelta astratta di un soggetto estraneo alla società viene fatta in un dato momento (cioè quello della stipula dell'atto costitutivo), mentre la nomina effettiva degli arbitri può avvenire anche a distanza di molto tempo dalla stipula dell'atto. Quando il designatore viene scelto in astratto garantisce estraneità, imparzialità ed indipendenza, ma poi quando in concreto andrà a nominare gli arbitri potrebbe non avere più quelle garanzie. Dunque, l'elemento della estraneità rispetto alla società ha la funzione di assicurare imparzialità e indipendenza in astratto (nell'atto costitutivo), ma non può assicurarla in concreto (nel momento della nomina degli arbitri).

BIBLIOGRAFIA

RIVISTE

Abete, Patti parasociali e sindacati di voto, in *Società*, 2006, 8, 957

Alpa, La riforma del diritto societario. Percorsi di lettura, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, 217

Ambrosini, Sociale e parasociale nella clausola statutaria di gradimento, in *Società*, 2009, 2, 162

Ascarelli, Limiti di validità dei sindacati azionari, in *Foro It.*, 1950, I, 174;

Atelli, Recesso e inadempimento nelle convenzioni di voto, in *Contr. Impr.*, 1997, 85.

Baraldi, Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto, in *Contr. Impr.*, 2010, 67

Bonavera, Incompatibilità tra la funzione di sindaco e quella di arbitro, in *Soc.*, 2008, 313;

Bruno e Rozzi, Patto parasociale occulto e "non patto" in società quotata: il caso (vittorioso) della Carige nella scalata Unipol a BNL, in *Giur. Comm.*, 2011, 2, 445

Bucciarelli Ducci, I patti parasociali: natura giuridica e profili di tutela, in *Riv. Not.*, 2009, 2, pt. 2, 460

Buonerba, Limiti alla circolazione delle azioni. Limiti legali e limiti convenzionali: divieto di trasferimento, clausola di prelazione, in Vita not., 2009, II, 1572.

Buonocore, Calandra, Buonauro, Corsi, Costi, Gambino e Jaeger, Un revirement della Cassazione in materia di sindacati di voto, in Giur. Comm., 1997, II, 50

Buttaro, Sindacati azionari, in Noviss. Dig. It., XVII, Torino, 1970, 430

Camilletti, Convenzioni di voto e conflitto di interessi, in Giur. Comm., 1997, II, 99

Campins Vargas, Derogaciòn singular de los estatutos sociales, in RDM, 2001, I, 1706

Campobasso, Voto di lista e patti parasociali nelle società quotate, in Banca Borsa Tit. Cred., 2003, 1, 125

Carbone, Le convenzioni di voto e la teoria generale del contratto, in N. giur. Civ. comm., 1992, II, 84

Carbonetti, I patti parasociali nelle società non quotate alla luce del Testo Unico della Finanza, in Riv. Soc., 1998, 909;

Cariello, Tutela delle minoranze e accordi parasociali nelle società quotate, Riv. Soc., 1999, 735

Caso, “De Bello Segratense”: di arbitrati, patti parasociali ed altro ancora, in Foro It., 1991, I, 1861

Castellano, Il patto parasociale Mediobanca: sindacato di blocco e sindacato di voto, in Giur. Comm., 1985, I, 324.

Cervio, Patti parasociali e tutela d'urgenza, in Contratti, 2005, 4, 336

Chiappetta, I patti parasociali nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, in *Giur. Comm.*, 1998, 988

Ciaffi, Finanziarie regionali e patto leonino;, in *Giur. Comm.*, 1995, II, 478

Clapiz, Forma dei negozi complementari e collegamenti, in *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II, 749

Corapi, Clausole di mero gradimento e clausole di prelazione dopo la riforma societaria, in *Società*, 2005, 7, 831

Corsini, Arbitrato societario e patti parasociali, in *Società*, 2010, 12, 1505

Costi, I patti parasociali e il collegamento negoziale, in *Giur. Comm.*, 2004, 02, 200

