

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO E IMPRESA
- XXX CICLO -**

**IL SOCIO DI MINORANZA
NELLA SOCIETÀ PER AZIONI CHIUSA**

Tutor:
Chiar.mo Prof.
Gian Domenico Mosco

Dottorando:
Dott.ssa Emma Moniaci

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

Il socio di minoranza nella Società per Azioni chiusa

INTRODUZIONE

CAPITOLO I: LA TUTELA LEGALE: IL MONITORAGGIO, L'INTERVENTO, LA COLLEGIALITA' E IL VOTO

1. Il diritto all'informazione preventiva
2. L'esercizio del diritto di controllo del socio
3. Le materie di competenza dell'assemblea e la richiesta di convocazione da parte della minoranza
4. Le autorizzazioni assembleari
5. La riunione dei soci:
 - 5.1 Derogabilità dei quorum avverso il principio maggioritario
 - 5.2 La richiesta di rinvio dell'assemblea ad opera della minoranza
 - 5.3 L'assemblea totalitaria e il diritto di opposizione alla discussione
6. Le tutela legati. Uno sguardo di insieme

CAPITOLO II: LA TUTELA LEGALE NEL PROCEDIMENTO E LA TUTELA LEGALE EXTRA- PROCEDIMENTALE

1. Premessa: la convocazione e la deliberazione assembleare
2. La possibilità del socio di ricorrere alla tutela cautelare pre-assembleare
3. Le tutele del socio nel procedimento di impugnazione delle deliberazioni assembleari:
 - 3.1 La legittimazione dei soci all'impugnazione
 - 3.1.1. Un caso particolare: l'abuso e l'eccesso di potere come causa di impugnazione della delibera assembleare
 - 3.1.2. Il conflitto di interessi e l'abuso del diritto di voto
 - 3.2 La tutela sospensiva dell'esecuzione della delibera
 - 3.3 Il rimedio risarcitorio
4. L'impugnativa delle delibere del consiglio di amministrazione
5. I rimedi successivi diversi dall'impugnazione:

- 5.1 La denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2408 c.c.
- 5.2 La denuncia al collegio sindacale ai sensi dell'art. 2408 c.c.
- 5.3. L'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza e la sua rinuncia e transazione
- 6. Conclusioni e rinvio

CAPITOLO III: IL DIRITTO DI RECESSO TRA FONTI LEGALI, STATUTARIE E NEGOZIALI

- 1. La diversità ontologica tra l'esercizio del potere di vendita e l'esercizio del recesso
- 2. L'esercizio del recesso ed i suoi effetti; le diverse prospettive della società, degli altri soci, dei terzi
- 3. La dichiarazione di recesso
 - 3.1 La legittimazione ad esercitare il diritto di recesso
 - 3.2 Le modalità di esercizio
- 4. I casi di recesso previsti da norme di legge
 - 4.1 Il recesso quale reazione a modifiche che incidono sul rischio assunto dalla società ovvero a tutela della posizione individuale del socio, nei suoi diversi profili
 - 4.1.1 La modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società
 - 4.1.2 Il caso della attività di direzione e coordinamento
 - 4.1.3 La trasformazione della società
 - 4.2 Il recesso quale conseguenza del disaccordo su decisioni che interessano la posizione individuale del socio
 - 4.2.1 Il trasferimento della sede sociale all'estero
 - 4.2.2 Le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione
 - 4.2.3 L'introduzione o la soppressione nello statuto di clausole compromissorie

- 4.2.4 La durata indeterminata e la modifica del termine di durata della società
 - 4.2.5 L'eliminazione di una o più cause di recesso
 - 4.2.6 L'introduzione o la riduzione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari
- 4.3 Il recesso quale conseguenza del mutato valore economico della partecipazione del socio
 - 4.3.1 La modifica dei criteri di valutazione del valore dell'azione in caso di recesso
 - 4.3.2 La revoca dello stato di liquidazione
 - 4.3.3 La revisione di stima dei conferimenti
- 5. Le ulteriori ipotesi di recesso previsti dall'autonomia statutaria (rinvio)
- 6. La procedura di liquidazione e la contestazione del valore
- 7. Sintesi delle tutele legali e primo bilancio

CAPITOLO IV: LE TUTELE STATUTARIE

- 1. L'introduzione nello statuto di particolari clausole: oggetto, validità, efficacia
- 2. La tutela derivante dalla diversa connotazione del titolo partecipativo
- 3. Le prassi statutarie:
 - 3.1 La modifica dei quorum
 - 3.2 Voto di lista ed altre clausole di garanzia per la scelta degli amministratori
 - 3.3 Ampliamento dei poteri di ispezione e controllo
 - 3.4 Clausole di co-vendita
 - 3.5 Clausole di prelazione propria e impropria
- 4. Un confronto tra prassi statutarie e clausole parasociali: sguardo di sintesi e rinvio

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Attualmente il numero di società in Italia è 1.536.751. Di queste 35.316 sono società per azioni non quotate (tra queste sono incluse le società aperte, il cui numero è esiguo, pertanto ininfluente) e di queste 5.800 sono società unipersonali, 29.516 sono società per azioni con più di un socio¹.

Tra queste, 6.176 sono le società con due soci, di cui uno ha sempre almeno il 25,01% del capitale, mentre 6.171 sono le società in cui l'altro socio ha almeno il 5% del capitale. Il socio di minoranza possiede praticamente quasi nella totalità dei casi, la percentuale minima richiesta per impugnare una delibera assembleare (un ventesimo del capitale sociale corrispondente al 5%).

Delle 4.377 società con tre soci, di cui uno ha sempre almeno il 25,01% del capitale, 2.118 sono quelle che hanno almeno un altro socio con una percentuale compresa tra il 5% e il 20% del capitale, il numero totale aumenta a 4.386 se si considerano quelle società che hanno almeno un socio che possiede il 50,01% del capitale e, in questo caso, quelle con un azionista che possiede una percentuale di capitale compresa tra il 5% e il 20% aumenta a 2.121.

Delle 2.963 società con quattro soci, di cui uno ha sempre almeno il 25,01% del capitale, 2.062 hanno almeno un altro socio con una percentuale compresa tra il 5% e il 20% del capitale, il numero totale aumenta a 2.965 se si considerano quelle società che hanno almeno un socio che possiede il 50,01% del capitale, invariato il numero delle

¹ I dati riportati sono stati estratti dalla banca dati AIDA e sono aggiornati al 25 novembre 2017. La ricerca è stata impostata sul volume delle società per azioni non quotate con almeno due soci, escludendo i dati dei soci la cui percentuale di partecipazione è sconosciuta e incrociando i dati relativi alle società con un determinato numero di soci (2,3,4,5, da 6 a 10 e da 11 a 100) con quelle società che sono partecipate da un socio di controllo (percentuale del 25,01% e del 50,01%) e che hanno almeno un altro socio con una percentuale qualificata di capitale (considerando tale una percentuale del variabile tra il 5% e il 20%).

società con un azionista che possiede una percentuale di capitale compresa tra il 5% e il 20%.

Delle 1.781 società con cinque soci, di cui uno ha sempre almeno il 50,01% del capitale, 1.492 hanno almeno un altro socio con una percentuale compresa tra il 5% e il 20% del capitale (non risultano mutamenti nei dati utilizzando il parametro della partecipazione al 25.01%).

Delle 3.027 società con numero di soci compreso tra sei e dieci, di cui uno ha sempre almeno il 50,01% del capitale, 2.679 hanno almeno un altro socio con una percentuale compresa tra il 5% e il 20% del capitale (non risultano mutamenti nei dati utilizzando il parametro della partecipazione al 25.01%).

Delle 2.001 società con numero di soci compreso tra undici e cento, di cui uno ha sempre almeno il 50,01% del capitale, 1.705 hanno almeno un altro socio con una percentuale compresa tra il 5% e il 20% del capitale.

I dati empirici rappresentano un quadro in cui le società con due soci sono le più numerose e in cui il numero complessivo delle società tende a diminuire all'aumentare del numero di soci, le cui partecipazioni sono strutturate in modo tale da consentire ad uno o due soci di detenere la maggioranza assembleare, a fronte di altri soci di minoranza, con una percentuale inferiore al 5% del capitale sociale.

I dati riportati devono essere valutati alla luce della impostazione tradizionale, che ritiene come la società per azioni sia una società “di sacchi di denaro”, in cui l'identità dei soci ha una importanza relativa, determinando piuttosto la ricchezza che ciascuno apporta². Questa l'impostazione la ritroviamo anche nella Relazione alla Riforma del 2003, che contrappone la società per azioni alla società a responsabilità

² GIDE C., *Principi di economica politica*, Milano, 1915, 168.

limitata, accentuando nella prima l'importanza delle azioni, nella seconda delle persone dei soci³.

Una tale impostazione non sembra tuttavia essere, alla luce delle previsioni contenute nella stessa Riforma e delle sue successive evoluzioni, pienamente convincente, in particolare alla luce della crescente separazione, dal punto di vista tipologico, tra società per azioni chiuse da un lato e società aperte (di cui abbiamo visto, il fenomeno è tuttavia nella pratica ancora numericamente irrilevante) e quotate dall'altro lato.

Ciò va coordinato con la possibilità, introdotta proprio con la Riforma, di attribuire diritti particolari a taluni azionisti di inserire all'interno dello statuto clausole di prelazione e/o di gradimento, di attribuire strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o amministrativi a fronte della prestazione di opera e servizi, di introdurre all'interno dello statuto sociale clausole di recesso convenzionale o clausole di covendita (queste ultime prima limitate alla sfera della contrattazione puramente parasociale) o ancora clausole di riscatto⁴.

³ Schema di decreto legislativo recante Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, Paragrafo 11, Della Società a Responsabilità limitata: «La riforma in materia di società a responsabilità limitata, secondo quanto indicato dall'art. 3 della legge di delega, si muove nella direzione di una integrale revisione di tale modello societario. Essa, parallelamente ad un processo rilevabile sul piano internazionale, sia in Europa sia al di fuori di essa, intende offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa ed accentuata elasticità e che, imperniato fondamentalmente su una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali, si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell'ambito del settore delle piccole e medie imprese. In questo senso, come già avvenuto in altri ordinamenti, la società a responsabilità limitata cessa di presentarsi come una piccola società per azioni ed abbandona la tradizione del nostro ordinamento che ne faceva risalire il più immediato antecedente storico alla anonima per quote. Essa si caratterizza invece come una società personale la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata (che del resto, dopo la generale ammissibilità della società unipersonale a responsabilità limitata, non può più ritenersi necessariamente presupporre una rigida struttura organizzativa di tipo corporativo), può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni».

⁴ PORTALE G.B., *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della .s.p.a., Società, Banche e Crisi d'Impresa*, in *Liber amicorum Pietro Abadessa*, I, 2014, 12.

Tutte previsioni la cui rilevanza deve essere valutata rispetto al principio maggioritario che, fatti salvi i diritti particolari riconosciuti ad alcuni soci, impone al socio di minoranza di sottostare alle decisioni assunte da chi detiene la maggioranza delle azioni. E ciò a prescindere dalla tipologia di partecipazione, che potrà consistere in azioni emesse a favore dei prestatori di lavoro della società o di società controllata, in azioni di godimento, in azioni di risparmio, in azioni ordinarie, rappresentate o meno da titoli, utilizzando i regimi più diversi di circolazione in base alla scelta operata in sede di autonomia statutaria⁵.

Il presente lavoro intende indagare gli strumenti messi a disposizione del socio – di minoranza – dall’ordinamento, valutandone l’efficacia non soltanto riguardo alla posizione di dissenso che esso può assumere rispetto alle scelte organizzative e gestionali che non ha concorso ad assumere e ai rimedi messi a sua disposizione, ma rispetto a particolari diritti e tutele che gli sono riconosciute a prescindere dal dissenso medesimo (si pensi alle clausole di covendita). Circoscriveremo l’analisi alla disciplina delle società per azioni chiuse,

⁵ Non riteniamo di considerare una particolare minoranza quella dei c.d. strumentisti, la cui posizione ibrida tra azionisti ed obbligazionisti non può tuttavia essere pienamente assimilata alla posizione del socio. Per una analisi critica cfr. sul punto: BARCELLONA E., *La separazione tra proprietà e gestione nelle società di capitali, Società, Banche e Crisi d’Impresa*, in *Liber amicorum Pietro Abadessa*, I, 2014, 188, che accentuando la separazione tra proprietà e gestione determinata dalla posizione ibrida dello strumentista, stabilisce che: «In questo contesto il principio di correlazione «rischio»/«potere» viene messo in discussione non tanto a fronte di una ipotetica ammissibilità di titoli che conferiscano un potere amministrativo di controllo (=”grande” control) a fronte di un minimo (=”piccola” ownership), quanto piuttosto a fronte della situazione diametralmente opposta: la ritenuta ammissibilità di strumenti finanziari non-azionari caratterizzati da una disciplina del rischio sostanzialmente analoga a quella azionaria pur in assenza di qualsivoglia potere amministrativo e, soprattutto, la ritenuta ammissibilità di una emissione ad libitum (senza limiti quantitativi) di simili strumenti finanziari disarticola in modo radicale – come è agevole intuire – ogni possibile equilibrio tra «rischio» e «potere». Ed infatti (come abbiamo subito segnalato in esordio) nell’ipotesi in cui siffatti strumenti siano largamente “preponderanti” rispetto al capitale azionario, il titolare delle “residuali” partecipazioni azionarie – caratterizzate dal medesimo grado di rischio ma dotate di pieni poteri amministrativi – acquisirebbe il controllo sull’interno pur restando titolare di un rischio proporzionalmente marginale. Si permetterebbe, per l’appunto, una radicale dissociazione tra «rischio» e «potere».

focalizzando l'analisi sugli strumenti di tutela, rispetto alla fonte (legale, statutaria o negoziale), rispetto alla tipologia (preventivi o successivi), rispetto all'effetto (voice o *exit*), rispetto all'oggetto.

Le scelte operative e organizzative assunte dalla società possono talvolta comportare la modifica del suo regolamento, come approvato all'unanimità in sede costitutiva. Tali modificazioni delle condizioni originarie stabilite dall'atto costitutivo (diversamente dalle decisioni adottate dall'organo gestorio, tendenzialmente inidonee a modificare il regolamento sociale) sono adottate dalla maggioranza dei soci a mezzo di apposita delibera assembleare.

Da qui la questione: il socio che non condivide le scelte della maggioranza ha due possibilità: decidere di dare voce al proprio dissenso impugnando la delibera o utilizzando gli altri strumenti di tutela messi a sua disposizione dall'ordinamento, ovvero uscire dalla società, c.d. *voice and exit*⁶.

L'assemblea manifesta la sua volontà attraverso deliberazioni, ossia atti collegiali unilaterali alla cui formazione concorrono tutti i soci e che sono il risultato di un procedimento complesso, le cui fasi sono scandite dal legislatore.

Il procedimento è elemento fondamentale per l'adozione della deliberazione assembleare. Alla sede contrattuale, dove la validità dell'atto dipende dalla regolare manifestazione della volontà di tutti i contraenti, si contrappone infatti la sede collegiale, retta dal principio maggioritario, dove la volontà è presunta allorquando per l'adozione della delibera siano state rispettate le forme prescritte (ivi incluso il raggiungimento di un determinato *quorum*). Il rispetto del procedimento di formazione della volontà sociale assume valore di garanzia nei confronti del socio che, pur non avendo concorso alla approvazione di quella delibera, è chiamato a conformarsi al volere

⁶ A.O. HIRSCHMAN, *Exit, voice and loyalty*, Harvard, 1970.

espresso dalla maggioranza dei soci, purché siano rispettate le formalità prescritte.

Conseguentemente, la violazione di quel procedimento da parte della maggioranza che ha approvato la delibera, in spregio delle regole previste, legittima la reazione del socio dissenziente, che avrà a disposizione in prima battuta il rimedio impugnatorio.

Dando voce al proprio dissenso, il socio, inteso come minoranza, laddove possieda il numero di azioni minimo richiesto, potrà impugnare la delibera ritenuta lesiva dei propri interessi entro il termine prescritto, agendo per ottenere una tutela inibitoria, ovvero risarcitoria. Vero che, per quanto la delibera sia sempre astrattamente impugnabile, l'esito positivo dell'azione promossa dal socio dipenderà esclusivamente dal ricorrere o meno dei presupposti previsti dalla legge ed elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, quanto meno in termini di annullabilità della delibera. In mancanza di tali requisiti, la azione/reazione del socio a fronte dell'adozione della delibera che non ha concorso ad approvare si tradurrebbe in una azione di disturbo fine a se stessa, che determinerebbe, di contro, un pregiudizio alla società ed eventualmente allo stesso socio.

Accanto al rimedio impugnatorio il socio ha a disposizione ulteriori tutele, che potrà attivare singolarmente o, laddove in possesso di un quota minima di capitale e che rappresentano una reazione a fronte dell'abuso non direttamente perpetrato dalla maggioranza dei soci, quanto piuttosto dall'organo gestorio che ne è la prima espressione. Potrà dunque denunciare le irregolarità della gestione al collegio sindacale o direttamente al tribunale, ricorrendone le condizioni potrà promuovere l'azione di responsabilità contro gli amministratori, ovvero potrà agire in via risarcitoria a fronte di una lesione direttamente cagionata dagli atti colposi o dolosi degli amministratori.

Alternativamente, il socio ha la diversa facoltà di uscire dalla società. Anche qui lo scenario è duplice: il socio potrà alienare la

propria partecipazione, nel rispetto delle regole previste in tema di trasferimento, d'accordo con il terzo acquirente, ovvero potrà esercitare il diritto di recesso nei casi previsti dalla legge o dallo statuto.

L'introduzione della possibilità per il socio di sciogliersi unilateralmente dal rapporto sociale, se in disaccordo con talune decisioni, ovvero al verificarsi di determinate situazioni (ove statutariamente previsto), è andata di pari passo con l'introduzione del principio maggioritario. In altre parole, si è ritenuto necessario accordare al socio una simile tutela laddove sopravvengono modificazioni del regolamento sociale, a cui lo stesso non abbia partecipato e che si ritiene non possano essere imposte da un voto di maggioranza. Ciò giustifica l'introduzione della possibilità per il socio di sciogliersi dal vincolo sociale come reazione all'imposizione della maggioranza, al ricorrere di talune fattispecie tipizzate e a prescindere dalla violazione delle regole procedurali prescritte.

Neppure la scelta del socio di disinvestire è tuttavia scevra da ricadute e non può negarsi che sia puntellata da limiti di varia natura, che trovano fondamento nella valutazione comparatistica di interessi talvolta contrapposti, come quello portato dalla maggioranza dei soci all'approvazione di quella delibera, come l'interesse all'integrità del patrimonio sociale (posto anche a tutela dei creditori), come l'interesse alla salvaguardia del patrimonio investito nell'impresa⁷.

In questa ottica, e pur sempre nel rispetto di tutta una serie di rigidi paletti, il recesso viene considerato come la soluzione al potenziale conflitto tra maggioranza e minoranza. Soluzione dei conflitti endosocietari che opererebbe anche *ex ante*, diversamente da quanto avviene utilizzando la tutela impugnatoria e gli altri rimedi di tipo successivo. La maggioranza, infatti, non può non considerare il

⁷ In questo senso DI LIZIA A., *Il diritto di recesso: Casi legali e convenzionali, modalità di esercizio e di rimborso*, in AA. VV., *La riforma delle società. Aspetti Applicativi*, A. Bartoluzzi (a cura di), Torino, 2004, che richiama la vecchia relazione al codice.

diritto che avrebbe il socio recedente a realizzare il capitale inizialmente investito, con ciò determinando una corrispondente diminuzione delle risorse a disposizione della società. Fattispecie questa che di certo non è assimilabile a ciò che accade in sede di impugnazione di quella stessa delibera che ha legittimato il socio a recedere.

L'impugnazione, così come gli altri rimedi di tipo latamente "giudiziali" può, infatti, sempre determinare, anche laddove infondati, una azione di disturbo dell'attività sociale e costringere la società ad una attività positiva di difesa in giudizio, accentuata dalle lungaggini processuali e dall'ineliminabile alea connessa all'esito del giudizio.

Da qui il mutato interesse verso la figura del recesso, rilegato nella sua formulazione originaria (anteriore alla riforma del 2003) a strumento eccezionale, di cui il legislatore si preoccupava di definire più i limiti che le potenzialità.

Fino all'ultima riforma le ipotesi di recesso erano infatti assai limitate e tassative, accompagnate da meccanismi tecnici idonei a salvaguardare nel miglior modo possibile i diversi interessi coinvolti (ne sono esempio i rigorosi criteri di liquidazione della quota del socio). Era assolutamente escluso che lo statuto potesse prevedere cause di recesso diverse e ulteriori rispetto a quelle legali.

Con la riforma l'attenzione per l'istituto del recesso appare rinnovata, modificando radicalmente lo scenario descritto.