Costi, La Cassazione e i sindacati di voto: tra dogmi e "natura delle cose", in *Giur. Comm.*, 2002, II, 667

Cottino, Anche la giurisprudenza canonizza i sindacati di voto?, in *Giust. Civ.*, 1996, 1, 73

Cottino, Ancora sui sindacati di voto: qualche variazione sul tema, in *Giur. It.*, 1998, 2338

Cottino, Il primo round del caso Mondadori: con qualche riflessione su procedure d'urgenza, provvedimenti cautelari e sindacati azionari, in *Giur. Comm.*, 1991, I, 2, 227

Cottino, Patti Parasociali: la Cassazione puntualizza, e in *Società*, 2009, 197

Cottino, Patti parasociali: la Cassazione puntualizza, in *Giur. It.*, 2007, 12

D'Alessandro, Clausole di co-vendita (*drag along* e *tag along*), in Riv. Dir. Civ., 2012, 389

D'Alessandro, Patti di "co-vendita" (**tag alone** e *drag along*), in Riv. Dir. Civ., 2010, 4, 373

De Luca, Validità delle clausole di trascinamento ("*drag-along*"), in Banca Borsa Tit. cred., 2009, 2, 174

Di Bitonto, Ancora sulla recedibilità dai patti parasociali con durata indeterminata, in Società, 2010, 9, 1056

Di Bitonto, Clausola statutaria di c.d. *drag along*: chi era costei?, in Soc., 2008, 1378;

Divizia, Clausole statutarie di covendita e trascinamento, in Notariato, II, 2009, 158.

Draetta, Brevi note sulla legge applicabile ai patti parasociali, in Riv. Dir. Int. Civ. Proc., 2004, 565

Fabbirini, Validità delle clausole statutarie di *drag along*, in Giur. Comm., 2009, 5, 1034

Farenga, Ancora in tema di validità dei sindacati di voto, in Giur. Comm., 1990, II, 786

Farenga, Sindacato di voto, "sindacato del giudice" e "coercizione" dell'esercizio del voto in assemblea, in Giur. Comm., 1990, II, 158

Ghionni, Patti parasociali, sindacati di voto a maggioranza per teste e forme di tutela, in Giur. Comm., 2007, 1, 235

Graziani, Diritto delle società, Napoli, 1952, 184; Nobili, Le clausole di gradimento, in Riv. Soc., 1009, 433.

Grippe, Il recesso del socio, in Trattato Colombo-Portale, XVI, 1, Torino

Jaeger, Il problema delle convenzioni di voto, in Giur. Comm., 1989, I, 201;

Kustermann, Considerazioni critiche sui patti parasociali, come previsti nella legge delega n. 366 del 2001, in Società, 2002, 169

La Porta, Patti parasociali e patto leonino, in Notariato, 1995, 244

Leozappa, In tema di sindacato di voto, in Giur. Comm., 1992, II, 327

Lerner, Appunti sui patti parasociali nella riforma del diritto societario, in Riv. Dir. Priv., 2004, 45

Libonati, Riflessioni critiche sui sindacati di voto, in Riv. Dir. comm., 1989, I, 513

Macrì, I patti a durata variabile e la risoluzione tacita, in Giur. Comm., 2009, II, 997, 1003

Macrì, L'efficacia dei patti parasociali, in Banca borsa tit. cred., 2006, II, 247

Maffuccini, Licenziamento del socio/lavoratore di cooperativa e clausola compromissoria contenuta nello statuto: brevi note, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2009, 59;

Mandrioli, Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1976, 1342.

Manzo, Brevi note in tema di società cooperative ed arbitrato, in Dir. Fall., 2005, II, 956;

Martinez, L'abuso di minoranza nelle società di capitali, in *Contr. Impr.*, 1997, 1184

Mattei, Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1996, 603

Montalenti, La riforma del diritto societario: appunti, in *Società*, 2002, 1455;

Muroni, Clausola compromissoria statutaria e rapporto mutualistico, in *Riv. Arb.*, 2008, 45

Nuzzo, Il vincolo di voto nelle società per azioni, in *Riv. Soc.*, 1992, 576.

Oppo, Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, I, 517

Oppo, Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, 476

Oppo, Patti parasociali: ancora una svolta legislativa, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, 215

Oppo, Patto sociale, patti collaterali e qualità di socio nella società per azioni riformata, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, I, 58;

Pardolesi, Analisi economica e diritto dei contratti, in *Politica e diritto*, 1978, 723;

Pardolesi, Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, in *Quadrimestre*, 1988, 78.

Pavone La Rosa, I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni, in *Giur. Comm.*, 2004, 1, 5

Pirruccio, Recedere dall'accordo senza preavviso fa scattare l'obbligo di risarcire il danno, in Guida dir., 16, 2010

Piselli, I patti parasociali tra diritto dei contratti e diritto societario, in Società, 2007, 9, 1111

Piselli, La validità e l'efficacia dei patti parasociali dopo la riforma societaria, in Società, 2009, 2, 199

Pomelli, Stipulazione per *facta concludentia*, efficacia e coercibilità dei patti parasociali di voto, in Giur. Comm., 2011, 6, 1498

Pratelli, Rinnovo di patti parasociali e opzioni put & call, in Giur. Comm., 2010, 6, 931

Rescio, I sindacati di voto, in Soc., 1, 548

Rescio, La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario, in Riv. Dir. Soc., 2002, 841

Rescio, La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali), in Riv. Soc., 1991, 641

Rordorf, I sindacati di voto, in Società, 2003, 24

Rordorf, L'abuso di potere della minoranza, in Soc., 1999, 809;

Rordorf, Patti parasociali, in Foro It., 2006, pt. 1,2 – II, 2940

Salafia, Esame di validità di alcuni patti parasociali relativi a società non quotate, in Soc., 11, 2008, 1333

Salafia, I patti parasociali nella disciplina contenuta nel d. lgs. 58/1998, in Società, 1999, 261

Salafia, I patti parasociali nelle società non quotate, in *Società*, 2005, 945

Sangiovanni, Arbitrato societario, nozione di "atto costitutivo" e patto parasociale, in *Not.*, 2012, 4, 393

Santagata, Partecipazioni in s.r.l. a scopo di finanziamento e divieto di patto leonino, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 746

Santini, Esecuzione specifica di accordi parasociali, in *Arch. Giur.*, 1968, 483

Santoni, I patti parasociali nella nuova disciplina delle società quotate, in *Riv. Dir. Priv.*, 1999, 195

Santoro Passarelli, Struttura e funzionamento della prelazione convenzionale, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1981, 696

Santus e De Marchi, Sui <<particolari diritti>> del socio nella nuova s.r.l., in *Riv. Not.*, 2004, 89

Sbisà, Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione, in *Contr. Impr.*, 1995, 69

Sbisà, La disciplina dei patti parasociali nella riforma del diritto societario, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2004, II, 483

Sbisà, Patti parasociali e responsabilità degli amministratori, in *Contr. Impr.*, 1996, 448

Scarpa, Parasocialità come mezzo di controllo esterno della società, in *Contr. Impr.*, 2011, 6, 1528

Schlesinger, Oggetto delle clausole dei sindacati di voto, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 419

Semino, I patti parasociali nella riforma delle società di capitali: prime considerazioni, in *Società*, 2003, 345

Semino, Il problema della validità dei sindacati di voto, Milano, 2003

Tommaseo, Provvedimenti d'urgenza a tutela dei diritti implicanti un facere infungibile, in *Studium iuris*, 1997, 1279

Torino, Tutela in via d'urgenza di pattuizioni parasociali e gestione dell'impresa sociale, in *Società*, 2011, 7, 833

Ventoruzzo, Sindacati di voto a "tempo indeterminato" e diritto di recesso dei paciscenti nelle società a responsabilità limitata, in *Giur. Comm.*, I, 2006, 573