Accanto all'idea tradizionale di recesso quale mezzo estremo di tutela del socio, costretto a sciogliere il vincolo sociale a causa del dissenso verso le scelte della maggioranza che determinano cambiamenti sostanziali delle prospettive di redditività, o delle caratteristiche della partecipazione, o alterazioni profonde delle condizioni di rischio iniziali, se ne affianca una nuova, che vede il

recesso come mezzo a disposizione del socio per disinvestire più facilmente la propria partecipazione⁸.

In quest'ottica, il nuovo istituto del recesso diventa uno strumento utile anche a fini della negoziazione endosocietaria, in quanto la liquidazione della partecipazione del recedente, privando la società di parte del suo patrimonio, può indurre quest'ultima a rimeditare certe decisioni, per impedire al recesso di operare⁹.

Il mutamento di prospettiva cui si è accennato, in uno con la definizione di un recesso più "duttile", grazie alla possibilità di introdurre statutariamente ulteriori ipotesi di *exit*, lo rende uno strumento utile ad assolvere molteplici funzioni.

L'esigenza di agevolare l'utilizzo dello strumento del recesso emerge con chiarezza, come si avrà modo di rappresentare, laddove si consideri la maggiore difficoltà con cui lo stesso socio può ricorrere alle altre tipologie di rimedio successivo a carattere impugnatorio, circostanza quest'ultima che ha dato l'*imput* verso la ricerca di strumenti di tutela alternativi (si pensi alle discussioni sorte circa la configurabilità di una tutela cautelare preassemblerare, vedi *infra*). Ciò è tanto più vero con riferimento alle società chiuse, alle quali, diversamente dalle società quotate e con titoli diffusi, non è applicabile il meccanismo del trasferimento della partecipazione, quale modalità di *exit* privilegiata del socio.

A completare il quadro, l'autonomia statutaria consente al socio di fruire di un set aggiuntivo di tutele che si sostanziano nella

⁸ Si considerino a tale riguardo anche i criteri per la determinazione del valore della partecipazione del socio recedente, che la riforma ha modificato nel senso di accentuare la salvaguardia degli interessi patrimoniali del socio, a alle modalità tecniche di rimborso che mirano a preservare il capitale sociale.

⁹ In questo senso la *Circolare Assonime* n. 68 del 22 dicembre 2005, che precisa come l'ipotesi non sia totalmente avulsa da rischi per il socio nel caso in cui la società si trovi costretta a deliberare il proprio scioglimento e, di conseguenza, il recedente, in presenza di una procedura di liquidazione, non potrebbe più ottenere una liquidazione separata della sua partecipazione.

attribuzione, tramite il loro inserimento all'interno dello statuto, di diritti ulteriori rispetto a quelli riconosciutigli in via generale dall'ordinamento e che gli consentono di valorizzare la propria partecipazione non soltanto in termini di *voice* (si pensi ad un diritto di veto su particolari argomenti) ma di realizzo del valore della partecipazione in caso di *exit* dovuto anche a circostanze diverse rispetto all'esercizio del diritto di recesso (si pensi alle ipotesi di covendita). La tutela è reale se tali previsioni sono inserite all'interno dello statuto, rimane obbligatoria se relegata all'ambito parasociale.

Ciò premesso, il presente lavoro intende analizzare specificamente i singoli istituti di tutela del socio di minoranza nelle società per azioni chiuse, con un occhio di riguardo a quelle situazioni che possono rilevarsi abusive.

In quest'ottica, il primo capitolo analizza le tutele di tipo legale riconosciute al socio nel procedimento di adozione della delibera assembleare, ponendo l'accento su quelle regole procedurali che fungono da garanzia alla correttezza del procedimento di formazione della volontà sociale, intesa come volontà della maggioranza, nei confronti del socio in disaccordo e che si sostanziano nel diritto di informazione preventiva, di monitoraggio, di intervento e di voto. Alla violazione di tali norme corrisponde, quale contrappeso, il diritto di impugnativa delle delibere assembleari da parte dei soci di minoranza. A tale istituto è dedicata parte del secondo capitolo, che ne precisa ed evidenzia i presupposti e le limitazioni, per poi analizzare i rimedi più latamente impugnatori, ovvero la denuncia (al tribunale o al collegio sindacale), l'azione di responsabilità, nonché l'azione di danno contro gli amministratori.

Nel terzo capitolo si analizzerà l'istituto del recesso, sia esso di fonte legale, statutaria o negoziale, inteso come rimedio del tutto peculiare a fronte del dissenso espresso rispetto a talune situazioni considerate dal legislatore tanto significative da essere ritenute

meritevoli di tutela a prescindere dalla scorrettezza del comportamento della maggioranza.

Infine, passeremo in rassegna le tutele di tipo negoziale, idonee a determinare una variazione nell'assetto delle tutele riconosciute al socio, la cui azionabilità può rimanere di tipo obbligatorio ovvero reale, a seconda che le relative previsioni vengano o meno introdotte all'interno dello statuto.

In conclusione, i passaggi del presente lavoro intendono confrontarsi, in chiave sistematica, con la disciplina del dissenso del socio in buona fede ed approfondire le problematiche connesse all'adozione del principio maggioritario e i suoi limiti, senza trascurare il rischio che degli istituti analizzati possa essere fatto un uso distorto se non addirittura abusivo e che tali strumenti, per quanto astrattamente azionabili, non sortiscano nella pratica l'effetto sperato.

Capitolo Primo

LA TUTELA LEGALE: IL MONITORAGGIO, L'INTERVENTO, LA COLLEGIALITA' E IL VOTO

SOMMARIO: 1. Il diritto all'informazione preventiva – 2. L'esercizio del diritto di controllo del socio – 3. Le materie di competenza dell'assemblea e la richiesta di convocazione da parte della minoranza – 4. Le autorizzazioni assembleari – 5. La riunione dei soci – 5.1. Derogabilità dei *quorum* avverso principio maggioritario – 5.2. La richiesta di rinvio dell'assemblea ad opera della minoranza – 5.3. L'assemblea totalitaria e il diritto di opposizione alla discussione – 6. Le tutele legali. Uno sguardo di insieme.

1. Il diritto all'informazione preventiva

All'interno del complesso *set* di tutele che il nostro ordinamento appronta al servizio del socio della società per azioni chiuse, il primo, ma non per questo meno importante, è il diritto ad essere informato preventivamente circa taluni “eventi” sociali che possano in qualche modo influire sulla propria posizione.

In effetti, il nostro ordinamento non contiene una norma programmatica e generale che disciplini il diritto di informazione del socio, ma stabilisce, con una serie di prescrizioni specifiche, i casi in cui egli abbia il diritto di essere preventivamente informato circa taluni degli avvenimenti correlati alla propria posizione e che su di essa possano influire.

Si tratta di un potere attribuito a soggetti determinati che, in virtù del contratto sociale tra la società e il socio della stessa, hanno il diritto di chiedere e ottenere notizie e informazioni interne all'organismo societario e non conoscibili da terzi estranei alla compagine¹⁰. Le norme

¹⁰ Da qui la distinzione tra informazione e pubblicità per circoscrivere correttamente il perimetro del diritto di informazione del socio. Essendo le società di capitali, di cui la società per azioni fa parte, soggette al regime di pubblicità legale presso il registro delle imprese, tutti gli eventi della vita sociale di interesse generale vengono pubblicati e divengono di dominio pubblico per chiunque voglia consultarli. Diversamente, il diritto di informazione si configura come diritto di venire a conoscenza di una serie di dati e informazioni che non sono soggetti al regime di pubblicità presso il registro delle imprese (o lo sono solo in un momento successivo, in cui le tutele preventive lasciano

che prevedono tali diritti presuppongono che la conoscenza dell'informazione sia essenziale per l'azionista che, solo grazie ad esso, potrà esercitare gli altri diritti a lui espressamente attribuiti da altre norme di legge e che presuppongono, a loro volta, la piena contezza della situazione sociale.

Ad esempio, prima ancora del sorgere del diritto ad impugnare la delibera (che nell'immaginario comune sembra essere diventato, talvolta non senza suscitare qualche perplessità in punto di attuabilità, come verrà spiegato nel proseguo, il rimedio principe per far fronte ad ogni abuso) il socio ha diritto, *uti singuli*, di essere informato circa la circostanza che quella delibera stia effettivamente per essere adottata, chiedendo eventualmente chiarimenti, talvolta attraverso la presa visione dei documenti ad essa correlati presso la sede sociale¹¹.

Il socio viene messo così nella condizione di esercitare in modo informato e dunque consapevole gli altri diritti, non solo di natura amministrativa, ma anche patrimoniale, che gli sono espressamente attribuiti dalla legge: si pensi non solo al diritto di voto in assemblea, ma all'esercizio del diritto di recesso, alla votazione in merito alla approvazione del bilancio e alla conseguente distribuzione degli utili. Ancora prima, i soggetti che sono tenuti ad adempiere al dovere di informazione potrebbero apparire sensibilizzati a mantenere una condotta regolare, sapendo che il socio realmente interessato alla gestione sociale sfrutta il diritto all'informazione preventiva che l'ordinamento gli riconosce rispetto a quella determinata informazione, prodromica ad una adottanda azione da parte di quello stesso organo o

il posto a rimedi di altra natura: si pensi all'esame del progetto di bilancio, che solo i soci possono consultare, e al bilancio una volta approvato, oggetto di pubblicazione presso il registro delle imprese per chiunque voglia consultarlo), ma che il socio, per esigenze di tutela della propria posizione rispetto alla società, ha parimenti diritto di conoscere.

¹¹ Per una disamina circa le forme di "autotutela" contrapposte a quelle di "eterotutela" prescritte dalla legge, quali gli obblighi di pubblicità legale-commerciale prescritti per le società per azioni cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, 14, Bologna, 2004, 346.

della stessa assemblea. Si tratta di una delle tutele che il legislatore, anche se non in via generalizzata (probabilmente nell'ottica di non appesantire gli adempimenti dell'organo gestorio, che ne risulterebbe di converso rallentato), riconosce al socio singolarmente.

La dottrina e la giurisprudenza più copiosa sul punto riguarda l'avviso di convocazione, ovvero quello strumento che consente al socio di partecipare all'assemblea in modo consapevole, essendo venuto preventivamente a conoscenza del giorno, dell'ora, del luogo dell'adunanza e dell'elenco delle materie da trattare nel corso della riunione. La prescrizione mira, in primo luogo, a rendere edotti i soci degli argomenti che saranno affrontati, in modo da consentire loro di scegliere se partecipare o meno all'assemblea e, in caso positivo, di prendervi parte con la necessaria preparazione.

È lo strumento che fissa, dunque, la competenza dell'assemblea, con la conseguenza che le deliberazioni assunte su argomenti in esso non compresi saranno annullabili, salvo che non si tratti di assemblea totalitaria.

Le formalità previste per la comunicazione dell'avviso al socio, così come il contenuto minimo dell'ordine del giorno, sono rilevanti anche sotto il diverso profilo della invalidità dell'avviso che, non si considera mancante se possiede in ogni caso l'idoneità a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere informati circa la convocazione e la data dell'assemblea¹².

Nel silenzio della legge, la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che l'elenco delle materie da trattare abbia la duplice funzione di «rendere edotti i soci in merito agli argomenti sui quali gli stessi

¹² Da qui l'importanza di delineare, non solo la provenienza, ma il grado di specificità dell'avviso, le informazioni che deve contenere, l'idoneità ad essere conosciuto dal socio, in quanto la mancanza potrebbe rilevare come invalidità della successiva delibera, sotto il profilo della nullità o della annullabilità a seconda del caso e legittimare il socio all'impugnazione.

dovranno deliberare per consentire la loro partecipazione all'assemblea con la necessaria preparazione ed informazione e di evitare che sia sorpresa la buona fede degli assenti a seguito di deliberazione su materie non incluse nell'ordine del giorno»¹³. Non viene dunque richiesta un'indicazione particolareggiata delle materie da trattare, ma sintetica, purché chiara e non ambigua, specifica e non generica, idonea a consentire la discussione e l'adozione da parte dell'assemblea dei soci, anche delle eventuali deliberazioni consequenziali ed accessorie¹⁴, la cui delineazione non può tuttavia prescindere da un esame caso per caso della fattispecie¹⁵.

Emerge, dall'interpretazione della giurisprudenza¹⁶ e degli orientamenti notarili in materia, una particolare attenzione al principio

¹³ Cass. civ. Sez. II, 19-07-2016, n. 14766, Massima Redazionale 2016 che si esprime conformemente all'orientamento pre-riforma. Cfr. altresì Cass. 16 marzo 1990, n. 2198, in *Società*, 1990, 1044.

¹⁴ Cass. civ., Sez. I, 27/06/2006, n. 14814, in *Società*, 2006, 11, 1382, ha statuito nel senso che l'ordine del giorno recante la dizione generica «adozione del nuovo statuto sociale» sia legittimo, in quanto, dall'art. 2366 c.c. «non deriva che nell'ordine del giorno siano preventivamente indicate, in dettaglio, le modifiche delle regole statutarie su cui deliberare, tenuto anche conto, da un lato, che le voci di ampio contenuto, e tuttavia chiare nella loro reale finalità, non suscitano equivoci nel lettore e che, sotto altro profilo, il cambiamento effettivo delle clausole statutarie può anche essere il risultato del dibattito e dell'esame assembleare».

¹⁵ Tribunale Reggio Emilia, 2 dicembre 2005, in *Società*, 2006, 10, 1257. statuiva ad esempio sulla legittimità di un ordine del giorno che si limitava a menzionare il mero adeguamento dello statuto sociale alla riforma del diritto societario, laddove le modifiche approvate dalla assemblea dei soci si erano, nella pratica, tradotte in una completa rielaborazione dello statuto, poiché la bozza del nuovo statuto era stata oggetto di un approfondito esame da parte degli organi sociali ed era, in effetti, stata portata a conoscenza dei soci.

¹⁶ Cfr. Cassazione Civile, sez. I, 5 novembre 2004, n. 21232, in *Società*, 2005, 3, 338, laddove la Corte di Legittimità, nell'affermare che «L'assemblea può sempre deliberare sulle questioni connesse, consequenziali o accessorie, anche quando attengano ad argomenti non indicati specificamente nelle "materie" da trattare», ha escluso che l'indicazione, all'interno dell'ordine del giorno "esame della situazione aziendale; provvedimenti conseguenti", sulla base della quale l'assemblea avrebbe dovuto deliberare il conferimento di mandato agli amministratori per l'esercizio di azioni risarcitorie, fosse sufficientemente chiara e neppure idonea a rendere edotti i soci circa la reale portata dell'indicazione. Probabilmente, da una lettura dell'elencazione contenuta all'ordine del giorno, si evincerebbe come la dizione "provvedimenti conseguenti" potrebbe fare immaginare il plausibile esperimento di azioni risarcitorie verso terzi, che si potevano eventualmente rendere opportune proprio a seguito della

di chiarezza¹⁷, funzionale a rendere edotto il socio, circa la reale portata dell'avviso, anche in carenza di disposizioni specifiche in tale senso, optando per una impostazione di tipo sostanzialista più che formalista¹⁸ che ha escluso la configurabilità di delibere implicite¹⁹, così come ha ritenuto non necessaria la specifica indicazione nell'avviso di deliberazioni che verranno adottate su questioni meramente operative inerenti le modalità di svolgimento della riunione, come, ad esempio, la nomina del presidente dell'assemblea, la determinazione della durata degli interventi o il sistema di votazione²⁰.

Ancora, lo stesso principio di chiarezza, in quanto funzionale al diritto di informazione del socio, lo si ritrova in tema di redazione (e successiva approvazione) del bilancio di esercizio, lo strumento idoneo

precedente analisi della situazione aziendale. Nel caso di specie, probabilmente, la Corte è risultata anche particolarmente sensibile alla questione prospettata, in quanto l'azione di responsabilità doveva essere promossa proprio contro uno dei soci della società deliberante, presente in assemblea ma escluso dalla votazione, in quanto ritenuto in conflitto di interessi.

¹⁷ Comitato Interregionale dei Consigli Notarili del Triveneto massima H.B.19 (legittimazione dell'assemblea ad adottare delibere consequenziali od accessorie a quelle all'ordine del giorno - 1° pubbl. 9/06), in <http://www.notaitriveneto.it/>, secondo cui: «Ad esempio sono da considerarsi consequenziali od accessorie: - la delibera di distribuzione degli utili e/o di destinazione a riserva dei medesimi, adottata in sede di approvazione del bilancio; - la delibera di nomina dei liquidatori, adottata in sede di decisione di anticipato scioglimento».

¹⁸ Diversamente dalla giurisprudenza più datata, che riteneva la voce "*varie ed eventuali*" non idonea a legittimare alcuna deliberazione, salvo che non si trattasse di mere comunicazioni ai soci. Cfr. App. Torino 28 gennaio 1946, cit.

¹⁹ Cass. civ., Sez. Unite, 29/08/2008, n. 21933, in *Società*, 2009, 1, 28. Per quanto di interesse, la Suprema Corte si è trovata ad affrontare la questione della possibilità che la delibera di approvazione del bilancio di società per azioni, contenente la voce "compensi degli amministratori", valga come implicita deliberazione ai sensi dell'art. 2389 c.c., nonché la questione della configurabilità stessa delle delibere implicite. Conformi cfr. Cass. civ. Sez. VI - 5 Ordinanza, 08-06-2016, n. 11779, Massima Redazionale, 2016, Cass. civ. Sez. V, 04-09-2013, n. 20265, in *Fisco*, 2013, 35, 5441; Cass. civ. Sez. II, 27-10-2014, n. 22761, CED Cassazione, 2014; Cass. civ. Sez. V, 19-07-2013, n. 17673, CED Cassazione, 2013; Cass. civ. Sez. I, 20-12-2005, n. 28243, in *Società*, 2006, 4, 447.

²⁰ Si tratta di questioni che non richiedono una particolare informazione nei confronti del socio e che tuttavia, non si può fare a meno di adottare per garantire il normale svolgimento della seduta. Cfr. Comitato Interregionale dei Consigli Notarili del Triveneto massima H.B.18 - (non necessità dell'indicazione nell'ordine del giorno delle delibere inerenti lo svolgimento della riunione - 1° pubbl. 9/06), in <http://www.notaitriveneto.it/>.

a consentire a tutti i soci – nonché ai terzi – di essere resi edotti circa la reale situazione economica e finanziaria in cui versa la società. Proprio in materia di bilancio, l'art. 2429, comma 4, c.c. consente ai soci di prendere visione del progetto di bilancio e delle relazioni degli amministratori, dei sindaci e del soggetto incaricato al controllo contabile, depositati nei quindici giorni che precedono l'assemblea di approvazione e l'art. 2423, comma 3, c.c., stabilisce l'obbligo, a carico dell'organo amministrativo, di fornire informazioni complementari per chiarire, in caso di dubbio, quelle richieste da specifiche disposizioni di legge.

Le norme che prevedono il diritto di informazione preventiva del socio non si fermano a quelle da fornirsi in via prodromica rispetto alla delibera assembleare (si pensi alla delibera di approvazione del bilancio), ma si tratta di specifici obblighi previsti a fronte di eventi particolari in ogni fase della vita sociale: in punto di conferimenti, l'art. 2343 bis, comma 3, c.c. che, in caso di acquisti potenzialmente pericolosi, consente ai soci di prendere visione della relazione giurata, redatta dall'esperto, depositata presso la sede sociale nei quindici giorni che precedono l'assemblea, ovvero l'art. 2433 bis, comma 6, c.c. che, nel caso di distribuzione di acconti sui dividendi consente ai soci di prendere visione, sino all'approvazione del bilancio, del prospetto contabile, della relazione degli amministratori e del parere del soggetto incaricato del controllo, depositati presso la sede sociale; l'art. 2441, comma 8, c.c. che, in caso di aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione, consente ai soci di prendere visione del parere del collegio sindacale e della relazione dell'esperto, depositati presso la sede sociale durante i quindici giorni che precedono l'assemblea. Parallelamente, l'art. 2446, comma 1, c.c. prevede il deposito della relazione degli amministratori con le osservazioni del collegio sindacale (o del comitato per il controllo sulla gestione nel sistema dualistico) in caso di perdite di oltre un terzo durante gli otto

giorni che precedono l'assemblea, affinché i soci possano prenderne visione e l'art. 2501 *septies*, c.c. stabilisce l'obbligo del deposito dei documenti richiesti dagli art. 2501 *ter* e ss. c.c. presso la sede sociale affinché i soci possano prenderne visione e ottenerne copia.