Venturini, Ancora sul caso Unipol- BNL, in *Società*, 2010, 12, 1499

Venturini, I patti parasociali e la Consob: il caso Unipol- BNL, in *Società*, 2010, 5, 595

Vidiri, I sindacati di voto: un antico contrasto tra approdi dottrinari e giurisprudenziali, in *Giust. Civ.*, 1995, 5, 1321

Vidiri, Sui sindacati di voto a tempo indeterminato, in *Società*, 1996, 37

Vittone, Introduzione e soppressione di clausole di prelazione negli statuti di società di capitali: rassegna critica di giurisprudenza, in *Giur. Comm.*, 2000, I, 155

LIBRI

AA.VV., Trattato teorico-pratico delle operazioni sul capitale, Milano, 2001

Angelici, La circolazione della partecipazione azionaria, in Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo-Portale, II, Torino, 1991

Angelici, Le basi contrattuali della società per azioni, in Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo-Portale, Torino, 2004

Arieta, I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., Padova, 1982

Ascarelli, Sui limiti statuari alla circolazione delle partecipazioni azionarie, in Saggi di diritto commerciale, Milano, 1955

Avagliano M., Le clausole che limitano o escludono la circolazione delle azioni e di partecipazioni: tra norme statutarie e patti parasociali, in Le acquisizioni societarie, opera diretta da M. Irrera, Zanichelli 2011

Badini Confalonieri A., I patti parasociali, in Le nuove s.p.a., opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Zanichelli 2010

Branca, Comunione – Condominio negli edifici, in Comm. Scaloja-Branca, Bologna-Roma, 1982, 129; Bianca, La vendita e la permuta, in Tratt. Vassalli, Torino, 1993

Buonocore, Manuale di diritto commerciale, Torino, 2001

Campobasso, Diritto commerciale 2 Diritto delle società, Torino, 1999

Campobasso, Diritto commerciale, Diritto delle società, Torino, 2006

Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale 22, I, Napoli, 1935

Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, II, Bologna, 2006

Costi, I patti parasociali nella nuova società a responsabilità limitata, in La disciplina della società a responsabilità limitata, a cura di Santoro V., Giuffrè, 2003

Costi, I patti parasociali, in La riforma delle società quotate, a cura di F. Bonelli, V. Bonocore, F. Corsi, R. Costi, P. Ferro-Luzzi, A. Gambino, P.G. Jaeger, A. Patroni Griffi, Atti del Convegno di Studio, Santa Margherita Ligure (13-14 giugno 1998), Giuffè, 1998

Costi, Il mercato mobiliare, Torino, 2000

Costi, Il mercato mobiliare, Torino, 2008, 179

Cottino, Le convenzioni di voto nelle società commerciali, Milano, 1958

Daccò, I diritti particolari del socio nella s.r.l., in Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum G. F. Campobasso, diretto da Abbadessa-Portale, Torino, 2007

Di Sabato, Diritto delle società, Milano, 2005

Di Sabato, Manuale delle società, Torino, 1987

Donativi, Commento agli artt. 2341 bis e ter c.c., in Società di capitali, Commentario a cura di G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, v. 1, 2004

Farenga, I contratti parasociali, Milano, 1987

Faucegna, Patti parasociali, in Enc. Dir. Agg., V, Giuffrè, 2001

Ferrara, Finanza e private equity, Milano, 2006

Ferrara-Corsi, Gli imprenditori e le società, Milano, 2001

Fiorio, Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2009

Fiorio, Sub artt. 2341-bis e 2341-ter, in Il nuovo diritto societario, diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, I

Fontaine-De Ly, La redazione dei contratti internazionali, Milano, 2008

Franzoni, Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali ed obbligatori. Artt. 1374-1381, in Il codice civile. Commentario, diretto da Schslesinger, Milano, 1999

Frè, Società per azioni, in Commentario cod. civ., diretto da Scialoja-Branca, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1982