Sono tutte norme che prevedono il diritto del socio di essere informato su fatti rilevanti nella gestione ordinaria o straordinaria che sia, non prevedendo a carico del socio, alcun diritto ulteriore, esclusa anche la facoltà di ottenere copia dei documenti depositati²¹ (vedi *infra*). Non possiamo tuttavia esimerci dal rilevare come il diritto all'informazione preventiva attribuito al socio, sia in effetti la prima tutela che lo stesso può utilizzare e lo strumento necessario affinché lo stesso possa effettivamente avvalersi con cognizione degli altri strumenti che l'ordinamento gli attribuisce, singolarmente o laddove in possesso di una partecipazione qualificata. In una struttura in cui la gestione è separata dalla proprietà, l'implementazione delle tutele preventive di tipo informativo, appare uno strumento non soltanto utile, ma essenziale anche in una ottica di sensibilizzazione alla gestione di una società regolare, consentendo di ridurre, ove lo strumento avesse una portata più ampia o comunque un ambito di azionabilità maggiore, le questioni relative a controversie attinenti alle fasi patologiche della gestione, che in questo modo potrebbero essere ridotte in modo sensibile. Il bilanciamento tra il diritto di informazione e l'autonomia gestoria dell'organo amministrativo (anche in termini di aggravio negli adempimenti preliminari che tendono immancabilmente a zavorrare

²¹ Ciò diversamente da quanto avviene per le società quotate, per le quali, l'art. 130, d.lgs 58/1998 che prevede il diritto dei soci di prendere visione di tutti gli atti depositati presso la sede sociale per assemblee già convocate e di ottenere copia a proprie spese. Il diritto di informazione dei soci, in mancanza di una norma che ne generalizzi l'utilizzo, non viene dunque ampliato neppure nelle società quotate, arricchendosi unicamente della facoltà di estrarre copia di quegli stessi documenti che sono oggetto di specifico obbligo di *disclosure* nella società per azioni chiusa e che gli amministratori ritengono discrezionalmente di dover depositare presso la sede sociale in aggiunta a quelli previsti dalla legge, in ossequio al noto principio di chiarezza.

l'attività dell'organo), anche in questa ottica non è sempre semplice o immediato.

2. *L'esercizio del diritto di controllo del socio*

È un esempio della scelta di bilanciamento tra le varie posizioni il diritto di controllo attribuito al socio.

Nella società per azioni chiusa, solo l'art. 2422 c.c. lo attribuisce al socio (*uti singuli*) con riferimento al libro soci e al libro delle adunanze e delle deliberazioni assembleari, di cui non solo è consentito l'esame ma altresì la possibilità per il socio di ottenere estratti a proprie spese²². Si tratta di un diritto volto a soddisfare l'interesse individuale del socio alla conoscenza di fatti societari diversi dalle vicende meramente gestionali²³.

Lo schema abbastanza scarno – soprattutto se raffrontato con i poteri di controllo che spettano ai soci non amministratori nelle società a responsabilità limitata – è probabilmente dovuto alla circostanza che nelle società per azioni è prevista la presenza obbligatoria del collegio

²² Secondo Tribunale Crema, 22-02-1990, in *Banca Borsa*, 1991, II, 664: «L'art. 2422 c. c. attribuisce a ciascun socio di società per azioni, di società a responsabilità limitata e di società cooperativa il diritto di ispezionare il libro soci e il libro delle adunanze e delle deliberazioni assembleari e di ottenerne estratti; rientra nell'ambito di tale diritto la facoltà del socio di prendere appunti, e con successive richieste di estratti, di avere copia dell'intero libro soci o delle adunanze e deliberazioni assembleari». Secondo la giurisprudenza di legittimità, «Il diritto di ispezione dei libri sociali, previsto dall'art. 2422 c.c., si estende anche alle deleghe rilasciate per l'esercizio del diritto di voto, in funzione della tutela degli interessi del rappresentato. Ed infatti, ove la partecipazione dei soci sia stata indiretta, la verifica della validità delle deliberazioni assembleari, che si attua attraverso l'esame dell'elenco nominativo dei partecipanti, elemento essenziale della verbalizzazione prescritta dall'art. 2375 c.c., in quanto fonte primaria di prova della composizione dell'assemblea, non può prescindere dall'esame delle deleghe di cui si tratta, avuto riguardo al carattere incompleto dell'elenco degli intervenuti, privo di indicazioni circa i contenuti e le modalità di rilascio della procura» (Cass. civ. Sez. I, 20-06-2000, n. 8370, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, f. 23, 99).

²³ Si tratterebbe di un vero e proprio potere che la legge attribuisce al socio a tutela del suo personale interesse, che assume pertanto la natura giuridica di un vero e proprio diritto, non disponibile dalla maggioranza assembleare e suscettibile di diretta tutela giudiziale, ove si ritenga violato (COLOMBO G.E., *I libri sociali*, in *Tratt. Colombo, Portale*, VII, Torino, 1994, 13).

sindacale, cui possono essere segnalate le irregolarità nella gestione compiute dall'organo amministrativo. Rimane tuttavia uno degli strumenti nelle mani del socio, singolarmente, volta ad informarlo e a porlo nelle condizioni di esercitare consapevolmente i diversi diritti, amministrativi o patrimoniali, attribuitigli dalla legge²⁴.

Passando più specificamente al contenuto del diritto di consultazione del libro soci e del libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea, esso deve essere esercitato nei locali della sede sociale, quale luogo in cui risiedono l'organo amministrativo e gli uffici direttivi della società²⁵. L'ispezione del libro soci consente all'azionista di venire a conoscenza dell'identità degli altri soci, dei versamenti effettuati, dei trasferimenti e dei vincoli, laddove l'esame del libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea gli consente di venire in contatto con gli altri soci che dovessero eventualmente risultare interessati, per porre in essere tutte quelle azioni per le quali è richiesto un *quorum* minimo (richiesta di convocazione dell'assemblea, impugnazione delle deliberazioni assembleari, denuncia al tribunale di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori)²⁶.

Si tratta di diritto che spetta al socio singolarmente, delegabile²⁷ e che, attraverso successive richieste ed estratti, può portare il socio ad ottenere copia dell'intero libro ispezionato²⁸, potendo riguardare

²⁴ Non manca chi configura il diritto d'ispezione come strumento d'informazione residuale, si tratta di un potere "affievolito", in un sistema di maggiore disclosure favorito dalla riforma societaria stessa (cfr. sul punto MANGANO R., *sub artt. 2421-2422*, in *Comm. Niccolini, Stagno D'Alcontres*, II, Napoli, 2004, 982).

²⁵ In tema, BALZARINI P., *sub art. 2422*, in *Comm. Bonfante, Corapi, Marziale, Rordorf, Salafia*, Milano, 2004.

²⁶ Cfr. sul punto GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, 14, Bologna, 2004, 345.

²⁷ COLOMBO G. E., *I libri sociali*, in *Tratt. Colombo, Portale*, VII, Torino, 1994, 13.

²⁸ Cfr. Tribunale Crema, 22-02-1990, in *Banca Borsa*, 1991, II, 664, secondo cui «L'art. 2422 c. c. attribuisce a ciascun socio di società per azioni, di società a responsabilità limitata e di società cooperativa il diritto di ispezionare il libro soci e il libro delle adunanze e delle deliberazioni assembleari e di ottenerne estratti; rientra nell'ambito di

l'intero contenuto del libro dei soci e del libro delle assemblee, così come ogni documento o comunicazione ivi trascrivibile, o documento acquisito dalla società che sia stato esaminato in assemblea²⁹.

Altra questione è se sia configurabile o meno un diritto di ispezione (e quindi controllo) a favore dei soci alla stregua della previsione contenuta all'art. 2388, comma 4, c.c., che attribuisce ai soci la possibilità di impugnare le deliberazioni del consiglio di amministrazione che risultino lesive dei propri diritti³⁰, attribuendo all'attore nel giudizio di impugnazione, il potere di chiedere la sospensione di efficacia della deliberazione ai sensi dell'art. 2378 c.c., richiamato. Si tratta di una norma che, per quanto prevista in tema di società per azioni, risulta, per il rilievo sistematico che assume, di applicazione generalizzata anche alle società a responsabilità limitata³¹.

tale diritto la facoltà del socio di prendere appunti, e con successive richieste di estratti, di avere copia dell'intero libro soci o delle adunanze e deliberazioni assembleari».

²⁹ Sul punto ancora GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, 14, Bologna, 2004, 349. Diversamente altra parte della dottrina, considera il termine "estratto" nella sua accezione più ristretta, accentuando il dato letterale, diverso dal più ampio termine "copia" elaborato dalla interpretazione giurisprudenziale. Secondo questa interpretazione l'art. 2422, deve essere letto assieme all'art. 2435, ultimo comma, dal cui combinato disposto emergerebbe che, avendo il socio la possibilità di ottenere entro 30 giorni dalla approvazione del bilancio la situazione dei soci al termine dell'anno e le modificazioni rilevanti, l'art. 2422 consentirebbe al socio di pretendere, nel corso d'anno, solo estratti (cfr. sul punto COLOMBO G. E., *I libri sociali*, in *Tratt. Colombo, Portale*, VII, Torino, 1994, 16).

³⁰ Già prima della riforma una parte della giurisprudenza riconosceva l'impugnabilità generalizzata delle delibere consiliari, poi consacrata in via definitiva con l'art. 2388 c.c., Cfr. sul punto Trib. Roma 18 marzo 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 592.

³¹ Nella società a responsabilità limitata, la riforma ha previsto l'autonoma impugnabilità da parte degli amministratori assenti o dissenzienti e del collegio sindacale, ai sensi dell'art. 2475 ter, comma 2, c.c. delle delibere consiliari assunte con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi con la società. Con riferimento invece alla posizione dei soci, la dottrina e la giurisprudenza ritengono che l'art. 2388 c.c. sia espressione di un principio generale di impugnabilità delle delibere societarie (siano esse consiliari che assembleari), da parte di amministratori, collegio sindacale e soci e, in quanto tale, estendibile anche alle società a responsabilità limitata. Ciò altro non sarebbe se non una corretta trasposizione della direttiva e della legge delega (legge n. 1366/2001, art. 3) che affida al socio di società a responsabilità limitata un ruolo centrale, che sarebbe altrimenti contraddetto laddove si negasse la possibilità di impugnare le delibere consiliari. Cfr. sul punto Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese, 05-03-2015, in *Società*, 2015, 6, secondo cui «L'art. 2388 c.c. contiene un

Le decisioni dei soci, lesive dei propri diritti, possono essere impugnate ai sensi degli articoli 2377 e 2378 c.c. (ovvero applicando le norme che regolano il procedimento di impugnazione delle delibere assembleari per nullità e che verranno esaminate nel proseguo), in quanto compatibili³².

Proprio con riferimento alle impugnazioni delle delibere consiliari, è stato rilevato, la previsione del diritto di impugnazione non può non presupporre, includendolo, anche il diritto di ispezionare, ove necessario, il libro delle adunanze e deliberazioni dell'organo gestorio, ottenendone eventualmente copie ai sensi dell'art. 2422 c.c., anche se all'interno di tale ultima norma non se ne faccia menzione.

Ciò in quanto la previsione di cui all'art. 2388 c.c. citata, diverrebbe inattuabile se non si concedesse tale diritto di ispezione-estrazione del verbale che il socio intende impugnare perché ritenuto lesivo³³. Tale impostazione risulta confermata dal richiamo operato agli

principio generale di sindacabilità - ad iniziativa degli amministratori assenti o dissenzienti ovvero dei soci i cui interessi siano stati direttamente incisi - che si realizza mediante applicazione delle regole contenute nell'art. 2377 c.c., a sua volta espressivo di un principio generale di sindacabilità delle deliberazioni di tutti gli organi sociali per contrarietà alla legge o all'atto costitutivo, in conformità ad un orientamento giurisprudenziale che, nonostante la letterale limitazione dell'impugnabilità delle delibere del consiglio di amministrazione, sia della S.p.A. sia della s.r.l., viziate dal voto determinante di amministratori versanti in conflitto di interesse, ne ha fatto applicazione superando la predetta limitazione» e la nota esplicativa di SALAFIA V., *Impugnabilità delle Delibere del Consiglio di Amministrazione - Il Commento*, in *Società*, 2015, 6, 665.

³² Il mancato richiamo all'art. 2379 c.c., in tema di nullità delle delibere assembleari, farebbe propendere per la mancata applicazione della norma all'impugnazione delle delibere consiliari. Ciò si spiegherebbe con la circostanza che a fronte dell'inerzia da parte degli amministratori assenti o dissenzienti rispetto alle delibere irregolarmente approvate dalla maggioranza dei componenti del consiglio e di inerzia anche da parte del collegio sindacale, ai soci rimane sempre la possibilità di azionare il rimedio della denuncia al Tribunale a norma dell'art. 2409 c.c., rimedio applicabile, tra l'altro, anche alle società a responsabilità limitata tenute all'istituzione del collegio sindacale. Cfr. sul punto SALAFIA V., *Impugnabilità delle Delibere del Consiglio di Amministrazione - Il Commento*, in *Società*, 2015, 6, 665 e per l'applicazione dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. Trib. Milano 26 marzo 2010, in *Società*, 2010, 820.

³³ La situazione lesiva cui fa riferimento l'art. 2388 c.c., non presuppone necessariamente la sussistenza di un danno patrimoniale, essendo sufficiente dimostrare che la delibera consiliare ha, per oggetto o per effetto, una modificazione in negativo

artt. 2377 e 2378 c.c., in tema, rispettivamente, di «annullabilità delle deliberazioni» (dell'assemblea) e di relativo «procedimento d'impugnazione», ritenuti applicabili ove compatibili³⁴. Pertanto, il diritto di controllo e di ispezione del socio, può essere ampliato includendo anche la fattispecie delineata, estendendo significativamente il suo raggio di tutela poiché, nel caso di delibere consiliari, il socio, *uti singuli*, effettua un controllo su materie di competenza dell'organo gestorio che gli sarebbero diversamente precluse, se pur, ricordiamolo, nei limiti della lesione di un proprio interesse (sul punto e in particolare sui *quorum* richiesti per impugnare la delibera assembleare vedi più approfonditamente *infra*).

Ciò similmente, per quanto in maniera molto limitata, rispetto al diritto di informazione e controllo previsto nelle s.r.l., laddove, ai sensi dell'art. 2476 c.c., i soci che non partecipano all'amministrazione hanno il diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione³⁵.

3. *Le materie di competenza dell'assemblea e la richiesta di convocazione da parte della minoranza*

L'art. 2364 c.c. prevede la competenza dell'assemblea ordinaria, nelle società che adottano il sistema tradizionale, per: 1) l'approvazione

dei diritti del socio o della loro azionabilità, non soltanto una vera e propria soppressione del diritto. Cfr. sul punto GUERRIERI P., *sub art. 2388*, in Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, 741.

³⁴ Per il libro del consiglio di amministrazione il diritto di ispezione deve essere temperato con i limiti che la riservatezza impone, contenendo il libro delle deliberazioni del consiglio informazioni particolarmente sensibile nei confronti dei terzi.

³⁵ Secondo la dottrina si tratta di un diritto incompressibile e non eliminabile per mano dello statuto, di tal che sarebbe nulla ogni clausola che lo escluda o ne subordini l'esercizio a particolari condizioni. Cfr. in questo senso BENAZZO P., *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Società*, 2004, 814 e CAGNASSO O., *La società a responsabilità limitata*, in Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, V, Padova, 2007, 253.

del bilancio; 2) la nomina e la revoca degli amministratori, dei sindaci e del presidente del collegio sindacale, del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale, ove previsto; 3) la determinazione del compenso degli amministratori e dei sindaci (se non è stato predeterminato nello statuto); 4) la delibera circa l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci; 5) gli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea e le autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori; 6) l'eventuale approvazione del regolamento dei lavori assembleari.

Ulteriori competenze dell'assemblea ordinaria sono desumibili da altre disposizioni di legge, quali, a mero titolo esemplificativo: i) per gli acquisti «pericolosi» (ai sensi dell'art. 2343 bis, comma 1, c.c.); ii) per l'acquisto di azioni proprie (ai sensi dell'art. 2357, comma 2, c.c.); iii) per l'acquisto di azioni della società controllante (art. 2359 bis, comma 2, c.c.); iv) per la rinuncia e transazione in ordine all'azione di responsabilità nei confronti dei componenti gli organi sociali (art. 2393, comma 5, c.c.; art. 2407, comma 3, c.c.); v) per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti del revisore contabile e relative rinuncia e transazione (art. 2409 *sexies* c.c.); vi) per l'approvazione del bilancio di esercizio e distribuzione degli utili (art. 2433, comma 1, c.c.); vii) per l'acquisto delle azioni del socio receduto (art. 2437 quater, comma 5, c.c.)³⁶.

L'assemblea straordinaria, ai sensi dell'art. 2365 c.c., delibera invece sulle modificazioni dello statuto, sulla nomina, sulla sostituzione e sui poteri dei liquidatori. Si tratta di un numero limitato di materie che, tuttavia, appaiono fondamentali per la vita sociale³⁷.

³⁶ LIBONATI B., *Assemblea e patti parasociali*, in *RDCo*, 2002, 470.

³⁷ La riforma ha rimodulato il riparto di competenze tra gli organi sociali, nell'ottica di trasferire all'organo amministrativo le competenze dell'assemblea straordinaria, se non

L'assemblea, ordinaria o straordinaria³⁸, a seconda delle materie, ha altresì una competenza residuale: essa delibera su tutti gli argomenti per i quali altre disposizioni richiedono l'intervento dei soci³⁹.

Risulta ancora aperta la questione del riconoscimento ai soci di competenze non scritte, conformemente a quanto avviene sulla scorta della esperienza europea; infatti nel nostro Paese la forte erosione subita dalla competenza dell'assemblea della società per azioni a favore della competenza amministrativa ne escluderebbe la configurabilità, diversamente da quanto avviene in altri Paesi europei; ciò nonostante, parte della dottrina continua a ritenere che la competenza dell'assemblea, quale primo organo sovrano della società, non possa essere limitata alle materie espressamente attribuitele, escludendo in via di principio tutti i poteri gestori⁴⁰.

riguardano interessi fondamentali dei soci, di attribuire all'autonomia statutaria la possibilità di derogare alle competenze della stessa assemblea straordinaria, di rimuovere i limiti al potere di delega da parte dell'organo. Cfr. sul punto ABBADESSA P., *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Gco*, 2004, 3, suppl., *Contributo alla riforma delle società di capitali*, 548.

³⁸ Ad esempio l'art. 2349 c.c. attribuisce all'assemblea straordinaria la competenza ad assegnare strumenti finanziari diversi dalle azioni a favore di dipendenti di società o di società controllate, l'art. 2358 c.c. la competenza ad autorizzare gli amministratori ad accordare prestiti o fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie e a disporre delle stesse (in deroga all'art. 2357 *ter* c.c.), l'art. 2420 *bis* c.c. la competenza all'emissione di obbligazioni convertibili, l'art. 2487 *ter* la revoca dello stato di liquidazione.

³⁹ Le competenze dell'assemblea ordinaria sono molto più ridotte nel sistema dualistico (esempio emblematico è la sottrazione all'assemblea della nomina dei membri del consiglio di gestione e dell'approvazione del bilancio di esercizio e la mancata riproduzione, nell'elenco contenuto nell'art. 2364 *bis* c.c., delle voci di cui ai numeri 5) e 6) dell'art. 2364 c.c.), pur considerando anche nel caso di sistema dualistico che vi sono altre disposizioni, che indicano competenze ulteriori dell'assemblea, quali ad esempio l'art. 2409 *decies*, comma 1, c.c. sull'azione sociale di responsabilità nei confronti dei componenti il consiglio di gestione, l'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. a) c.c., che consente di riservare statutariamente all'assemblea la determinazione del compenso dei consiglieri di gestione; infine, e l'art. 2409 *terdecies*, comma 2, c.c. che riporta la competenza per l'approvazione del bilancio di esercizio all'assemblea in caso di mancata approvazione da parte del consiglio di sorveglianza o nel caso in cui lo richiedano un terzo dei membri del consiglio di sorveglianza ovvero del consiglio di gestione.

⁴⁰ In senso contrario alla configurabilità di competenze non scritte dell'assemblea, ANGELICI C., *La società per azioni*, I, *Principi e problemi*, in *Tratt. Schlesinger*, Milano,

Ferme le rispettive competenze dell'assemblea ordinaria e straordinaria, è con l'avviso di convocazione che i soci vengono informati della data, del luogo, dell'ora e dell'oggetto della riunione, rappresentando l'atto che dà impulso all'avvio dell'intero procedimento assembleare⁴¹.

Sono gli amministratori (previa delibera in tal senso se vi è un consiglio nel sistema tradizionale⁴²) a decidere quando convocare l'assemblea, salvo i casi di convocazione obbligatoria⁴³. Il collegio sindacale può provvedervi in vece degli amministratori inerti (in tutti i casi di convocazione obbligatoria), ovvero quando, indagando sui fatti denunciati dalla minoranza, ai sensi dell'art. 2408 c.c., abbia rilevato la fondatezza della denuncia e vi sia urgenza di provvedere. Anche il presidente del tribunale può ordinare la convocazione quando, su richiesta della minoranza, gli amministratori o il collegio sindacale non vi abbiano provveduto (art. 2367 c.c.). La convocazione può provenire

2012, 354 ss., LIBERTINI M., *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. Dir. Societario*, 2008, 221. In senso positivo GIORGIANNI F., in *Commentario Romano al nuovo diritto delle società*, diretto da d'Alessandro, II, 2, Padova, 2011, 65, CERRATO S., *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il «sovrano» ha veramente abdicato?*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, II, 147.

⁴¹ Il procedimento di convocazione dell'assemblea di una società per azioni si compone di due procedimenti: il primo inizia con la convocazione del consiglio di amministrazione per deliberare la convocazione dell'assemblea e termina con la conseguente delibera assunta in quella sede; il secondo inizia con la pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea e si conclude con l'adozione delle delibere finali di detto organo (Cass. 12 gennaio 2010, n. 259, in *Giur. it.*, 2010, 1303).

⁴² Cfr. sulla procedura di convocazione nei vari sistemi e sulla validità della delega, SERRA A., *L'assemblea: il procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (a cura di), III, 1, Torino 1993; Cfr. CAGNASSO O., *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (a cura di), IV, Torino, 1991, 225; *contra* BIANCA C. M., *Formalità di convocazione delle s.r.l.*, *Riv. Soc.* 1990, 61 e ss..

⁴³ Si tratta della convocazione annuale per l'approvazione del bilancio di esercizio (art. 2364 c.c.), la convocazione necessaria per ricostituire l'organo amministrativo di cui sono venuti a mancare la maggioranza dei componenti (art. 2386 c.c.), vi è il caso della riduzione del capitale per perdite (art. 2446 c.c.), la convocazione obbligatoria per integrare il collegio sindacale (art. 2401 c.c.). L'assemblea deve altresì essere convocata quando ne facciano richiesta tanti soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale o la minore percentuale prevista nello statuto (art. 2367 c.c.).

dal tribunale o dall'amministratore giudiziario nel corso del procedimento ex l'art. 2409 c.c.. Infine, in caso di liquidazione della società, il potere di convocazione spetta ai liquidatori.

Non è indifferente, ai fini della validità della successiva deliberazione assembleare e dunque della configurazione di un diritto ad impugnare ad opera della minoranza qualificata, individuare quali siano i soggetti tenuti a convocarla, in quanto (come preciseremo successivamente) l'avviso irregolare rende invalida la deliberazione dell'assemblea cui esso è prodromico, salvo che esso non integri il caso di sanatoria previsto dall'art. art. 2379, comma 3 c.c.: l'avviso deve provenire da un componente dell'organo amministrativo o di controllo e deve essere idoneo ad informare il socio circa la convocazione e la data dell'assemblea⁴⁴.

E' orientamento da sempre pacifico in giurisprudenza che i soci non possano provvedere direttamente alla convocazione, orientamento confermato dalla riforma, con una nota eccezione: la possibilità per una minoranza qualificata (un decimo del capitale sociale o la minore percentuale prevista nello statuto), ai sensi dell'art. 2367 c.c., di richiedere agli organi competenti la convocazione dell'assemblea senza, per ciò solo, potere sostituirsi a questi ultimi organi⁴⁵. La riforma ha abbassato da un quinto a un decimo la soglia minima necessaria

⁴⁴ Nel vigore della precedente disciplina la deliberazione dell'assemblea convocata su iniziativa del singolo amministratore, in assenza di delega, si riteneva viziata e, in particolare, annullabile (Cass. 2 agosto 1977, n. 3422, in *Foro It.* 1978, I, 703), talvolta nulla (App. Milano 26 settembre 1983 in *Giur. merito*, 1979, 281), altre volte inesistente (Trib. Milano 27 giugno 1983, in *Società*, 1983, 1494).

⁴⁵ Tuttavia, parte della dottrina ritiene che l'autonomia statutaria possa anche consentire alla minoranza di chiedere l'integrazione dell'ordine del giorno per qualsiasi assemblea già convocata. Cfr. sul punto C. PASQUARIELLO, *sub art. 2367*, in *Maffei Alberti (a cura di), Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004*, n. 310, I, Padova, 2005, 459.

perché i soci possano chiedere la convocazione dell'assemblea, senza alcuna distinzione tra assemblea ordinaria e straordinaria⁴⁶.

La rubrica della norma non fa più riferimento alla minoranza bensì ai soci, così determinando che i soggetti legittimati a richiedere la convocazione dell'assemblea siano oggi, anche alla luce dell'art. 2370 c.c., quei soci che hanno diritto ad intervenire in assemblea⁴⁷. Una tale modifica determina un ampliamento del raggio di applicazione della norma, che attualmente consente anche al socio che detiene una maggioranza qualificata, purché in possesso dell'aliquota minima di capitale richiesta, di richiedere la convocazione dell'assemblea. Il legislatore non ha quindi inteso solo innalzare il livello di tutela delle minoranze, con l'abbassamento del *quorum* minimo richiesto, ma ha chiarito la possibilità di estendere la tutela anche al socio che detiene la maggioranza⁴⁸.

Tale *favor* per l'istituto viene tuttavia controbilanciato dalla limitazione del potere di impulso del procedimento assembleare ad opera della minoranza, che è escluso per argomenti sui quali

⁴⁶ L'autonomia statutaria non può sopprimere o limitare il diritto dei soci (cfr. sul punto FRÈ, *sub art. 2367*, in Frè, Sbisà, *Società per azioni*, I, in *Comm. Scialoja, Branca*, V, Del lavoro, Bologna-Roma, 1997, 614) ma può modificare *in minus* il quorum di un decimo del capitale prevedendo una percentuale più bassa per chiedere la convocazione (cfr. sul punto FIORIO P. M., *sub art. 2367*, in *Comm. Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti*, I, Bologna, 2004, 510, e SERRA A., *Il procedimento assembleare*, in *Abbadessa, Portale (diretto da), Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Torino, 2006, 43).

⁴⁷ La dottrina esclude quindi i portatori di strumenti finanziari (cfr. SERRA A., *Il procedimento assembleare*, op. cit. 44 nt. 11), che dovranno se mai provare di volta in volta la loro legittimazione in base al titolo.

⁴⁸ Cfr. sul punto SERRA A., *Il procedimento assembleare*, op. cit. 44, nt. 11 e P. MARCHETTI, op. cit. 74, il quale rappresenta il caso del nuovo socio di maggioranza che, in ipotesi di *change of control*, intenda revocare i vecchi amministratori e sollecitare direttamente il compimento di tutte quelle azioni che gli amministratori espressione della vecchia proprietà non hanno posto in essere anche se sollecitati in via informale. Sul punto la giurisprudenza, già prima della modifica statutaria si era risolta nel senso di ritenere la norma applicabile anche al socio di maggioranza. Cfr. in questo senso Tribunale Milano, 14-01-1997, in *Vita Notar*, 1997, 1496 secondo cui «Il rimedio offerto ai soci, di ricorrere al giudice *ex art. 2367 c.c.* per sopperire all'inerzia dell'organo di gestione della società non è riservato alla minoranza, ma può essere esperito anche dai soci di maggioranza ed anche dall'unico quotista».

l'assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori, ovvero sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta.

In pratica, una tale previsione rischia di annullare del tutto il potere della minoranza, apparentemente rinforzato dall'abbassamento dell'aliquota di capitale, in quanto appare particolarmente arduo trovare una tipologia di delibera che gli amministratori per legge non propongono o su cui non svolgono una relazione. Si andrebbero, in particolare, ad escludere di certo le modifiche statutarie, le richieste di autorizzazione all'assemblea dagli amministratori per il compimento di fatti di gestione laddove previsto nello statuto ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., così come ogni delibera inerente il bilancio di esercizio (atto tipicamente degli amministratori). In altre parole, gli argomenti per cui è esercitabile la richiesta di convocazione sarebbero limitati alla proposta di nomina e di revoca degli organi sociali (amministratori, sindaci, revisore contabile) e alla proposta di liquidazione della società⁴⁹. Nulla osta a che l'autonomia statutaria possa imporre la convocazione nell'ipotesi in cui l'argomento da deliberare consenta ad un terzo di predisporre gli atti di competenza degli amministratori⁵⁰.

Nella domanda di convocazione devono essere indicati gli argomenti da trattare, la norma non richiede espressamente che si tratti di temi che dovranno formare oggetto di deliberazione. Perciò la convocazione potrebbe essere chiesta anche soltanto per ottenere

⁴⁹ Cfr. sul punto MARCHETTI P., *sub artt. 2367*, Assemblea, Picciau (a cura di), in *Commentario alla riforma delle società*, P. Marchetti-L. A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari (diretto da), Milano, 2008.

⁵⁰ Cfr. sul punto SERRA A., *Il procedimento assembleare*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), II, Torino, 2006.

informazioni su specifici argomenti d'interesse sociale, purché circoscritti⁵¹.

Sugli amministratori nel sistema tradizione e sul consiglio di gestione nel sistema dualistico incombe l'obbligo di convocazione.

Il rifiuto dell'organo preposto è considerato, tuttavia, legittimo ove sia giustificato: solo il rifiuto ingiustificato di provvedere è infatti presupposto per l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del tribunale.

A chi ritiene che il potere di rifiutare la convocazione spetti agli amministratori a seguito di un sindacato sul merito delle proposte⁵², si contrappone chi ammette un vero e proprio dovere di rifiutare, a fronte di richieste illegittime, illecite o impossibili, escludendo tuttavia una valutazione di merito⁵³.

La giurisprudenza più recente sembra concordare con l'ipotesi che il vaglio da parte del tribunale circa la legittimità del rifiuto da parte degli amministratori di provvedere alla convocazione dell'assemblea richiesta ai sensi dell'art. 2367 c.c. investa unicamente alcuni profili formali e sostanziali, quali la legittimazione del socio richiedente, la correttezza procedurale dell'istanza, l'assenza di abuso manifesto e la liceità nonché la possibilità di deliberare sugli argomenti indicati dal socio⁵⁴. Ciò sempre che la richiesta non si concretizzi in un abuso del diritto riconosciuto alla minoranza assembleare, esercitato al solo fine di perseguire intenti dilatori o di mero disturbo, perseguendo una funzione disgregatrice all'interno della compagine sociale. Una tale

⁵¹ Sul punto cfr. VISENTINI G., *L'assemblea della società per azioni*, Roma, 2017.

⁵² Sul punto ancora SERRA A., *Il procedimento assembleare*, op. cit.

⁵³ PASQUARIELLO C., *sub art. 2367*, in *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Maffei Alberti (a cura di), vol. I, Padova, 2005.

⁵⁴ Trib. Milano Sez. Specializzata in materia di imprese Decreto, 11-04-2016, in *Quotidiano Giuridico*, 2016.

circostanza determinerebbe che il rifiuto degli amministratori venga considerato legittimo⁵⁵.

4. Le autorizzazioni assembleari

Come anticipato, il legislatore della riforma ha disegnato in maniera radicalmente diversa il rapporto tra assemblea e organo amministrativo⁵⁶, in coerenza con il rafforzamento della posizione dei soci di maggioranza rispetto a quelli di minoranza, cui si è precedentemente accennato.

Solo per il sistema tradizionale è prevista la competenza residuale dell'assemblea a deliberare sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, ovvero sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori.

Le competenze gestorie vengono attribuite in via definitiva all'organo amministrativo (si noti anche la precisazione terminologica che si limita a parlare di autorizzazione con riferimento generico agli atti degli amministrativi e non agli atti gestori)⁵⁷ e l'assemblea ha una

⁵⁵ Trib. Aosta, 12-04-1994, in *Società*, 1995, 1, 70 nota di Straneo.

⁵⁶ Cfr. sulla questione della erosione della sovranità assembleare PORTALE G. B., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in Abbadessa, Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 22, in funzione dell'ampliamento delle competenze gestorie.

⁵⁷ L'art. 2364, comma 1, n. 5 cod. civ. deve essere letto unitamente agli articoli 2380 bis, comma 1 c.c., 2409 *novies*, comma 1 c.c., e 2409 *septiesdecies*, comma 1 c.c. che delineano la competenza esclusiva all'organo amministrativo per la gestione dell'impresa. Cfr. sul punto VASSALLI F., *Alcuni aspetti dell'amministrazione delle s.p.a. nella riforma del diritto societario*, in *Diritto Fallimentare*, I, 2004, 485. L'innovazione si colloca nel più ampio progetto di potenziamento dell'organo amministrativo nel sistema tradizionale o monistico e del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione nel sistema dualistico, a fronte di un depotenziamento dell'organo assembleare, ordinario e straordinario, attuato anche attraverso il ricorso allo schema di spostamento di competenze e di deleghe di cui al modificato articolo 2365 c.c., di cui autorevole dottrina non ha mancato di sottolineare l'incongruenza rispetto, con particolare riferimento al carattere esclusivo del potere di amministrare e la possibilità di ingerenza dei soci sulle deliberazioni del consiglio di amministrazione lesive dei diritti dei soci, ai sensi dell'art. 2388 c.c. (cfr. sul punto DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2005 335).

funzione meramente autorizzatoria. Problematici permangono, peraltro, la fattispecie dell'acquisizione di partecipazioni, che determini una sostanziale modifica dell'oggetto sociale e, soprattutto, il ruolo ed il significato della deliberazione assembleare in ordine all'acquisto di partecipazioni in altre imprese, comportanti l'assunzione di responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime⁵⁸

Diversamente, la precedente disposizione demandava all'assemblea il compito di deliberare sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori. All'assemblea era quindi attribuito il potere di decidere sul compimento di un determinato atto di gestione, operando essa stessa una scelta gestoria – imprenditoriale che, secondo l'opinione prevalente, gli amministratori erano obbligati ad eseguire, purché la sua esecuzione non li avesse esposti a responsabilità verso i creditori sociali. Ulteriore corollario della disposizione era che, nel caso di delibera assembleare in materia gestoria, l'assemblea si spogliava della facoltà di esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo che la aveva eseguita (si riteneva che, diversamente, la società avrebbe agito *contra factum proprium*).

Tuttavia, non può negarsi che gli amministratori possano in ogni caso sottoporre all'approvazione dell'assemblea, che assurge in questo caso a mero parere, talune operazioni che ritengono di maggiore rilevanza, consentendo una più ponderata decisione, in virtù del legame fiduciario esistente, ferma restando la non vincolatività dell'eventuale delibera e l'esclusività della responsabilità⁵⁹; in tal caso la valenza della

⁵⁸ BARTALENA A., *Le Competenze dell'Assemblea*, in *Società*, 2005, 9, 1093.

⁵⁹ SARALE M., *Il nuovo volto dell'assemblea sociale*, in Ambrosini (a cura di), *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, I, Torino, 2005 167; PETRAZZINI B., sub artt. 2364, 2364 bis, in *Comm. Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti*, I, Bologna, 2004, 474. Autorevole dottrina, in questi casi, auspica l'introduzione all'interno dello statuto sociale di una clausola autorizzatoria in favore dell'assemblea (SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario*,

delibera autorizzatoria, nel caso in cui gli amministratori intendano discostarsene, assurge a mero *standard* di diligenza, ai sensi del quale verrà valutato il comportamento degli amministratori che, avendo provocato una decisione assembleare sul punto, si discostino dalle indicazioni fornite⁶⁰.

Dunque, ferma restando la responsabilità esclusiva dell'organo amministrativo per gli atti di gestione, dire che l'assemblea non delibera, ma autorizza significa riconoscere agli amministratori piena discrezionalità. Essi, nonostante l'autorizzazione dell'assemblea, potranno decidere di soprassedere al compimento dell'atto di gestione su cui si è pronunciata l'assemblea, così come, fermi i limiti del dovere fiduciario, potranno in ogni caso, sotto la propria responsabilità, adottare l'atto la cui relativa autorizzazione è stata negata, di tal che, come previamente evidenziato, il rilascio dell'autorizzazione lascia impregiudicata la responsabilità degli amministratori, che possono essere chiamati dalla stessa società a risarcire il danno che ne sia derivato.

Autonomia privata e norme imperative nei D.Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6, Milano, 2003, 103)

⁶⁰ La possibilità da parte dell'organo amministrativo di sollecitare la deliberazione assembleare, pur in presenza di apposita clausola statutaria autorizzatoria e ferma in ogni caso la loro responsabilità, non si ritiene estensibile a qualsiasi argomento. Ad esempio, nel caso di assunzione di partecipazioni modificative dell'oggetto sociale, si ritiene che la rimessione alla competenza dell'assemblea della delibera di assunzione di partecipazioni vietate ai sensi dell'art. 2361 c.c. determini la nullità della deliberazione, perché adottata in frode all'art. 2437, ultimo comma, c.c., in quanto configurabile come patto volto ad escludere o rendere più gravoso il diritto di recesso in caso di formali modificazioni statutarie (Cfr. sul punto DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2005, 291). Non possiamo tuttavia trascurare quella diversa opinione che ritiene che la competenza esclusiva degli amministratori incontri un limite sostanziale nella circostanza che ad essi è demandata la gestione di quella specifica impresa di cui la società è titolare e non di una impresa qualsiasi, di tal che il compimento di tutti gli atti che possano intaccare l'identità sostanziale ed i caratteri essenziali di quella impresa, determinano il sorgere la competenza dell'assemblea, cui hanno l'obbligo (e non la mera facoltà) di sottoporre l'argomento (Cfr. sul punto sempre DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2005, 308 e CALANDRA BONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Gco*, 2003, I, 677).

Ulteriore corollario della disciplina appena individuata, in combinazione con la evoluzione della disciplina della responsabilità dell'organo amministrativo per gli atti *ultra vires* e per la loro validità, è che, qualora sia statutariamente prescritto che l'assemblea sia chiamata ad esprimersi su un determinato atto di gestione, la mancanza della previa deliberazione assembleare, così come la difformità dell'atto gestorio rispetto ad essa, non avranno rilevanza sul piano del rapporto contrattuale con il terzo (fatta salva l'*exceptio doli generalis*), ma provocheranno conseguenze soltanto sul piano dei rapporti interorganici, potendo se mai tale azione essere utilizzata come giusta causa di revoca degli amministratori, ovvero come presupposto per l'esercizio dell'azione di responsabilità, nonché come causa legittimante la denuncia al collegio sindacale *ex art. 2408 c.c.* o al tribunale *ex art. 2409 c.c.*⁶¹

5. La riunione dei soci

Il Codice di commercio del 1882 non prevedeva alcun requisito per legittimare la partecipazione del socio all'assemblea, salvo dimostrare, presentando il relativo titolo, la qualifica di socio. Era fatta salva, in ogni caso, la facoltà del presidente dell'assemblea di eccepire l'eventuale non corrispondenza dell'intestazione del titolo rispetto

⁶¹ Cfr. sul punto MELONCELLI F., *sub art. 2364*, in *La riforma delle società, Commentario al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), I, Torino, 2003, 255. Qualora il mancato compimento dell'atto sottoposto alla approvazione dell'assemblea e la cui approvazione sia stata negata, sia passibile di cagionare un danno per il patrimonio sociale, non è configurabile una responsabilità degli amministratori né verso la società, né verso i creditori sociali, avendo gli amministratori dopo la richiesta delle autorizzazioni non concesse, consumato i loro poteri (DI AMATO S., in *La riforma del diritto societario. Società per azioni. Azioni, società collegate e controllate, assemblee (artt. 2346-2379 ter c.c.)*, Lo Cascio (a cura di), Milano, 2003, 272), infatti, seguendo questa opinione, il diniego da parte dell'assemblea configura un vero e proprio veto che comporta una penetrante ingerenza in senso ostativo al potere gestorio dell'organo amministrativo (PORTALE G.B., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in Abbadessa, Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 26).

all'iscrizione a libro soci del nominativo del socio. Per finalità garantiste dell'interesse sociale era, in ogni caso, invalsa la prassi, condivisa dalla dottrina, di inserire, all'interno dello statuto sociale, apposite clausole che prevedessero il preventivo deposito dei titoli presso la sede sociale, con l'auspicio, da parte della dottrina, di mantenere, in assenza di previsione di legge, il detto termine di deposito, entro limiti ragionevoli.

Il legislatore della riforma, sensibilizzato dalle istanze di semplificazione e dall'effetto disincentivante che il preventivo deposito delle azioni (previsto dall'art. 2370 c.c., nel testo pre-riforma del 2003) determinava nei confronti dei soci, lascia dunque, all'autonomia statutaria la facoltà di reintrodurre il deposito dei titoli (o i relativi surrogati in caso di dematerializzazione) nel termine fissato nello statuto⁶².

Il legislatore della riforma, parallelamente alla eliminazione dell'obbligo di preventivo deposito, ha previsto nuove categorie di azioni e strumenti finanziari, profondamente modificando anche la disciplina del diritto di intervento in assemblea. Conseguentemente l'art. 2370 c.c. prevede, che: «Possono intervenire all'assemblea gli azionisti cui spetta il diritto di voto» intendendo per tali i titolari di azioni ordinarie, i titolari di azioni aventi il diritto di voto limitato a particolari argomenti, nonché i titolari di azioni il cui diritto di voto sorga al verificarsi di condizioni non meramente potestative.