Galgano, Il negozio giuridico, 1988

Galgano, Il nuovo diritto societario, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Galgano, XXIX, Padova, 2003

Galgano, Trattato di diritto civile, II, Padova, 2009

Galletti, Il recesso nelle società di capitali, Milano, 2000

Gazzoni, Manuale di diritto privato, Napoli, 2003

Goetz e Scott, Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and Theory of Efficient Breach, in *Columbia Law Review*, vol. 77, 1977

Grassani, I contratti parasociali, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, I, Torino, 1995

Guizzi, La circolazione dei titoli azionari, in *Società – Il dizionario della riforma*, Milano, 2003

Libertini, I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli artt. 2341-bis e 2341-ter del codice civili, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 4, Torino, 2007

Libonati, Il problema della validità dei sindacati di voto-. Situazione attuale e prospettive, in *Sindacati di voto e Sindacati di blocco*, a cura di Bonelli-Jaeger, Milano, 1993

Macrì, Patti parasociali e attività sociale, Torino, 2007

Maltoni M., I patti parasociali (in caso di acquisti parziali). Le pattuizioni che riguardano i soci: le clausole put and call, drag alone e tag alone; le clausole in tema di stallo decisionale (deadlock-breaking provisions), in *Le acquisizioni societarie*, opera diretta da M. Irrera, Zanichelli 2011

Mandrioli, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2009

Marchetti, La “nexus of contracts” theory, Giuffrè, 2000

Mazzamuto, L'esecuzione forzata, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, XX, II, Tutela dei diritti, Torino, 1998

Messineo, Voce "Contratto preliminare", in Enc. Dir., X, Milano, Giuffrè, 1962

Micheli, Tutela dei diritti, in Commentario del diritto civile, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1977

Monelli, Sintesi dei risultati del convegno, AA. VV., Sindacati di voto e di blocco

Montesano, La tutela giurisdizionale dei diritti, in Trattato di diritto civile, fondato da Vassalli, XIV, 4, Torino, 1985

Notari, Le categorie speciali di azioni, in Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G. F. Campobasso, I, diretto da Abbadessa-Portale, Torino, 2007

Nuzzo, L'abuso della minoranza, Torino, 2003

Oppo, Contratti parasociali, Vallardi, 1942

Padovini, Il recesso, in I contratti in generale. Trattato dei contratti, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006

Panzarini, Il contratto di opzione, Milano, 2007

Pedersoli, Sindacati di blocco: validità, tipi ed effetti, in Sindacati di voto e sindacati di blocco, a cura di Bonelli-Jaeger, Milano, Giuffrè, 1993

Picone, Contratto di acquisto di partecipazioni azionarie, Milano, Giuffrè, 1995

Pinnarò, I patti parasociali, in Intermediari finanziari, mercati e società quotate, a cura di Patroni Griffi A., Sandulli M. e Santoro M., Giappichelli, 1999

Ponti-Panella, La <<preferenza>> nel diritto societario e successorio, Milano, 2003

Posner, Economic Analysis of Law 6, New York, Aspen, 2003

Proto Pisani, Provvedimenti d'urgenza, in Enc.giur. Treccani, XXV, Roma, 1991

Proverbio, I patti parasociali, Milano, Giuffrè, 2004

Rescio, I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci, in Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 1, Torino, 2007

Rescio, I sindacati di voto, in Trattato Colombo-Portale, 3, II, Torino, 1994

Roppo, Il contratto, Milano, 2001

Roppo, Trattato del contratto, VI Interferenze, a cura di Roppo V., Giuffrè, 2006

Sacchi, L'intervento e il voto in assemblea della s.p.a. Profili procedurali, in Trattato delle società per azioni, diretto da Colombo-Portale, 3, Torino, 1994

Salvati, I limiti alla circolazione delle azioni. Il diritto al disinvestimento, Padova, 2011

Sangiorgi, voce Recesso, in Enc. Giur., XXVI, Roma, 1999

Santoni, Patti parasociali, Napoli, 1985

Santoni, Sub art. 2341-bis e 2341-ter, in La riforma delle società, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, I, Torino, 2003

Santosuosso, Il principio di libera trasferibilità delle azioni. Eccesso di potere nelle modifiche della circolazione, Milano, 1993

Santosuosso, La riforma del diritto societario, Milano, 2003

Semino, Il problema della validità dei sindacati di voto, Giuffrè, 2003

Tina A., Le pattuizioni sulla governante, in Le acquisizioni societarie, opera diretta da M. Irrera, Zanichelli 2011

Tommaseo, I provvedimenti d'urgenza, Padova, 1983

Torino, I patti parasociali, Milano, 2000

Trimarchi, Strumenti per assicurare l'adempimento dei sindacati di voto, in Sindacati di voto e sindacati di blocco, a cura di Bonelli e Jaeger, Milano, 1993

Tucci, Patti parasociali e governance nel mercato finanziario, Bari, 2005

Urià-Menéndez, Curso de derecho mercantil, Madrid, 1999, I

Vassalli, L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.), Padova, 1995

Vattermoli, Sub art. 2355-bis, in AA. VV., La riforma delle società, a cura di Sandulli e Santoro, vol. II, tomo I, Torino, 2003

Zanardo, Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nella società per azioni, Padova, 2010

Estratto per riassunto della tesi di dottorato

Studente: Maria Vittoria Andreotti matricola: 955741

Dottorato: Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro

Ciclo: XXV^a

Titolo DELLA TESI :PATTI PARASOCIALI: INTERPRETAZIONE, DALLE ORIGINI ALLA CODIFICAZIONE; APPLICAZIONE E ANALISI PRATICA NEL PANORAMA SOCIETARIO

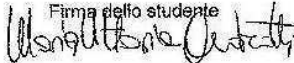
Abstract:

Il lavoro prende avvio dalle numerose pagine di commento offerte dalla dottrina in tema di patti parasociali. Inizialmente, infatti, l'istituto, anche se di larga applicazione e di indiscutibile necessità pratica di utilizzo per le società, non trovava una propria collocazione all'interno del codice civile. Unica fonte di interpretazione era dunque la dottrina. È solo con la riforma del diritto societario – d.lgs. n.6/2003 – che viene introdotta la Sez. III-bis all'interno del libro V, capo V del Codice Civile, dedicata, appunto, ai patti parasociali. Tuttavia, anche con l'introduzione della disciplina codicistica non trovano risposte chiare e definitive le tradizionali incertezze, poiché gli artt. 2341 *bis* e *ter* si limitano a regolare esclusivamente gli aspetti della durata, con il relativo e connesso diritto di recesso nei patti a tempo indeterminato, e della pubblicità. Aspetti questi sui quali la trattazione è breve, dedicando maggiore attenzione a quelli che sono gli aspetti meno chiari e che dunque trovano maggiore riflessione da parte sia della dottrina che della giurisprudenza. Tra questi trova spazio l'analisi della questione sull'efficacia di accordi stipulati su piano differente da quello societario, ma che comunque a quel piano si riferiscono. Ci si interroga sulla opponibilità degli stessi alla società, che resta estranea all'accordo, sugli strumenti utilizzabili per tutelare, da un lato, chi aderisce al patto, dall'altro, chi non vi aderisce. Proprio da queste problematiche nasce la necessità di indagare sul rapporto e sul collegamento esistente tra il contratto di società e il patto parasociale.

Si offre poi una panoramica di quelli che sono i tipi di patti conosciuti e utilizzati nel mondo societario, per poi concentrarsi nell'esame della portata applicativa di alcuni patti parasociali relativi a società non quotate. La scelta di tali ultimi tipi è stata dettata dai risvolti critici e dalle problematiche applicative legate al loro impiego. Si pensi, ad esempio, alle problematiche connesse alla stipulazione di un patto parasociale avente ad oggetto la distribuzione non proporzionale degli utili e delle perdite e il problema del raccordo con la norma che impone il divieto di patto leonino. Ma ancora, il patto di finanziamento della società, o il patto mediante il quale si rinuncia all'esercizio del diritto di recesso, diritto fortemente tutelato dal codice.