Ai sensi dell'art. 2352 c.c. (e salvo patto contrario), in caso di azioni soggette a vincoli, possono votare in assemblea, in caso di

⁶² Nel senso che anche la previsione statutaria dell'obbligo di deposito non comporterebbe l'impossibilità di ritirare le azioni prima che l'assemblea abbia avuto luogo, in quanto un tale divieto dovrebbe formare oggetto di espressa previsione; sarebbe, quindi, riconosciuta al socio la possibilità di alienazione delle azioni solo una volta ottenuto il riconoscimento della legittimazione all'intervento in assemblea ABBADESSA P., *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. Comm.*, Supplemento al 3/2004, *Contributo alla riforma delle società di capitali*, 552.

usufrutto o sequestro, rispettivamente l'usufruttuario e il creditore pignoratizio. In ogni caso, sono per legge esclusi dal diritto di voto i titolari di azioni di risparmio, di azioni di godimento (per le società quotate), ma anche i titolari di azioni con diritto di voto limitato (per gli argomenti sui quali non possono votare) e i titolari di azioni con diritto di voto subordinato a condizione non meramente potestativa (in attesa dell'avveramento della condizione).

È poi ben possibile che il diritto di voto, pur astrattamente spettante al socio, sia temporaneamente sospeso ad esempio nel caso in cui il socio sia in mora nei versamenti ancora dovuti. La coesistenza di azioni con diritto di voto e senza diritto di voto comporta la necessità di separare la titolarità del diritto di voto dalla titolarità del diritto di intervento, non inteso come legittimazione a partecipare all'assemblea per votare, ma come diritto ad assistere alle delibere assembleari ed eventualmente a partecipare alla discussione. Il diritto di partecipare all'assemblea nonostante l'azionista non posseda il diritto di voto è per legge espressamente riconosciuto, ad esempio, dall'art. 2368 c.c., ai sensi del quale, salvo diversa disposizione di legge, le azioni senza diritto di voto vengono ugualmente computate ai fini del calcolo del *quorum* costitutivo.

Il principio dell'esistenza di un autonomo diritto di intervento è in linea di massima esteso da dottrina e giurisprudenza anche ad altri casi, come quello del socio in conflitto di interessi (art. 2373 c.c.)⁶³ o quello del socio che abbia visto sospeso il proprio voto per morosità (art. 2344 c.c.), o in via cautelare o sanzionatoria per altri

⁶³ È illegittima la delibera di modificazione dello statuto di una società per azioni che preveda, in caso di violazione del divieto di concorrenza del socio, la sanzione della sospensione del diritto di voto, con conseguente esclusione del diritto di intervento in assemblea (Tribunale Perugia 29/02/ 2008, in *Giur. comm.*, 2, II, 2010, 304, nota di Tripputi).

comportamenti (come ad esempio il superamento dei limiti previsti dall'art. 2359-bis c.c.)⁶⁴.

Diverso il caso dei soci temporaneamente privati del diritto di voto che spetta a terzi, quali il creditore pignoratizio, l'usufruttuario, il custode in caso di sequestro giudiziario delle azioni. Si riteneva che, in questi casi, potesse intervenire in assemblea solamente il legittimato all'esercizio del voto, anche sulla base del rilievo formale in base al quale l'esercizio dei diritti sociali presuppone il possesso del titolo, che invece in questi casi è di regola nelle mani del creditore pignoratizio, dell'usufruttuario o del custode. Al socio residuerebbe un potere di controllo successivo alla riunione, prendendo visione del registro delle adunanze e delle deliberazioni⁶⁵.

⁶⁴ Tale impostazione aveva portato la giurisprudenza a ritenere che il socio in mora nei versamenti delle quote sociali sottoscritte, sebbene privo del diritto di voto, avesse il diritto di partecipare all'assemblea e di esercitare tutte le facoltà attribuitegli dalla legge in quanto socio, compresa quella di impugnare le deliberazioni adottate (Trib. Torino 10 aprile 1982 in *Società*, 1982, 134) e aveva diviso la dottrina tra coloro che ritenevano che al socio moroso permanesse il diritto di intervento e coloro che lo negavano, ritenendo il socio moroso escluso anche dalla partecipazione all'assemblea. Sulla prima posizione SACCHI R., *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a. – Profili procedurali*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (a cura di), vol. III, 1, Torino, 1993, 242, della seconda opinione tra i secondi DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 279.

⁶⁵ Il legislatore ha inteso porre fine alla annosa questione per grandi linee qui prospettata su quale fosse il rapporto tra i due diritti e optando nel senso di legare la titolarità del diritto di intervento con la titolarità del diritto di voto, fatte salve, in ogni caso, le espresse previsioni di legge citate. A tale proposito, si precisa che è la stessa relazione alla riforma ad affermare che: «Il diritto di intervento in assemblea è stato reso funzionale all'espressione del voto; si è perciò circoscritto il diritto di intervento ai soli azionisti cui spetta il diritto di voto, così escludendo l'intervento dei nudi proprietari delle azioni. La necessità del preventivo deposito delle azioni o della relativa certificazione è stata rimessa alla valutazione dello statuto; sicché in mancanza di disposizioni statutarie al riguardo il preventivo deposito dovrà ritenersi superfluo, ciò che vale anche a eliminare le antiche dispute sulla validità delle deliberazioni assunte dall'assemblea non preceduta da un preventivo deposito dei titoli azionari». Nel senso prospettato milita anche l'ultima modifica apportata all'art. 2368 c.c. ad opera del D.Lgs. 27.1.2010, n. 27, in applicazione della direttiva 2007/36/CE. La normativa, che si prefigge l'obiettivo di favorire la partecipazione degli azionisti alla vita della società ha eliminato il riferimento al diritto di voto del socio, sostituendolo con il riferimento al soggetto al quale spetta il diritto di voto, così prevenendo espressamente e superando la precedente imprecisione lessicale circa la previsione del legittimo esercizio del diritto di voto ad opera di altri soggetti non soci quali l'usufruttuario, il creditore pignoratizio, il custode.

Il diritto di discussione, di cui godono coloro che sono legittimati a prestare il voto, è invece inderogabile anche da parte della maggioranza assembleare, attribuendo al presidente dell'assemblea, a norma dell'art. 2371 c.c., il compito di verificare la regolarità della costituzione, accertare l'identità e la legittimazione dei presenti, nonché di regolare il suo svolgimento ed accertare i risultati delle votazioni.

Una volta affrontato il tema della titolarità a partecipare all'assemblea e a votarvi, occorre brevemente passare in rassegna la disciplina sui *quorum* previsti ai fini della sua regolarità.

L'assemblea ordinaria è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera con la maggioranza assoluta dei presenti. In seconda convocazione, ai fini di prevenire la paralisi decisionale dell'organo, a prescindere dal *quorum* costitutivo, l'assemblea ordinaria delibera validamente con il *quorum* deliberativo della maggioranza delle azioni rappresentate.

La disciplina prevista per l'assemblea straordinaria, prevede che per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'assemblea deliberi validamente con il *quorum* deliberativo che rappresenta più della metà del capitale sociale (da cui si ricava indirettamente il quorum costitutivo) e, in seconda convocazione, con il *quorum* costitutivo di oltre un terzo del capitale sociale e il *quorum* deliberativo di almeno due terzi del capitale rappresentato. Lo statuto può prevedere la possibilità di effettuare convocazioni ulteriori rispetto alla seconda, per le quali si applicheranno le disposizioni previste per la seconda convocazione⁶⁶.

⁶⁶ Per completezza si segnala che per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (ivi incluse le società quotate), in sostituzione della precedente disciplina, di cui all'art. 126 TUF) il quorum costitutivo è individuato in prima e in seconda convocazione, rispettivamente, in almeno la metà del capitale sociale e più di un terzo del capitale sociale, a fronte di un quorum deliberativo unificato sia in prima che in seconda convocazione, pari ad almeno i due terzi del capitale rappresentato in

È fatta salva la possibilità per lo statuto sociale di modificare le dette maggioranze solo in aumento salvo, al fine di non paralizzare l'attività sociale, escludere la detta modifica per specifiche materie e, in particolare, per l'approvazione del bilancio e la nomina e la revoca delle cariche sociali.

Dal computo devono essere escluse le azioni a voto limitato e le azioni prive del diritto di voto. Devono invece essere computate le azioni delle quali è titolare la stessa società (art. 2357 *ter* c.c.) e tutte le altre azioni che attribuiscono diritto di voto in assemblea ordinaria, seppure il voto sia stato momentaneamente sospeso (come ad es. quelle del socio moroso e del socio in conflitto di interessi). In altre parole il principio seguito dal legislatore sembra operare nel senso di escludere dal calcolo per il *quorum* costitutivo esclusivamente quelle azioni che siano per loro natura prive del diritto di voto⁶⁷.

È in fase di apertura della seduta che avviene la verifica circa la corretta costituzione dell'assemblea e quindi della presenza del *quorum* costitutivo minimo⁶⁸, laddove la verifica circa la presenza della maggioranza necessaria per approvare la deliberazione avviene per ogni singolo punto all'ordine del giorno⁶⁹.

assemblea. Limitatamente alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio per le convocazioni dell'assemblea straordinaria successive alla seconda solo il *quorum* costitutivo è ridotto ad almeno un quinto del capitale sociale.

⁶⁷ Cfr. SACCHI R., *L'intervento ed il voto nell'assemblea della s.p.a. – Profili procedurali*, op cit., 224 e ss.

⁶⁸ È stato oggetto di ampio dibattito la questione relativa alla circostanza che, ai fini della validità della deliberazione, fosse o meno necessario che la stessa percentuale di capitale sociale permanesse per tutta la durata dell'adunanza, sino alla votazione. Il dubbio sorgeva dalla controversa interpretazione dell'art. 158 del codice di commercio del 1882. Con l'entrata in vigore del codice del 1942 e la diversa formulazione dell'art. 2368 c.c., la questione è stata considerata superata.

⁶⁹ Sul punto riportiamo la massima H.B.32 - (momento della verifica dei *quorum* costitutivi e deliberativi - 1° pubbl. 9/07) del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili del Triveneto, in www.notaitriveneto.it/: «Il *quorum* costitutivo deve essere verificato una sola volta all'inizio della riunione. Il *quorum* costitutivo deve ritenersi attestato nel momento in cui il presidente abbia esaurito le operazioni di accertamento della legittimazione degli intervenuti e ne abbia dato formalmente conto in assemblea. Pertanto, il socio presente e inizialmente computato durante le operazioni di verifica

La disciplina delle maggioranze assembleari appare oggi maggiormente elastica rispetto alla precedente disciplina poiché, da un lato, consente, a determinate condizioni, la derogabilità dei *quorum* prestabiliti e, dall'altro lato, prevede la loro immodificabilità per l'adozione di quelle delibere che, laddove non adottate per mancato raggiungimento di un *quorum* troppo elevato, paralizzerebbero l'attività sociale. D'altro canto, non sempre l'interesse sociale appare essere il filo conduttore della disciplina, che appare ispirata, piuttosto, al diverso problema della tutela delle minoranze (come emerge da varie disposizioni, quali ad esempio la previsione dello scioglimento della società in caso di impossibilità di rimborsare il socio recedente, ovvero la clausola che preveda maggioranze più elevate ma mai l'unanimità).

La disciplina previgente, agli artt. 2368 e 2369 c.c., prevedeva un sistema in base al quale erano derogabili in senso più rigoroso i *quorum* dell'assemblea in seduta straordinaria, mentre era liberamente derogabile il solo *quorum* deliberativo dell'assemblea ordinaria in prima convocazione, i *quorum* costitutivi pervisti per l'assemblea

che si sia successivamente allontanato prima della dichiarazione degli esiti della stessa, deve ritenersi assente. L'ufficio di presidenza deve rimanere in funzione durante l'intero svolgimento dell'assemblea, al fine di consentire al socio giunto tardivamente di legittimarsi all'intervento in assemblea, partecipando alle votazioni non ancora avvenute. Ugualmente il socio sarà libero di abbandonare l'aula. In entrambi i casi il *quorum* costitutivo, accertato all'inizio dell'assemblea, rimarrà indifferente all'andirivieni dei soci. Infatti, la verifica dei presenti prima di ciascuna votazione non integra una nuova verifica del *quorum* costitutivo, ma serve per attestare il c.d. "quorum di base deliberativo", ossia il capitale in quel particolare momento rappresentato in assemblea, sul quale verrà poi conteggiata la maggioranza necessaria per adottare la deliberazione (nel caso ovviamente che lo statuto parametri le maggioranze deliberative sui presenti e non sul capitale). Quindi il socio intervenuto tardivamente non inciderà in alcun modo sul *quorum* costitutivo, visto che lo stesso o era stato già raggiunto all'inizio della riunione, o non può più essere raggiunto dopo che il presidente, verificata la sua mancanza, abbia dichiarata deserta l'assemblea. Inciderà, viceversa, sul *quorum* deliberativo, perché il suo sopraggiungere alzerà il c.d. "quorum di base deliberativo" e quindi il numero di voti favorevoli necessari per adottare la deliberazione. Di conseguenza, una volta raggiunto il *quorum* costitutivo, sarà sufficiente che rimanga un unico socio per poter adottare la deliberazione, fatte salve le ipotesi in cui il legislatore o lo statuto richiedano dei *quorum* deliberativi rinforzati».

ordinaria venivano invece considerati inderogabili, sia in prima che in seconda convocazione⁷⁰.

Con riferimento al quorum previsto per la seconda convocazione, la dottrina pre-riforma era divisa fra coloro che ritenevano che la previsione dell'art. 2369, 3 c.c. ultima parte dovesse essere riferita sia all'assemblea ordinaria che straordinaria e coloro che ritenevano la deroga riferita unicamente all'assemblea straordinaria⁷¹.

In particolare, nonostante l'ambiguità della vecchia formulazione dell'art. 2369 c.c., si sosteneva che una tale norma non poteva essere interpretata nel senso di prevedere per ogni materia *quorum* più elevati, prescindendo così completamente dalla funzione che l'assemblea ordinaria di seconda convocazione assolve nella vita della società per azioni. L'introduzione di un *quorum* deliberativo minimo, in seconda convocazione, avrebbe infatti minato l'efficienza della società, rischiando di paralizzarne l'attività laddove fosse stata prevista per determinate materie "essenziali" (ad esempio l'approvazione bilancio).

A completamento del quadro esposto, l'art. 2368 c.c. prevedeva per la nomina alle cariche sociali, che l'atto costitutivo potesse indicare delle norme particolari, spingendo parte della dottrina a interpretare la norma nel senso che consentisse di elevare anche i *quorum* della seconda convocazione.

5.1 Derogabilità dei quorum avverso il principio maggioritario

Il legislatore della riforma, accogliendo in parte i rilievi mossi dalla dottrina e l'incertezza generalizzata della giurisprudenza sul punto, è intervenuta chiarendo i termini del problema: l'art. 2369 c.c. è stato così modificato, introducendo la previsione generalizzata, e quindi

⁷⁰ Cfr. la Relazione al Re del Gardasigilli (al n. 968)

⁷¹ La giurisprudenza prevalente riteneva invece inderogabili non solo le previsioni in tema di quorum costitutivo ma non ammetteva neppure la possibilità di elevare il quorum deliberativo. Cfr. Cass. 26 ottobre 1964, n. 2669, in *Giur. comm.* 1965, II, 354. *Contra* Tribunale di Trieste del 23 aprile 1998 in *Società*, 1998, 1331.

applicabile sia all'assemblea ordinaria che straordinaria, della possibilità che lo statuto introduca delle maggioranze più elevate con riferimento alla seconda convocazione.

Al fine di salvaguardare, in ogni caso, il funzionamento dell'organo assembleare, la riforma sembra aver fatto proprie le preoccupazioni rappresentate dalla dottrina e dalla giurisprudenza e, laddove l'art. 2368, comma 1 c.c., ultima parte (norma rimasta immutata nella formulazione) prevede che l'atto costitutivo possa stabilire delle norme particolari, ha previsto, all'art. 2369 c.c. che, per le decisioni inerenti l'approvazione del bilancio, nonché la nomina e la revoca delle cariche sociali, non è possibile introdurre alcuna deroga alla disciplina di legge (c.d. "materie protette").

La disciplina così delineata sembra ispirata a riconoscere la più ampia autonomia statutaria, orientata alla tutela delle minoranze, almeno con riferimento alle citate materie protette; viene infine definitivamente chiarito – in negativo – il dubbio circa la possibilità di derogare la disciplina di legge prevedendo, in seconda convocazione, *quorum* meno elevati, in quanto l'art. 2369 c.c. prevede l'unica possibilità di modificare i *quorum* ivi previsti in aumento.

La medesima *ratio* traspare proprio dalla relazione ministeriale alla legge di riforma della disciplina delle società, laddove, al paragrafo 5, si legge che «Le norme relative ai quorum costitutivi e deliberativi dell'assemblea sono state rimaneggiate (e quelle dell'assemblea straordinaria anche con riguardo alle società con azioni quotate) alla luce di una duplice direttiva della legge delega: quella, per un verso, di favorire la formazione delle deliberazioni e quella, per altro verso, di apprestare adeguata tutela alle minoranze (art. 4, comma 7, lettera d). I quorum ora previsti sono frutto della ricerca del giusto punto di equilibrio fra queste opposte esigenze»⁷².

⁷² Relazione al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, Paragrafo 5, Dell'Assemblea.

In altre parole, sembra che le modifiche legislative introdotte nel 2003, abbiano dimostrato il *favor* del legislatore verso una disciplina sistematicamente più rigida, che prevede, in prima battuta, alcune materie “protette”, per l’approvazione delle quali non è possibile derogare al *quorum* legale e, in seconda battuta, la possibilità, a determinate condizioni e sempre previa espressa previsione dello statuto in tal senso, di derogare alla disciplina legale.

Con riferimento all’assemblea straordinaria, la questione della derogabilità dei *quorum* appariva meno problematica, considerato il dato normativo che espressamente militava in tal senso. Unica precisazione è che, in considerazione di un intervento così capillare come quello operato dal legislatore della riforma, che avrebbe altrimenti dovuto prendere posizione su un tale aspetto, appare plausibile, anche in riferimento all’assemblea straordinaria, ritenere derogabili i detti *quorum* solo in aumento e mai in diminuzione⁷³.

L’orientamento prevalente nella disciplina pre-riforma e, come si vedrà, considerato a tutt’oggi applicabile, individua un unico limite alla derogabilità dei *quorum*, ovvero il mantenimento del normale svolgimento delle attività sociali, che non devono risultare pregiudicate dall’introduzione di un *quorum* troppo elevato che determinerebbe di fatto la paralisi dell’attività sociale. Ciò avverrebbe quando, primo tra tutti, al principio di maggioranza di sostituisca quello dell’unanimità. A

⁷³ Si ritiene che l’autonomia statutaria non possa spingersi fino a prevedere che materie che sono oggetto dell’assemblea straordinaria possano essere decise con i *quorum* inferiori previsti per l’assemblea ordinaria, negando la possibilità di variare in diminuzione i *quorum* previsti per l’assemblea straordinaria. Ciò è confermato non soltanto dalla riserva di legge di cui all’art. 2365 c.c., che attribuisce inderogabilmente alcune materie alla competenza dell’assemblea straordinaria, ma dagli articoli 2368 e 2369 c.c., che prevedono una modifica dei *quorum* previsti per l’assemblea straordinaria dalla circostanza che gli articoli 2368 e 2369 c.c.. Cfr. sul punto ABBADESSA P., *L’assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, Colombo, Portale (diretto da), III, 1, Torino, 1994, 44 e DI AMATO S., in *La riforma del diritto societario. Società per azioni. Azioni, società collegate e controllate, assemblee (artt. 2346-2379 ter c.c.)*, Lo Cascio (a cura di), Milano, 2003, 264.

tale riguardo la giurisprudenza infatti precisava che l'accoglimento del criterio dell'unanimità, equivalendo ad attribuire il potere di veto ad ogni singolo socio, comporterebbe la prevalenza della volontà della minoranza su quella della maggioranza, in violazione dei principi posti alla base del funzionamento dell'assemblea⁷⁴.

In pratica il principio di maggioranza è ritenuto inderogabile nella disciplina della società per azioni perché frustrerebbe la natura collegiale dei suoi organi. Il principio di maggioranza diventa quindi regola inderogabile per tutte quelle decisioni assembleari che riguardino interessi della società, trovando una giustificazione il suo venir meno solo laddove la deliberazione coinvolga interessi dei singoli soci e la disciplina dei rapporti tra essi e la società, quali ad esempio la previsione di limitazioni alla circolazione delle partecipazioni sociali⁷⁵.