Da ultimo, la trattazione si concentra sul tema dell'arbitrato societario. Il focus di tale argomento è proprio l'individuazione della disciplina applicabile alle controversie nascenti da patti parasociali i quali al loro interno prevedano una clausola compromissoria. Ci si chiede se siano applicabili o meno le norme specifiche dell'arbitrato societario o se diversamente dovrà trovare applicazione la disciplina in tema di arbitrato comune.

Lungi dal voler essere una trattazione esaustiva su patti parasociali, il lavoro vuole essere un'analisi dei punti di maggiore incertezza in tema di patti parasociali.

Firma dello studente


ABSTRACT

Student: Maria Vittoria Andreotti matr: 955741

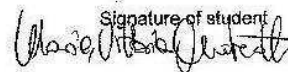
PhD: Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro

Ciclo: XXV°

Title : SHAREHOLDERS 'AGREEMENTS: THE INTERPRETATION FROM THE ORIGINS OF THE CODING; APPLICATION, PRACTICAL ANALYSIS IN CORPORATE OVERVIEW

Abstract:

The work starts from the comment pages offered by the doctrine in terms of shareholders' agreements. Initially, in fact, this institution, although of wide application and of unquestionable practical need to the companies' use, did not find its place in the Civil Code. The only source of interpretation, then, was the doctrine. It is only with the reform of company law -d.lgs. N.6/2003 - that is introduced Sec. III-bis inside the book V, Chapter V of the Civil Code, dedicated precisely to the shareholders' agreement. However, even with the introduction of the legal codes traditional uncertainties don't find clear and definitive answers as Articles. 2341 bis and ter are restricted exclusively to regulate aspects of life, and with its associated right of withdrawal in terms indefinitely, and advertising. These aspects on which the treatment is short, by paying greater attention to those which are the less clear aspects and that find therefore more care from both the doctrine of jurisprudence. Among these finds place the analysis of the question of the effectiveness of agreements on different plane from that company, but still refer to that plan. There are questions relating to the enforceability of the same company, which remains outside the agreement, the tools used to protect on one hand, those who adhere to the agreement, on the other who does not adhere to the pact. Precisely from these problems it becomes necessary to investigate the relationship and the connection between the partnership agreement and the shareholders' agreement. It is then provided an overview of what are the kinds of terms known and used in the corporate world, focusing then on the examination of the application' scope of some shareholders agreements related to unlisted companies. The choice of these last types was dictated by the critical aspects and the practical problems associated with their use. Consider, for example, the problems related to entering into a shareholders' agreement concerning the non-proportional distribution of profits and losses and the problem of the connection with the provision that prohibits the lion's pact . But still, the company's funding agreement, or covenant, by which waiver of the right of withdrawal, strongly protected by the law code. Finally, the discussion focuses on the theme of the arbitration company. The focus of this issue is just the discipline's identification applicable to disputes arising from shareholders' agreements and whether they are applicable or not to the specific rules of the arbitration association or otherwise will be applied the rules concerning the arbitration policy. Far from being an exhaustive treatment of shareholders 'agreements the work intends to be a major point of uncertainty in terms of shareholders' agreements.

Signature of student




Università
Ca' Foscari
Venezia

DEPOSITO ELETTRONICO DELLA TESI DI DOTTORATO

DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DELL'ATTO DI NOTORIETA'
(Art. 47 D.P.R. 445 del 28/12/2000 e relative modifiche)

Io sottoscritto MARIA VITTORIA ANDREOTTI
 nat. a ARPINO (prov. FR.) il 21/11/1983
 residente a CASSINO inv.itt. S. ANTONINO n. SNC
 Matricola (se posseduta) 955741 Autore della tesi di dottorato dal titolo:
PATTI PARASSIAU: INTERPRETAZIONE, DALLE ORIGINI ALLA
CODIFICAZIONE; APPLICAZIONE E ANALISI PRATICA NEL
PANORAMA SOCIETARIO
 Dottorato di ricerca in DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI CIVILI, COMMERCIALI E DEL LAVORO
 (in cotutela con)
 Ciclo XXV
 Anno di conseguimento del titolo 2013