Conformemente a quanto rappresentato, la riforma ha esplicitato il principio in base al quale le decisioni che incidono sui diritti del singolo socio devono essere adottate con il consenso dello stesso, attraverso la previsione della possibilità di inserire nello statuto clausole ulteriori di recesso (vedi *infra*). Forse proprio in questa ottica il legislatore del '42 aveva riconosciuto al socio che non avesse aderito alla formazione di specifiche delibere concernenti modificazioni comportanti alterazioni profonde delle condizioni di rischio presenti al momento dell'adesione alla compagine (cambiamento dell'oggetto sociale, trasferimento della sede all'estero), il diritto di recedere dalla società, così sacrificando l'interesse del dissenziente di fronte all'interesse della società.

L'art. 2437 c.c. novellato sembra, invece, ispirarsi alla diversa finalità di estendere le cause di recesso, attraverso, da un lato, l'ampliamento delle cause legislativamente previste e, dall'altro lato, la

⁷⁴ Cfr. Cassazione 15 aprile 1980, n. 2450, in *Foro it.* 1980, I, 1914.

⁷⁵ Cfr. FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Angelici C.-Ferri G.B. (a cura di), Torino, 2006, 368.

facoltà riconosciuta all'autonomia statutaria di individuarne ulteriori. La “sanzione” individuata nel recesso appare assolutamente coerente con la *ratio* della riforma, ispirata a favorire l'adozione di quelle delibere che, nonostante siano in contrasto con l'interesse del singolo socio, sono ugualmente adottate nell'interesse della maggioranza, intesa come trasfigurazione dell'interesse sociale. Il recesso del socio sarebbe considerato, quindi, quale giusto corrispettivo per colui che, a fronte del grave pregiudizio che si troverebbe ad affrontare nel caso in cui continuasse a rimanere all'interno della compagine, ha la possibilità, a fronte di un corrispettivo per l'acquisto delle proprie azioni, di uscirne. Appare coerente affermare che la modifica legislativa citata sia ulteriore elemento a favore della configurabilità di un generale diritto del socio di uscire dalla società a fronte dell'adozione di quelle delibere che ledono i propri diritti e che egli stesso non ha concorso a formare (ma sul punto vedasi più approfonditamente *infra*).

Tornando alla questione della inderogabilità del principio maggioritario, occorre precisare che quanto fin qui detto può trovare applicazione anche per quei casi in cui lo statuto preveda maggioranze tanto elevate da produrre comunque l'effetto di paralizzare la società. Si tratterebbe della situazione in cui il *quorum* particolarmente elevato sia stato introdotto per aggirare il divieto di inserire la previsione dell'unanimità ma, in concreto, per le peculiari caratteristiche di quella compagine, in pratica ha lo stesso effetto. La giurisprudenza si è espressa sul punto, confermando l'impostazione prospettata, affermando che il principio della formazione della volontà sociale secondo il criterio maggioritario, che impedisce di stabilire la regola della totalità dei consensi per le deliberazioni assembleari (nel caso si trattava di assemblea straordinaria), renderebbe invalide non solo le clausole statutarie che prevedono il consenso unanime di tutti soci, ma anche quelle che richiedono l'unanimità dei soli soci presenti in assemblea, perché ne resterebbe ugualmente vulnerata la regola

maggioritaria, che si assume debba reggere inderogabilmente un tal genere di atto collegiale⁷⁶.

La ragione dell'invalidità di una detta clausola, sarebbe al contrario, da rinvenirsi, conformemente alla giurisprudenza più risalente che si è pronunciata proprio in tema di s.p.a., nel rilievo per cui «l'unanimità dei consensi è richiesta solo nel momento costitutivo della società, mentre successivamente vige il principio della formazione della volontà sociale secondo il criterio maggioritario: il che non consente di stabilire la regola della totalità dei consensi per le deliberazioni di assemblea»⁷⁷.

Ricapitolando, la disciplina riformata, con la stessa previsione che consente di inserire, all'interno dello statuto, maggioranze più elevate, implicitamente esclude che possa essere adottato il criterio dell'unanimità, poiché essa si porrebbe in contrasto con il principio in base al quale nelle società azionarie l'organizzazione creata dai soci è funzionalmente diretta al perseguimento dell'interesse comune a fronte dell'interesse del singolo socio. Ciò è confermato dalla maggiore attenzione dimostrata nel perseguire lo scopo di garantire l'efficienza organizzativa della società, anche facilitando l'adozione delle delibere attraverso la presenza di *quorum* inderogabili (art. 2369, comma 5, c.c.), o alla possibilità di prevedere convocazioni ulteriori rispetto alla seconda⁷⁸.

Proprio l'introduzione di tale ultima possibilità ha superato, in senso positivo, la questione della legittimità delle clausole statutarie che prevedevano convocazioni ulteriori, stabilendo che le società chiuse

⁷⁶ Cass. civ., Sez. I, 13/04/2005, n. 7663, in *Società*, 2005, 983 che si pronuncia sulla precedente disciplina (applicabile *ratione temporis*) in un caso inerente le società a responsabilità limitata, ma attraverso affermazioni di principio genericamente valide anche per le s.p.a...

⁷⁷ Cass. civ. Sez. I, 15-04-1980, n. 2450, in *Mass. Giur. It.*, 1980.

⁷⁸ In questo senso SERRA A., *Il procedimento assembleare*, op. cit., 62.

debbono rispettare per le convocazioni facoltative ulteriori le previsioni di legge dettate per i *quorum* dell'assemblea in seconda convocazione⁷⁹.

5.2. La richiesta di rinvio dell'assemblea ad opera della minoranza

Quanto fin qui rappresentato circa il contenuto del diritto di informazione preventiva del socio e circa il contenuto dell'ordine del giorno, assume valenza non soltanto sotto i profili evidenziati, tendenzialmente sottesi a legittimare l'utilizzo del rimedio impugnatorio, ma anche ai fini del diritto riconosciuto alla minoranza di richiedere il rinvio dell'assemblea.

L'art. 2374 c.c. prevede, a tale riguardo, che i soci intervenuti, che riuniscono almeno un terzo del capitale rappresentato nell'assemblea, possano dichiarare di non essere sufficientemente informati sugli oggetti posti in deliberazione e chiedere che l'assemblea venga rinviata per consentire all'organo amministrativo di colmare la lacuna⁸⁰. Solo i soci intervenuti in assemblea, laddove raggiungano la percentuale di capitale minima richiesta, potranno intervenire chiedendo il rinvio.

La norma, posta a tutela della minoranza, ha la funzione di garantire un approfondito dibattito assembleare e di consentire all'avente diritto una partecipazione consapevole ed il conseguente consapevole esercizio del voto. Tuttavia è possibile ricercare la sua funzione anche altrove (tra l'altro la richiesta potrebbe anche pervenire da tanti soci che rappresentano una aliquota di capitale tale da identificarsi con la maggioranza), ovvero nella tutela del

⁷⁹ Per quanto riguarda le società aperte, la disciplina è la medesima, fatta salva la possibilità di prevedere quorum meno elevati esclusivamente per la terza convocazione ai sensi dell'art. 126 T.U.F..

⁸⁰ La riforma non ha inciso sulla formulazione della norma, salvo aumentare il termine del rinvio da tre a cinque giorni.

funzionamento efficiente della società. In altre parole, la norma consente agli amministratori, su sollecitazione dei soci, di valutare il grado di informazione dell'assemblea e provvedere di conseguenza, al fine di evitare che la delibera possa essere successivamente invalidata. Lo strumento è strettamente correlato al parallelo diritto di informazione che viene riconosciuto singolarmente ad ogni socio (sul punto vedi *supra*): un socio che venga adeguatamente informato da parte dell'organo preposto delle informazioni necessarie affinché possa esercitare il proprio diritto di voto, è più difficile che possa lamentare, tra l'altro assieme agli altri soci che rappresentano almeno un terzo degli intervenuti, di non essere in grado di assumere quella determinata decisione in maniera consapevole, provocandone un rinvio.

La richiesta di rinvio può essere esercitata senza alcuna formalità, purché si tratti di richiesta motivata⁸¹. Essa va indirizzata al presidente dell'assemblea con l'indicazione anche della data di rinvio entro cinque⁸² giorni e non può esercitarsi che una sola volta per lo stesso oggetto. Nulla osta, dunque, a che il rinvio possa ripetersi per un diverso oggetto all'ordine del giorno e se la richiesta investe tutti gli argomenti, il rinvio esaurisce il diritto della minoranza. Una tale circostanza lascia il dubbio della eventuale configurabilità di un comportamento strumentale della minoranza che intende procrastinare l'adozione dell'assemblea come mera azione di disturbo, prestandosi dunque alla configurazione di un abuso. Per tale ragione, la richiesta non potrà essere generica, ma motivata per ciascuno degli argomenti per cui è richiesto il rinvio, per l'insufficienza delle informazioni emerse con la discussione⁸³. La preoccupazione sembra confermata dalla posizione

⁸¹ App. Roma, 21-04-1998, in *Riv. Dir. Comm.*, 1998, II, 197 nota di Niccolini.

⁸² SERRA A., *Il procedimento assembleare*, op. cit., 69.

⁸³ La dottrina ha affrontato la questione della possibilità di richiedere un rinvio, al di fuori della ipotesi tipica prevista dall'art. 2374 c.c., per ragioni diverse dall'insufficienza di informazione. La soluzione positiva appare preferibile purché condizionata ad un

della giurisprudenza, che ha individuato la natura del diritto a richiedere il rinvio all'assemblea come soggettivo, più propriamente potestativo, cui conseguentemente non può non corrispondere la correlata situazione giuridica del dovere o della soggezione in capo al soggetto destinatario⁸⁴; situazione che in ogni caso non esclude a priori la configurabilità di un comportamento strumentale o abusivo dei soci che richiedono il rinvio⁸⁵.

Si tratta, dunque, di uno strumento a tutela del socio e del suo diritto ad esercitare il voto in maniera informata, strumento la cui utilizzabilità è limitata al raggiungimento di una quota minima di capitale, per cui di più difficile utilizzo rispetto al diritto di controllo o di informazione, riconosciuti individualmente al socio. Questo dipende probabilmente dalla circostanza che lo strumento, attraverso il procrastinarsi della seduta assembleare e dunque della adozione della delibera su quel determinato argomento, più di altri si presta ad essere

controllo da parte dei soci che dovranno valutare la rispondenza del differimento rispetto all'interesse sociale, ciò in quanto solo in tal modo viene bilanciato l'interesse al potere di autoregolamentazione dell'assemblea rispetto ai propri lavori con l'interesse allo svolgimento, da parte di ciascun socio e della minoranza ad una puntuale attività (Cfr. sul punto sempre Serra A., *L'assemblea: procedimento*, op cit., 176).

⁸⁴ SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario*, op. cit., 117.

⁸⁵ In questo senso si è espressa la giurisprudenza più recente: «In materia societaria è venuta principalmente in rilievo la posizione della maggioranza rispetto a quella dei soci in minoranza, esaminandosi gli aspetti inerenti all'esercizio del diritto di voto sotto il profilo dell'abuso di potere, sempre in applicazione del principio generale del divieto di abusare dei propri diritti, senza quindi approfittare di una posizione di supremazia, affermandosi la ricorrenza, nelle delibere assembleari, di un vincolo desunto da tale obbligo di correttezza, con conseguente invalidità della delibera, qualora venga raggiunta la prova che il potere di voto sia stato esercitato allo scopo di ledere gli interessi degli altri soci, ovvero risulti in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto. Ciò detto, si è evidenziato come la riconduzione della facoltà di chiedere il rinvio dei lavori assembleari nell'ambito del diritto potestativo (art. 2374 c.c.) che, individuando il soggetto passivo nei cui confronti inciderà la modificazione conseguente al suo esercizio, è pur sempre un diritto relativo, ancorché determini uno stato di soggezione piuttosto che un dovere di collaborazione, non è di per sé ostativa alla configurabilità di un eventuale abuso del diritto» (Cass. civ. Sez. I, 12-12-2017, n. 29792, Massima redazionale, 2018).

utilizzato in modo strumentale dalla minoranza per rallentare l'attività sociale. Ciò, in particolare, in considerazione della circostanza che il presidente dell'assemblea, verificata la sussistenza dei requisiti, non potrà rifiutare il rinvio⁸⁶, così come non potranno opporsi gli altri soci, anche laddove fosse la maggioranza a deliberare contro il rinvio⁸⁷, pena l'annullabilità della delibera⁸⁸. A controbilanciare tale strumento è il termine molto ristretto del rinvio, termine entro il quale, si suppone, il socio debba farsi parte diligente, assieme all'organo onerato di fornire le informazioni, affinché ponga rimedio alla carenza informativa. Nulla impone tuttavia che ciò effettivamente avvenga: il rinvio può essere richiesto per una sola volta e non sono previsti meccanismi di controllo sulla eventualità che durante il periodo di rinvio non vengano poste in essere le attività informative idonee a colmare le lacune.

D'altro canto, essendo la nuova riunione assembleare una continuazione della prima (stessa) assemblea, potranno parteciparvi gli stessi soggetti intervenuti la prima volta, che sono stati informati alla chiusura della prima assemblea della data e del luogo previsti della continuazione, di tal che è onere dell'intervenuto che si sia temporaneamente assentato, informarsi⁸⁹ e il diritto di rinvio non potrà configurarsi rispetto al socio che, pur in possesso dei requisiti richiesti dalla legge, venga a conoscenza della data e dell'ora della riunione rinviata e voglia parteciparvi, non ritenendo, in tal caso che esso, in quanto assente alla prima riunione, sia neppure legittimato a partecipare alla riunione rinviata. Non può d'altro canto negarsi che, pur trattandosi di uno strumento astrattamente idoneo a configurare un abuso, esso sia

⁸⁶ Trib. Prato, 6 maggio 1987, in *Società*, 1987, 836.

⁸⁷ Trib. Roma, 03-08-1998, in *Società*, 1999, 4, 455 nota di Taurini.

⁸⁸ Tribunale Catania, 10-01-2002, in *Società*, 2002, 7, 879: «E' annullabile la deliberazione che sia stata assunta nonostante la richiesta di rinvio avanzata dal singolo socio, in caso di assemblea totalitaria, o da una parte qualificata del capitale sociale presente all'assemblea convocata secondo l'ordinaria procedura».

⁸⁹ VISENTINI G., *L'assemblea della società per azioni*, op.cit..

in effetti utile supporto ai soci che intendano adottare la decisione in modo consapevole, se correttamente utilizzato. Ciò che preoccupa di più per valutare l'efficacia dello strumento rimane la circostanza che non sia previsto un controllo di qualche tipo circa l'idoneità delle informazioni fornite medio tempore a colmare la lacuna, né sono previste le modalità con cui tale attività potrà essere assolta, ritenendo dunque applicabili, in quanto compatibili, i principi utilizzabili in generale circa le modalità di esercizio di informazione e controllo del socio.

5.3. L'assemblea totalitaria e il diritto di opposizione alla discussione

Ai sensi dell'art. 2366 c.c., anche laddove manchino le formalità previste per la convocazione, l'assemblea si considera regolarmente costituita quando è rappresentato l'intero capitale sociale e partecipa all'assemblea la maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo. Il *favor* del legislatore verso l'istituto è evidente sol che si consideri come rispetto alla vecchia formulazione della norma, l'assemblea totalitaria non richiede più la presenza di tutti i componenti degli organi amministrativi e di controllo, ma solo la maggioranza di essi, prevedendo parallelamente che agli assenti dovrà essere data tempestiva informazione⁹⁰.

⁹⁰ Con riferimento alla verifica della sussistenza dell'intero capitale sociale, si riporta la massima H.B.14 - (rappresentanza dell'intero capitale sociale nell'assemblea totalitaria - 1° pubbl. 9/05) del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili del Triveneto, in www.notaitriveneto.it/: «Si deve ritenere “rappresentato l'intero capitale sociale” ai fini della valida costituzione dell'assemblea in forma totalitaria qualora: - in caso di usufrutto o di pegno su azioni siano presenti i soggetti investiti del diritto di voto (e quindi del diritto di intervento ex art. 2370 comma 1 c.c.) e pertanto, di regola, l'usufruttuario e il creditore pignoratizio, salvo convenzione contraria ex art. 2352 comma 1 c.c.; - in caso di comproprietà di azioni sia presente il rappresentante comune nominato ai sensi dell'art. 2347 c.c., non essendo invece necessaria la presenza di tutti i contitolari delle azioni, posto che è il solo rappresentante comune il soggetto investito del diritto di voto e quindi del diritto di intervento; - in caso di azioni proprie, siano presenti i titolari del diritto di voto delle azioni in circolazione posto che per le azioni

Si tratta dell'istituto della c.d. assemblea totalitaria. La presenza dell'intero capitale sociale e della maggioranza degli organi amministrativi e di controllo, nonostante il mancato rispetto delle formalità previste per la convocazione, ha efficacia sanante delle omissioni o delle irregolarità nel procedimento di convocazione, di tal che l'assemblea potrà, ad esempio, deliberare anche su argomenti che non sono inclusi nell'ordine del giorno, ovvero superare l'omissione di adempimenti preliminari, quali ad esempio il mancato preventivo deposito delle azioni prescritto dall'art. 2370 c.c.⁹¹.

Si tratta di un istituto che il legislatore ha previsto anche con riferimento alle S.r.l., laddove, ai sensi dell'art. 2479 *bis* c.c., la deliberazione s'intende in ogni caso adottata, pur in mancanza delle formalità prescritte per la convocazione dell'assemblea, quando ad essa partecipa l'intero capitale sociale e tutti gli amministratori e sindaci sono presenti o informati della riunione e nessuno si oppone alla trattazione dell'argomento⁹².

proprie il diritto di voto è sospeso (dette azioni, in quanto debbono essere computate ai fini del calcolo del quorum costitutivo ai sensi dell'art. 2357 ter c.c., proprio perché di proprietà della stessa società, debbono ritenersi sempre comunque "presenti")».

⁹¹ Cfr. sul punto Serra A., Il procedimento assembleare, op. cit., 55 e MONTAGNANI C., *sub artt. 2363-2366*, in *Società di capitali. Commentario*, G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres (a cura di), Napoli, 2004, 475).

⁹² Rispetto alla regola prevista in tema di S.p.A., nelle S.r.l. viene previsto che debbano essere presenti tutti gli organi amministrativi di controllo; se assenti devono comunque essere informati (da qui la prassi di da parte dei componenti degli organi amministrativi o di controllo che non sono presenti di inviare una apposita dichiarazione in cui si dichiarano informati rispetto all'assemblea, all'ordine del giorno, alle materie da trattare). Viene anche evidenziato il mancato coordinamento tra le due discipline con riferimento alla circostanza che i quorum previsti nelle s.r.l. vengano richiesti per "l'adozione della delibera" e non ai fini della regolare costituzione dell'assemblea (come è previsto in tema di S.p.A.). Per una analisi compiuta della disciplina cfr. RESCIO G.A., *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, in *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese, Atti del Convegno*, Firenze, 16.11.2002, in www.associazionepreite.it, 9.

Per la regolare costituzione dell'assemblea totalitaria è innanzitutto necessario che sia rappresentato l'intero capitale sociale⁹³ e l'intervento della maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo (effettivi e non supplenti, salvo che non vi siano subentrati)⁹⁴, purché siano previamente informati⁹⁵.

L'assemblea totalitaria, trattandosi comunque di riunione che non viene tenuta previo espletamento di tutte le formalità previste dalla legge, appare in ogni caso fortemente instabile, poiché ciascuno dei soggetti legittimati a partecipare all'assemblea ha il diritto di opporsi alla discussione. Si tratta di diritto esercitabile singolarmente, non soltanto dal socio, ma anche da ciascun componente degli organi amministrativi e di controllo presenti⁹⁶, fermo in ogni caso il diritto di richiedere il rinvio dell'assemblea, applicabile anche in caso di assemblea totalitaria, che spetta sempre ad una minoranza qualificata di soci.

Il partecipante potrà opporsi senza alcuna formalità e senza altra motivazione se non quella di non essere sufficientemente informato e

⁹³ Ai sensi dell'art. 2368 c.c., per raggiungere il *quorum* dell'assemblea ordinaria, si prendono in considerazione solo le azioni con diritto di voto, di tal che la stessa regola sarà applicabile anche all'assemblea totalitaria. Anche nel caso di emissione di strumenti finanziari diversi dalle azioni attributivi del diritto di voto su specifici argomenti è richiesta la presenza dei titolari delle stesse, se legittimati a votare in quella assemblea. Cfr. in argomento FIORIO P. M., *sub art. 2366*, in *Comm. Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti*, I, Bologna, 2004, 503.

⁹⁴ La disciplina è ispirata alle esigenze di funzionamento dell'organo assembleare, per facilitarne la regolare costituzione. Avendo la nuova disposizione carattere imperativo, le clausole statutarie che riproducono l'art. 2366 c.c. nella versione pre-riforma, devono ritenersi inefficaci. Cfr. sul punto PASQUARIELLO C., *sub artt. 2364-2366*, in Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, I, Padova, 2005, 458.

⁹⁵ Non è considerato "organo" in senso stretto il revisore legale della società, cui tra l'altro non spetta il diritto di intervento in assemblea, che spetta solo ai sindaci e ai componenti del consiglio di sorveglianza (si tratta di diritto-dovere ai sensi degli articoli 2405 e 2409 *terdecies*, c.c.) Sul punto Rescio G.A., in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, 186.

⁹⁶ Cfr. in argomento Ferrara, Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, 533.

tale dichiarazione è insindacabile, anche quando siano amministratori o sindaci a sollevare l'opposizione⁹⁷.

Si discute se, in caso di opposizione sia sufficiente un rinvio da parte del presidente, in applicazione analogica dell'art. 2374 c.c., ovvero se sia necessaria una successiva e regolare convocazione⁹⁸. In considerazione della presenza dell'intero capitale sociale e della maggioranza degli organi amministrativi o di controllo, nonché della tempestiva informazione ai componenti assenti, si ritiene sia sufficiente un mero rinvio, ciò anche nel rispetto della ratio della norma, che intende facilitare l'adozione della delibera in presenza di tutti i soci, sanando i vizi della convocazione⁹⁹.

Con riferimento alle modalità di esercizio del diritto di veto, si tratta di una dichiarazione insindacabile con la quale il soggetto interessato dichiara di non ritenersi sufficientemente informato, non soggetta ad alcuna formalità¹⁰⁰, di tal che non sussiste alcun obbligo di motivare l'opposizione in termini diversi e più ampi di quelli indicati nella norma: sarà quindi sufficiente dichiarare di non essere sufficientemente informato sulla materia da trattare¹⁰¹.

⁹⁷ MONTAGNANI C., *sub artt. 2363-2366*, in *Società di capitali. Commentario*, G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres (a cura di), Napoli, 2004, 477, SERRA A., *Il procedimento assembleare*, op. cit., 59.

⁹⁸ Della prima opinione, FERRARA F. JR.-CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, della seconda opinione SERRA A., *Il procedimento assembleare*, op. cit., 59.

⁹⁹ La giurisprudenza ha precisato che: «In tema di società di capitali, in caso di rinvio ad altra data della prosecuzione dei lavori dell'assemblea, la società deve procedere ad una nuova convocazione dei soci assenti all'assemblea di cui viene disposto il rinvio. Al contrario, il nuovo avviso di convocazione non è necessario nell'ipotesi in cui l'assemblea della quale viene disposto il rinvio sia totalitaria in quanto, in tal caso, l'accordo di differire l'adunanza ad una diversa data vale a sostituire l'avviso di convocazione, dato che tutti i soggetti sono posti nella possibilità di conoscere il giorno del luogo in cui si terrà il prosieguo dell'assemblea» (Tribunale Roma, 29-07-2015, Massima Redazionale, 2015).

¹⁰⁰ Cfr. sempre FERRARA, CORSI, op. cit., 533 e MELONCELLI F., *sub art. 2366*, op. cit. 281.

¹⁰¹ SERRA A., *Il procedimento assembleare*, op. cit., 59.

Anche la disciplina dell'assemblea totalitaria e del connesso diritto di opposizione (riconosciuto singolarmente ad ogni soggetto legittimato a partecipare all'assemblea, lo si ripete) rappresenta uno strumento volto a garantire il diritto di informazione del socio e, in questo caso, anche degli organi amministrativi e di controllo che sono legittimati a partecipare a quell'assemblea non regolarmente convocata. È un esempio di contemperamento di contrapposte esigenze. Da un lato lo strumento consente di superare le irregolarità nel processo di convocazione dell'assemblea, nell'ottica di favorire la speditezza nell'assunzione delle decisioni (soprattutto in società con compagine sociale ristretta), dall'altro lato attribuisce il diritto di veto a chi si dichiara non essere sufficientemente consapevole circa la adottanda decisione. Lo strumento, a parere di chi scrive, si presta meno di altri alla possibilità di essere fonte di abuso da parte di una minoranza o di una maggioranza: la circostanza che l'intera compagine debba essere presente (anche in mancanza di avviso) garantisce una certa consapevolezza di tutti i soci (che in mancanza di avviso o in presenza di un avviso irregolare potrebbero non presentarsi in assemblea, determinando l'invalidità della delibera). In ogni caso anche l'organo di controllo, garante della regolarità del procedimento, deve essere presente e può opporsi, così come può farlo ogni socio che, pur essendo presente, può rendersi conto medio tempore, di non essere in condizioni di votare informato e decide di opporre il proprio veto.

In ogni caso la delibera assunta nonostante la richiesta di rinvio si considera annullabile¹⁰².

6. Le tutele legali. Uno sguardo di insieme

Abbiamo finora trattato le tutele di tipo legale messe a disposizione del socio.

¹⁰² Trib. Catania, 10-01-2002, in *Società*, 2002, 7, 879 nota di Fusi.

Si tratta di tutele riconosciute strumentalmente al diritto di esercitare la propria *voice* e di tutelare la propria posizione. Di tipo preventivo rispetto alla delibera (il diritto di informazione o il diritto di richiedere il rinvio dell'assemblea), ovvero di tipo successivo (il diritto di ispezione rispetto ad atti già posti in essere), volte a soddisfare l'esigenza di tutela rispetto all'espressione del voto nella deliberazione (attraverso la possibilità di modificare i *quorum* o di esprimersi in modo totalitario). Tutto nel rispetto del principio di buona fede e parità di trattamento tra tutti i soci, pena l'invalidità della deliberazione adottata in violazione di tali principi.

Il socio è quindi singolarmente tutelato avendo il diritto di essere informato circa la delibera che sta per essere adottata, ed attraverso il diritto di controllo ad esso garantito rispetto a taluni specifici casi. Come detto, non si tratta di tutele generalizzate, ma temperate dall'esigenza di garantire la speditezza del procedimento e di non aggravare in maniera eccessiva l'organo amministrativo.

Lo è altresì nel procedimento di adozione della delibera che, se avvenuto regolarmente, determina che il singolo socio, anche se dissenziente, debba sottostare alla decisione della maggioranza assembleare. La *voice* non è in tal caso compressa o ignorata, ma consapevolmente piegata alle esigenze dell'organo sociale dove, diversamente dalla sede contrattuale, non comanda la regola dell'unanimità dei contraenti.

Per tale ragione, non è consentito aumentare i *quorum* legali previsti per talune delibere, così come è invece possibile modificarne altri, purché senza arrivare mai a prevedere l'unanimità. La minoranza può sempre opporsi alla trattazione e richiedere un rinvio dell'assemblea, per quanto, come anticipato, non appare un metodo idoneo, in assenza di adeguati controlli sull'effettivo assolvimento da parte dell'organo amministrativo al proprio dovere di controllo, a

garantire pienamente l'informazione del socio (o dei soci, quelli che insieme detengono il *quorum* richiesto).

L'esigenza di tutela appare maggiormente pregnante in presenza di una assemblea totalitaria, e qui il diritto di opposizione è riconosciuto singolarmente a ciascun socio, indipendentemente dal numero di azioni possedute. Ciò si spiega nella totale mancanza di una qualche informazione preventiva circa i lavori assembleari.

In conclusione, le tutele finora esaminate, così come contemplate dalle esigenze sociali, sono di certo utili strumenti deterrenti rispetto all'abuso del proprio diritto e della propria posizione da parte del socio di maggioranza, ma non del tutto efficaci, risolvendosi talvolta in una arma spuntata.

Al socio che voglia far valere il proprio dissenso non rimane dunque che valutare la possibilità, ove ne ricorrano i presupposti, di avvalersi di rimedi, sempre di tipo legale, successivi rispetto all'adozione di quella delibera, o al compimento di quell'atto che ritiene irregolare perché adottato in spregio delle norme di legge applicabili o perché, in ogni caso, lesivo dei propri diritti in spregio dei principi generali di correttezza e buona fede.

Nel prossimo capitolo verranno esaminati questi rimedi e ne verrà valutata la rispondenza rispetto alla esigenza di tutela della minoranza, che si reputi lesa dal comportamento del socio di maggioranza o dell'organo amministrativo che di esso è espressione.

Capitolo Secondo

LA TUTELA LEGALE NEL PROCEDIMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa: la convocazione e la deliberazione assembleare – 2. La possibilità del socio di ricorrere alla tutela cautelare pre-assembleare – 3. Le tutele del socio nel procedimento di impugnazione delle deliberazioni assembleari: - 3.1. La legittimazione dei soci all'impugnazione – 3.1.1. Un caso particolare: l'abuso e l'eccesso di potere come causa di impugnazione delle delibere assembleari – 3.1.2. Il conflitto di interessi e l'abuso del diritto di voto – 3.2. La tutela sospensiva dell'esecuzione della delibera – 3.3. Il rimedio risarcitorio – 4. L'impugnativa delle delibere del consiglio di amministrazione – 5. I rimedi successivi diversi dall'impugnazione: - 5.1. La denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. – 5.2. La denuncia al collegio sindacale ai sensi dell'art. 2408 c.c. – 5.3. L'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza e la sua rinuncia o transazione – 6. Conclusioni e rinvio.

1. Premessa: la convocazione e la deliberazione assembleare

Passando brevemente in rassegna alcuni aspetti generali del procedimento assembleari, partendo dall'avviso di convocazione fino ad arrivare all'approvazione della delibera, tratteremo dunque dei rimedi di tipo legale riconosciuti ad una minoranza qualificata o al socio singolarmente, a seconda della tipologia di azione.

L'assemblea della società per azioni deve essere convocata dagli amministratori con avviso, da pubblicarsi nella Gazzetta ufficiale della Repubblica, ovvero su almeno un quotidiano indicato dello statuto, almeno quindici giorni prima di quello fissato per l'adunanza (art. 2366 c.c.)¹⁰³. Se i giornali indicati nello statuto hanno cessato la pubblicazione, la pubblicità prevista per la convocazione avverrà comunque nella Gazzetta ufficiale¹⁰⁴.

¹⁰³ La possibilità di alternativa di pubblicazione dell'avviso di convocazione sulla Gazzetta Ufficiale o su un quotidiano è stata introdotta con la riforma con la precipua finalità di semplificare il procedimento di pubblicazione rispetto alla precedente disciplina e di ampliare l'autonomia statutaria; la dottrina aveva, infatti, a più riprese, rilevato come il precedente sistema di convocazione risultasse essere eccessivamente oneroso per la società, in quanto troppo lungo, complesso e spesso fonte di ritardo (DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 436).

¹⁰⁴ L'art. 2366 c.c. non prevede particolari requisiti di importanza o di diffusione che il quotidiano prescelto deve osservare affinché la pubblicità sia idonea allo scopo. Si ritiene che la norma citata debba considerarsi rispettata laddove si tratti di quotidiani di

Lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, in deroga alla previsione citata, possono prevedere che la convocazione avvenga mediante comunicazione al socio attraverso mezzi sostitutivi, purché idonei a garantire l'avvenuta ricezione almeno 8 giorni prima dell'assemblea (ad esempio lettera raccomandata, fax, telefax, e-mail).

Si rileva che tale ultima previsione di un avviso di convocazione individuale, per quanto semplifichi di molto il procedimento, potrebbe essere astrattamente idonea a provocare qualche disagio, ad esempio nel caso di avvenuto trasferimento delle azioni senza che l'acquirente sia stato ancora iscritto nel libro soci, rilevato il mancato coordinamento con la disciplina del deposito delle azioni per l'intervento in assemblea ex art. 2370 c.c., ove statutariamente previsto.

La disciplina attualmente vigente, anche se limitatamente alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, qui analizzate, sembra finalmente superare la precedente concezione dell'avviso di convocazione quale forma di pubblicità posta a tutela dei terzi, che verrebbero anch'essi messi a conoscenza dell'evento convocazione grazie alla pubblicazione dell'avviso in Gazzetta ufficiale, ora non più unico mezzo utile per convocare l'assemblea; con le nuove previsioni l'avviso di convocazione è valido anche se portato a conoscenza di ogni socio individualmente con la spedizione dello stesso al suo domicilio, di tal che il predetto avviso assume valenza di tutela del socio che è presumibilmente direttamente e concretamente interessato alla adozione della delibera, piuttosto che del terzo estraneo

rilevanza nazionale a carattere generale (con la stessa diffusione della Gazzetta ufficiale), salvo eccezioni dettate da particolari esigenze della compagine sociale. Cfr. sul punto MELONCELLI F., *sub art. 2366*, in *La riforma delle società, Commentario al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), I, Torino, 2003, 278. Per una parte della dottrina, invece, la società avrebbe piena autonomia nella scelta del quotidiano, in assenza di qualsiasi specificazione da parte della norma. Sul punto SALAFIA V., *L'assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1055.

alla compagine (prima tutelato attraverso una pubblicazione astrattamente conoscibile da tutti)¹⁰⁵.

L'art. 2363 c.c. dispone che l'assemblea debba essere convocata nel comune ove ha sede la società, salvo che l'atto costitutivo non disponga diversamente, contrariamente alla precedente dizione della norma, che prevedeva la convocazione della assemblea presso sua sede (salvo diversa previsione dello statuto). Alla luce delle intervenute modifiche, l'avviso di convocazione deve ora contenere anche l'indirizzo specifico del luogo in cui l'assemblea deve essere tenuta, se essa non è convocata presso la sede sociale (conformemente all'art. 2328 c.c. che prevede l'inserimento nello statuto sociale del solo comune in cui si trova la sede sociale). La legge lascia ai soci la facoltà di prevedere luoghi diversi per la riunione, ed è infatti prassi consolidata che negli statuti vengano inserite clausole che autorizzano la convocazione fuori dal comune ove si trova la sede sociale, con dizioni anche molto generiche, eventualmente anche all'estero¹⁰⁶. In pratica si ritiene sufficiente l'indicazione dello Stato e non si richiede quella della città o regione nella quale si potrà tenere l'adunanza¹⁰⁷.

La scelta del luogo di convocazione da parte degli amministratori assume un diverso rilievo anche alla luce della ulteriore modifica,

¹⁰⁵ È da segnalare come la giurisprudenza, anche nel vigore della precedente disciplina (Corte di App. Torino 28 gennaio 1946 in *Foro it.* 1950, I, 131), ha ritenuto valide le ulteriori forme di pubblicità e notifica dell'avviso di convocazione che l'atto costitutivo nel caso di specie aggiungeva a quella legale.

¹⁰⁶ Prima della citata riforma, la legittimità di questo tipo di clausole è stata molto discussa e la soluzione prevalente era quella che negava la legittimità delle clausole che contenevano dizioni assolutamente generiche come, ad esempio, quelle che prevedevano la possibilità per gli amministratori di convocare l'assemblea "in qualsiasi altro luogo" o "anche al di fuori del territorio nazionale", senza che fosse delimitato lo Stato entro il quale ciò doveva avvenire (Trib. Udine 28 dicembre 1993, decr. in *Società*. 1994, 522; Trib. Bologna 4 aprile 1995, decr., in *Società*. 1995, 1225). Diversamente venivano considerate valide le clausole che, pur contenendo un'indicazione generica, circoscrivevano l'ambito al solo Stato italiano, ovvero a Stati esteri espressamente indicati in cui è possibile che si tenga la riunione (App. Milano 6 aprile – 8 maggio, decr., 1984, in *Riv. Not.* 1984, II, 943).

¹⁰⁷ Di diverso avviso DI SABATO F., *Manuale delle società*, op. cit., 437.

apportata dalla Riforma, al procedimento di formazione della volontà assembleare e consistente, ai sensi del novellato art. 2370 c.c., nella possibilità per i soci, se lo statuto lo prevede, di intervenire in assemblea avvalendosi di mezzi di telecomunicazione. Il legislatore ha approfittato della riforma per seguire quella opinione meno restrittiva che mirava a favorire la partecipazione dei soci all'assemblea per permettere il superamento della così detta apatia razionale (più vicina al socio di minoranza) e che era stata seguita anche dagli orientamenti notarili¹⁰⁸.

A tale riguardo il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili del Triveneto ha precisato nella massima n. H.B.16 (1° pubbl. 9/06) che «In caso di riunione con mezzi di telecomunicazione per la quale siano stati predisposti dalla società più luoghi collegati nei quali i soci potranno contestualmente intervenire, e detti luoghi appartengano a fusi orari diversi, è necessario che si precisi per ciascun luogo della riunione il giorno e l'ora locale di convocazione».

In assenza di apposite clausole statutarie che legittimino il relativo procedimento, la convocazione dell'assemblea dei soci in luoghi diversi dalla sede sociale è viziata e comporta l'annullabilità

¹⁰⁸ Si rileva, appunto, nella disciplina pre-riforma, una certa incertezza in argomento. La giurisprudenza spaziava infatti tra pronunce secondo cui non risultava omologabile la clausola statutaria che prevedeva la possibilità per l'assemblea ordinaria di riunirsi in videoconferenza (Trib. Forlì, 13/12/2000, in *Giur. Comm.*, 2002, II, 398) e pronunce che ritenevano legittime le clausole dello statuto di s.r.l. (la cui disciplina pre-riforma era, ai nostri fini, assimilabile a quella delle S.p.A.), che prevedevano la convocazione dell'assemblea ordinaria, del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo mediante posta elettronica e che ne consentivano le riunioni per tele/videoconferenza (Trib. Sassari, 19/05/2000, in *Vita Notar.*, 2001, 883). Optava per la legittimità di tali clausole il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili del Triveneto, massima n. H.B.16 (formalità di convocazione di assemblea da tenersi con mezzi di telecomunicazione in luoghi aventi diversi fusi orari - 1° pubbl. 9/06), in: <http://www.trivenetogiur.it>.

della delibera, a meno che questa non sia stata assunta in assemblea totalitaria¹⁰⁹.

È irregolare l'assemblea tenuta in luogo diverso da quello indicato nell'ordine del giorno e legittima il socio ad impugnare la delibera, salvo l'ipotesi di sanatoria, laddove l'adozione della delibera sia di interesse di tutti i soci, consistente nell'assemblea totalitaria (sul punto vedi *supra*).

Diversa ulteriore questione è se sussista la possibilità per gli amministratori, una volta convocata l'assemblea, di revocarla, anticipando che la questione, controversa, già nel vigore della precedente disciplina, non ha trovato una soluzione neppure con la riforma. La questione prende le mosse dalla diversa concezione dell'organizzazione della società e, in particolare, del rapporto interorganico sussistente tra assemblea e amministratori¹¹⁰.

La giurisprudenza più recente opta per la soluzione rigoristica, ritenendo che l'avvio del procedimento di formazione dell'assemblea, avvenuto con l'invio di un avviso di convocazione valido, determina il concretarsi dei poteri dell'assemblea e l'esaurimento di quelli

¹⁰⁹ Già prima della riforma, si tendeva ad interpretare l'art. 2363 c.c. con una certa elasticità, consentendo la convocazione fuori dei locali sociali, qualora vi fossero ragioni che ne impedivano l'utilizzo (sede occupata o inadatta), purché la riunione fosse stata convocata in un luogo che non determinasse per i soci maggiori costi o difficoltà di quelli che sarebbero stati necessari per accedere alla sede sociale (e si presumeva che tale luogo fosse circoscritto nell'ambito dello stesso comune). In questo senso Trib. Genova 11 luglio 1987 in *Riv. Not.* 1988, 451. D'altro canto tale impostazione sembra essere coerente anche con l'orientamento formatosi nel vigore del codice di commercio. Cfr. In questo senso App. Milano, 2 dicembre 1938, in *Riv. Dir. Comm.* 1939, II, 182.

¹¹⁰ Reputa revocabile la convocazione la giurisprudenza che ritiene che l'organo amministrativo, essendo titolare di poteri autonomi, avrebbe non soltanto il potere di convocare l'assemblea, ma anche quello corrispondente di revocarla, trovando limite nell'esigenza di non ledere i diritti della società e dell'assemblea attraverso continue revoche immotivate. Cfr. in questo senso Cass. 1 marzo 1973, n. 562, in *Giur. it.*, I, 1979, 729. Diversamente Cass. 2 agosto 1977, n. 3422, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 1979, 69, che ritiene irrevocabile l'avviso, considerando l'assemblea organo sovrano rispetto all'organo amministrativo, di tal che gli amministratori esaurirebbero la loro funzione di impulso con la pubblicazione o con l'invio dell'avviso di convocazione, non residuando alcun potere di revoca.

dell'amministratore. Sarà se mai l'assemblea regolarmente convocata a deliberare nel senso dell'accertamento e/o la sanatoria di eventuali vizi¹¹¹. Diversamente la dottrina più recente¹¹² non manca di criticare l'orientamento giurisprudenziale più rigoristico, partendo dal rilievo che organo amministrativo e assemblea costituiscono organi della società rispetto ai quali sussiste un rapporto di immedesimazione organica che impedisce di qualificare i detti organi come portatori di posizioni contrapposte; gli amministratori eserciterebbero, quindi, il potere di convocare l'assemblea non nell'interesse proprio ma nell'interesse della società. Conseguentemente, laddove sia l'interesse sociale a guidare l'operato degli amministratori, questo giustificerebbe, se fondato su ragioni obiettive, la revoca dell'avviso di convocazione. Una tale soluzione, sempre secondo la citata dottrina, avrebbe il pregio di eliminare l'incertezza del socio che riceva prima l'avviso di convocazione e poi la sua revoca con differimento della data dell'adunanza (fatta salva in ogni caso la disciplina prevista per l'assemblea totalitaria). A sostegno di questa teoria soccorrerebbe l'art. 2367 ultimo comma c.c., il quale, affermando che «La convocazione su richiesta di soci non è ammessa per argomenti sui quali l'assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta», confermerebbe che il potere degli amministratori, almeno per le materie individuate dalla norma, perdurerebbe anche successivamente alla ricezione da parte dei soci dell'avviso di convocazione.