DICHIARO

di essere a conoscenza:

- 1) del fatto che in caso di dichiarazioni mendaci, oltre alle sanzioni previste dal codice penale e dalle Leggi speciali per l'ipotesi di falsità in atti ed uso di atti falsi, decado fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base di tali dichiarazioni;
- 2) dell'obbligo per l'Università di provvedere, per via telematica, al deposito di legge delle tesi di dottorato presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e di Firenze al fine di assicurarne la conservazione e la consultabilità da parte di terzi;
- 3) che l'Università si riserva i diritti di riproduzione per scopi didattici, con citazione della fonte;
- 4) del fatto che il testo integrale della tesi di dottorato di cui alla presente dichiarazione viene archiviato e reso consultabile via internet attraverso l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari, oltre che attraverso i cataloghi delle Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze;
- 5) del fatto che, ai sensi e per gli effetti di cui al D.Lgs. n. 196/2003, i dati personali raccolti saranno trattati, anche con strumenti informatici, esclusivamente nell'ambito del procedimento per il quale la presentazione viene resa;
- 6) del fatto che la copia della tesi in formato elettronico depositato nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto è del tutto corrispondente alla tesi in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, consegnata presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo, e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 7) del fatto che la copia consegnata in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, depositata nell'Archivio di Ateneo, è l'unica alla quale farà riferimento l'Università per rilasciare, a richiesta, la dichiarazione di conformità di eventuali copie.

Data 28/01/13

Firma Maria Vittoria Andreotti

AUTORIZZO

- l'Università a riprodurre ai fini dell'immissione in rete e a comunicare al pubblico tramite servizio on line entro l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto il testo integrale della tesi depositata;
- l'Università a consentire:
 - la riproduzione a fini personali e di ricerca, escludendo ogni utilizzo di carattere commerciale;
 - la citazione purché completa di tutti i dati bibliografici (nome e cognome dell'autore, titolo della tesi, relatore e correlatore, l'università, l'anno accademico e il numero delle pagine citate).

DICHIARO

- 1) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale da me realizzata e non infrange in alcun modo il diritto d'autore né gli obblighi connessi alla salvaguardia di diritti morali ed economici di altri autori o di altri aventi diritto, sia per testi, immagini, foto, tabelle, o altre parti di cui la tesi è composta, né compromette in alcun modo i diritti di terzi relativi alla sicurezza dei dati personali;
- 2) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati, non è oggetto di eventuali registrazione di tipo brevettuale o di tutela;
- 3) che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura civile, amministrativa o penale e sarà tenuta indenne a qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi.

A tal fine:

- dichiaro di aver autoarchiviato la copia integrale della tesi in formato elettronico nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari;
- consegno la copia integrale della tesi in formato cartaceo presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo.

Data 29/01/13

Firma Mario Vittorio Quattrocchi

La presente dichiarazione è sottoscritta dall'interessato in presenza del dipendente addetto, ovvero sottoscritta e inviata, unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del dichiarante, all'ufficio competente via fax, ovvero tramite un incaricato, oppure a mezzo posta

Firma del dipendente addetto

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 196/03 si informa che il titolare del trattamento dei dati forniti è l'Università Ca' Foscari - Venezia.

I dati sono acquisiti e trattati esclusivamente per l'espletamento delle finalità istituzionali d'Ateneo; l'eventuale rifiuto di fornire i propri dati personali potrebbe comportare il mancato espletamento degli adempimenti necessari e delle procedure amministrative di gestione delle carriere studentil. Sono comunque riconosciuti i diritti di cui all'art. 7 D. Lgs. n. 196/03.