Secondo altra dottrina, il potere di revocare la convocazione dell'assemblea da parte degli amministratori sussiste in tutti i casi in cui la prima convocazione sia avvenuta a discrezionalità dell'organo e non laddove sia obbligatoria per legge o per statuto; si escluderebbe, al

¹¹¹ Cfr. Tribunale Napoli, 25 maggio 2004, in *Riv. dir. comm.*, II, 2004, 325.

¹¹² In questo senso MAGLIULO F.-TASSINARI F., *Il funzionamento di assemblea di s.p.a. nel sistema tradizionale*, Milano, 2008, 99 e ss.

contrario, la possibilità di revocare l'avviso nel caso in cui la convocazione dell'assemblea sia un atto dovuto per legge, poiché, in tal caso, sussisterebbe un interesse particolarmente qualificato al completamento del procedimento assembleare e il venir meno del citato interesse dovrebbe essere accertato esclusivamente in sede di riunione, laddove l'assemblea, solo una volta riunitasi, ritenga di aggiornare la seduta e, conseguentemente, deliberi in tal senso¹¹³.

In ogni caso, il mancato rispetto dell'interesse sociale nell'operato degli amministratori sarebbe valutabile quale indice di responsabilità per *mala gestio* e quale eventuale giusta causa di revoca dell'incarico dell'amministratore, che rimarrebbe responsabile per i danni derivanti dalla mancata tenuta dell'assemblea a suo tempo dallo stesso convocata.

Il codice nulla dispone in ordine alle modalità di votazione. La scelta è lasciata dunque allo statuto o, in mancanza di indicazioni, all'assemblea, che di regola decide per mezzo del suo presidente. La riforma sul punto si è limitata ad introdurre una serie di precisazioni, quali l'introduzione del voto a distanza ai sensi dell'art. 2370, comma 4, c.c., ovvero l'obbligo di identificazione nel verbale, ai sensi dell'art. 2375, comma 1 c.c., dei soci favorevoli dissenzienti o astenuti alla votazione¹¹⁴.

¹¹³ MARCHETTI P., *sub artt. 2367, Assemblea*, op. cit..

¹¹⁴ In caso di contestazione da parte dei soci sul metodo di votazione indicato dal presidente, l'ultima parola spetta all'assemblea. Così l'App. Firenze 14 gennaio 1965, cit. «L'esercizio del voto è diritto sovrano dell'organo collegiale ed ogni decisione sulle regole, con cui tale diritto si deve esercitare, non può essere riservata alla volontà dell'intero organo collegiale. Tale fenomeno sfugge per lo più nella pratica delle assemblee, perché il sistema di votazione viene proposto dal presidente e lo stesso è di fatto adottato, perché normalmente non sorgono contestazioni al riguardo. Per lo più l'assemblea fa propria la proposta del presidente, con la conseguenza che si ha una implicita decisione sulle modalità della votazione da parte dell'organo collegiale, purché l'invito stesso venga accolto senza obiezioni. Al contrario, se uno o più soci non intendono aderire alla proposta del presidente, non può il medesimo deliberare il modo di manifestazione del voto, ma lo stesso deve essere stabilito dall'assemblea dei soci». Il presidente, continua la motivazione, può evitare di proporre la questione

La votazione può avvenire nei modi più vari: per alzata di mano, per appello nominale, attraverso apposite schede di voto, per acclamazione, purché essa consenta a ciascun intervenuto di manifestare liberamente il proprio voto¹¹⁵.

2. La possibilità del socio di ricorrere alla tutela cautelare pre-assembleare

Anticipiamo quanto verrà affrontato più approfonditamente nel proseguo, ovvero come l'art. 2378 c.c. preveda il rimedio cautelare della sospensione della deliberazione assembleare impugnata e come tale rimedio, concluderemo, sia applicabile non soltanto alle delibere *sub iudice* perché ritenute annullabili, ma anche a quelle delibere considerate nulle. In questo quadro ci si è chiesti se, ferma l'applicazione della tutela sospensiva apprestata ai sensi dell'art. 2378 c.c., possa essere riconosciuto al socio che si lamenta leso, anche il ricorso alla tutela cautelare atipica prevista dall'art. 700 c.p.c.. Più precisamente, ci si riferisce a quei casi in cui la misura cautelare è richiesta per la sospensione di atti del procedimento assembleare prodromici alla approvazione della delibera (quali ad esempio la convocazione, la nomina del presidente dell'assemblea e le sue decisioni in seno all'adunanza, il computo della maggioranza) non autonomamente lesivi del diritto soggettivo del socio, come è invece l'approvazione della delibera medesima.

Nel vigore della precedente disciplina, in mancanza di una norma di legge *ad hoc*, la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate su quale fosse la valenza lesiva di tali atti endoprocedimentali, primo tra tutti l'avviso di convocazione

all'assemblea solo se il sistema richiesto non sia consentito in quanto in contrasto con i principi dell'ordinamento societario, trattandosi in tal caso di una alternativa tra sistema legittimo e illegittimo.

¹¹⁵ Cfr. per tutti SERRA A., *L'assemblea: il procedimento*, op. cit., 177-178.

dell'assemblea. L'ostacolo alla configurabilità di una tutela di urgenza si rinveniva in particolare: (i) nella natura residuale della tutela *ex art.* 700 c.p.c., laddove esisteva (ed esiste) un rimedio sospensivo tipico previsto all'art. 2378, comma 3 c.c. (prima quarto comma), nonché (ii) nella assenza di una norma specifica (ora presente) che prevedesse la possibilità, da parte dei soci, di impugnare la delibera del consiglio di amministrazione che, disponendo la convocazione dell'assemblea, fosse potenzialmente lesiva dei loro diritti.

Come noto, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., il provvedimento in via di urgenza deve essere idoneo ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza di merito, nell'attesa di far valere il diritto in via ordinaria, di tal che il provvedimento anticipatorio non è fine a se stesso, ma è preordinato all'emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui la misura cautelare nel frattempo concessa assicurerà l'effettività. Nonostante il richiedente, ottenuta la misura cautelare provvisoria, non abbia l'onere di proporre il successivo giudizio di merito, resta in ogni caso salvo il carattere strumentale, in senso funzionale, della misura cautelare. In questo senso il ricorso proposto *ante causam* dovrà già specificare al suo interno gli elementi della futura causa di merito. In questa ottica, il diritto soggettivo che il socio intende tutelare deve essere il medesimo diritto che potrebbe difendere in contenzioso e il rimedio cautelare non può andare oltre l'anticipazione degli effetti che potrà disporre la sentenza che definisce il merito¹¹⁶.

Parte della giurisprudenza si è espressa sull'argomento, tendendo ad escludere la possibilità di sospendere la convocazione assembleare non ancora tenutasi, sul rilievo che un tale atto sarebbe stato di per sé

¹¹⁶ Cfr. sulla ricostruzione del rimedio cautelare e in chiave critica sulla sua configurabilità quale rimedio endoprocedimentale alternativo all'art. 2378 c.c. VISENTINI G., *L'assemblea della società per azioni*, op. cit., ai cui riferimenti si rimanda.

inidoneo a provocare quel pregiudizio imminente e irreparabile che costituisce il presupposto necessario per il ricorso alla tutela d'urgenza¹¹⁷; lo stesso rimedio è stato negato in un caso in cui i ricorrenti avevano annunciato la volontà di impugnare la deliberazione consiliare di convocazione¹¹⁸. In entrambi i casi si esclude infatti la possibilità di ricorrere al rimedio atipico previsto dall'art. 700 c.p.c., ritenendo invece applicabile il rimedio tipico approntato dall'art. 2378 c.c..

La problematica della sospendibilità in via d'urgenza della convocazione dell'assemblea veniva, quindi, risolta negativamente tutte le volte in cui l'avviso di convocazione non fosse stato ritenuto atto idoneo a produrre effetti dannosi e irreparabili al di fuori del procedimento di cui costituisce una necessaria fase prodromica, ovvero nel processo di formazione della delibera assembleare; è proprio la delibera assembleare che apparirebbe, al contrario, come l'unico atto potenzialmente idoneo a cagionare conseguenze dannose¹¹⁹.

¹¹⁷ Sul punto si è espresso Trib. Napoli, 19/12/1992, in *Società*, 1993, 957 nota di Guarnieri, secondo cui «La convocazione di assemblea è un atto di natura strumentale e neutrale, rispetto agli interessi dei soci: non è, pertanto, idonea a provocare quel pregiudizio imminente e irreparabile che costituisce il presupposto necessario per il ricorso alla tutela d'urgenza. L'avviso di convocazione di assemblea non può di per sé produrre un danno grave ed irreparabile, perché inidoneo a ledere situazioni giuridiche soggettive, essendo solo funzionale alla formazione della volontà assembleare. E' inammissibile il ricorso alla tutela innominata di cui all'art. 700 c.p.c. al fine di ottenere la sospensione della convocata assemblea, sussistendo specifica tutela attraverso il rimedio previsto dall'art. 2378 c.c. avverso la deliberazione assembleare» e Trib. Catania, 19/10/1993, in *Giur. Comm.*, 1994, II, 691 nota di Sanfilippo, secondo cui «E' inammissibile il ricorso alla tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. al fine di sospendere lo svolgimento dell'assemblea di società di capitali».

¹¹⁸ Trib. Brescia 24 aprile 2002, in *Società*, 2003, 1, 67 secondo cui «Nell'ipotesi in cui la convocazione dell'assemblea della s.p.a. risulti già di per sé lesiva dei diritti del socio, a prescindere dai successivi ed eventuali vizi della delibera adottata dall'assemblea, l'inibitoria dello svolgimento di quest'ultima non può essere ottenuta con un ricorso ex art. 700 c.p.c., in quanto deve essere impugnata la delibera del consiglio di amministrazione e nell'ambito di quel giudizio deve essere chiesta la sospensione ai sensi dell'art. 2378, comma 4, c.c.».

¹¹⁹ In questo senso Trib. Potenza 6 novembre 1999, in *Dir. prat. soc.*, 3, 2000, 69; Trib. Roma 2 novembre 1999, in *Dir. fall.*, 2000, II, 806, contra Trib. Padova 17 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, 67.

Diversamente, è stata riconosciuta la possibilità per i soci di adire l'autorità giudiziaria, chiedendo in via d'urgenza la sospensione o il differimento *ante causam* della convocazione dell'assemblea ordinaria da essi stessi richiesta, ma cui era loro inibito di partecipare per effetto di un sopravvenuto provvedimento di esclusione¹²⁰. In particolare, la Corte afferma che il ricorso al provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* si deve ritenere inammissibile solo quando il contenuto della tutela atipica va a duplicare quello delineato dalla tutela tipica accordata dal codice civile con il rimedio della possibilità di sospendere la delibera assembleare, una volta che la stessa sia venuta ad esistenza.

Dunque, sebbene i vizi dell'avviso di convocazione dell'assemblea societaria si traducano in vizi della deliberazione assembleare e possano, siccome tali, farsi valere in sede di impugnazione, deve tuttavia ammettersi la tutela anticipatoria, in quanto preventiva rispetto al prodursi di effetti già viziati all'origine, in base ad un criterio di razionalità e all'esigenza diffusa di rendere la funzione del giudice anche atta a prevenire, facendo chiarezza interpretativa, le future liti¹²¹.

Tali orientamenti meritano di essere reconsiderati alla luce della disciplina vigente.

In particolare, secondo parte della dottrina, il nuovo regime restrittivo delle impugnazioni costituirebbe elemento determinante a sostegno della tesi della inammissibilità del provvedimento cautelare di sospensione dell'avviso di convocazione, così da evitare che la fase cautelare riacquisti l'originale ampiezza di tutela reale che il legislatore della riforma ha inteso, al contrario, restringere¹²².

¹²⁰ Tribunale di Padova ordinanza del 20-04-2000, in *Società*, 9, 2000, 1122.

¹²¹ Trib. Milano 22.12.1989, in *Foro It.*, I, 1990, 1704; cfr., anche, Pret. Modena 21.7.1988, in *G. Comm.*, II, 1989, 991.

¹²² In questo senso MARCHETTI P., *sub art. 2366, Assemblea*, Picciau (a cura di), in *Commentario alla riforma delle società*, P. Marchetti-L. A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari (diretto da), Milano, 2008.

Nel senso della possibilità di impugnare tipicamente la delibera del consiglio di amministrazione in vece di richiedere la sospensione cautelare atipica della convocazione assembleare dallo stesso deliberata, militerebbero anche ulteriori norme introdotte con la riforma e, in particolare, l'art. 2388 c.c., che prevede la possibilità di impugnare le deliberazioni del consiglio di amministrazione anche da parte del socio, laddove le dette delibere siano lesive dei suoi diritti. Il nuovo testo della norma citata richiama, infatti, in quanto compatibili, gli artt. 2377 e 2378 c.c. (come noto, tali norme prevedono, rispettivamente, la legittimazione ad impugnare la delibera solo a tanti soci che possiedano il numero di azioni previste e la possibilità di sospendere la detta delibera)¹²³.

A diverse conclusioni si dovrebbe giungere laddove si consideri che l'assemblea potrebbe essere convocata con avviso inviato non necessariamente previa delibera del consiglio di amministrazione (si pensi all'amministratore unico o all'amministratore delegato) e in tal caso, nonostante una interpretazione sistematica della disciplina lo vieti, la dottrina ammette la possibilità (mancando un altro autonomo rimedio) di invocare la tutela in via di urgenza *ex art. 700 c.p.c.*¹²⁴. Probabilmente a questa stessa conclusione sarebbe giunta anche la giurisprudenza nel caso in cui la convocazione dell'assemblea non fosse derivata da una previa delibera del c.d.a., ma dallo stesso delegato al presidente o ad altro fra i suoi membri ovvero fosse opera, ad esempio, di un amministratore unico, ovvero se la lesione del diritto dedotta e temuta dal ricorrente si fosse manifestata in un momento successivo alla deliberazione consiliare. Nei casi prospettati, infatti, la deliberazione

¹²³ Probabilmente sarebbe stato maggiormente efficace prevedere per il socio leso nei propri diritti dall'atto degli amministratori la possibilità di impugnarlo singolarmente e non al ricorrere dell'aliquota di capitale richiesta dall'art. 2377 c.c. per l'impugnazione delle delibere ritenute annullabili, il che potrebbe vanificare la tutela.

¹²⁴ Magliulo F.-Tassinari F., *Il funzionamento di assemblea di s.p.a. nel sistema tradizionale*, op. cit., 99 e ss..

consiliare sarebbe stata, per mancanza di qualsiasi deliberazione impugnabile, inappuntabile e censurabile sarebbe al più la sua esecuzione concreta da parte del delegato, con conseguente inapplicabilità del rimedio di cui all'art. 2378 c.c. e con la possibilità di ricorrere, solo in via residuale, all'art. 700 c.p.c.

Diversamente opinando si andrebbe ad ammettere la possibilità, per i soci, di impugnare, sempre ai sensi del combinato disposto degli artt. 2388 e 2378 c.c., la determinazione dell'amministratore unico che convoca l'assemblea, ovvero della delibera con cui il consiglio ha delegato il potere di convocare l'organo al singolo amministratore.

Sul punto sono intervenute pronunce che militano ancora una volta nel senso della ammissibilità della tutela cautelare ai sensi dell'art. 700 c.p.c. per paralizzare atti endoprocedimentali che si reputano astrattamente lesivi dell'interesse del socio. Sembrerebbe emergere, in particolare, un diverso orientamento che, diversamente da quanto fin qui rappresentato, vuole riconoscere la tutela cautelare ai sensi dell'art. 700 c.p.c., ogni qualvolta l'art. 2378 c.c. non sia applicabile, così arrivando a tutelare posizioni di interesse quali veri e propri diritti soggettivi e determinando un discostamento dalla *ratio* della disciplina legale.

Si è alle volte riconosciuto il ricorso alla tutela cautelare atipica in casi in cui si è dimostrato che il rimedio tipico non assicurava in concreto (in presenza cioè di tutte le condizioni di fatto e di diritto) la stessa tutela con la medesima ampiezza offerta. Ad esempio, è stata riconosciuta la possibilità di ordinarsi ai sensi degli artt. 700 c.p.c. e 23 D.Lgs. n. 5/2003 che non si tenga l'assemblea di società ove la convocazione sia affetta da vizi (nel caso di specie perché convocata da soggetto divenuto socio in violazione della clausola statutaria di prelazione) che potrebbero legittimare l'impugnazione delle delibere che ne scaturiranno, al fine di evitare il prodursi di conseguenze cui la successiva sospensione *ex art.* 2378 c.c. non potrebbe integralmente

ovviare, come nel caso di diretta incidenza della adottanda delibera sul funzionamento degli organi dell'ente (nel caso di specie all'ordine del giorno vi era la revoca del consiglio di amministrazione e la nomina di un amministratore unico)¹²⁵.

Ancora, è stata ritenuta inammissibile la richiesta di sospensione di una delibera assembleare negativa ai sensi dell'art. 2378, comma 3, c.c., risultando tale delibera - per sua natura - priva di efficacia, laddove di contro è stata invece riconosciuta la possibilità di esperire la tutela cautelare anticipatoria ai sensi dell'art. 700 c.p.c., in quanto funzionale rispetto all'azione volta a dichiarare il legittimo risultato deliberativo dell'assemblea¹²⁶. La cautela anticipatoria atipica può essere accordata solo quando vi è un concreto pericolo di danno per il socio di minoranza consistente nel dover sopportare gli effetti di una delibera illegittima durante il periodo necessario all'ottenimento della sospensione cautelare. Non può, viceversa, essere accordata allorché il rimedio della sospensione degli effetti della delibera *ex art. 2378 c.c.* sia sufficiente a tutelare le ragioni dei soci di minoranza¹²⁷. Ad esempio, è legittimo ed accoglibile *inaudita altera parte* il ricorso del socio di una banca popolare volto ad ottenere la temporanea sospensione della delibera di trasformazione della banca cooperativa in società per azioni e ciò al fine di evitare i possibili pregiudizi derivanti dal mutamento del quadro normativo innescato dagli interventi del Consiglio di Stato a causa del quale si rende attualmente impossibile esprimere un voto consapevole in assemblea¹²⁸. È stata parimenti ritenuta ammissibile la tutela cautelare atipica di carattere anticipatorio avente ad oggetto l'ordine alla società e al presidente dell'assemblea di ammettere alla votazione

¹²⁵ Trib. Mantova, 20/12/2007, in Sito *Il caso.it*, 2008.

¹²⁶ Trib. Milano Sez. spec. in materia di imprese Ordinanza, 28-11-2014, in *Quotidiano Giuridico*, 2015.

¹²⁷ Trib. Genova Sez. IX Ordinanza, 11-05-2016, in *Società*, 2016, 10, 1165.

¹²⁸ Trib. Milano Sez. spec. in materia di imprese Decreto, 16-12-2016, in *Giur. It.*, 7, 2017, 1629 nota di Bartolucci.

determinate azioni, in quanto costituisce misura interinale strumentale all'accertamento nel merito del diritto a votare in assemblea, e a questo specifica, laddove appaiano altamente probabili condotte assembleari lesive della posizione del socio e la realizzazione della condotta lesiva non possa essere più rimediata mediante iniziative cautelari dirette ad eliderne le conseguenze¹²⁹.

3. Le tutele del socio nel procedimento di impugnazione delle deliberazioni assembleari:

La disciplina della invalidità delle delibere assembleari è stata sicuramente quella maggiormente “colpita” dalla riforma del 2003. Esplicativa in tal senso è la stessa relazione al d.lgs. 6/2003, che spiega come «L'individuazione legislativa delle ipotesi di invalidità, richiesta dalla legge delega, corrisponde ad una sorta di riserva di legge al riguardo [...]. Si è perciò formulato il principio di tassatività delle ipotesi di invalidità delle deliberazioni assembleari previste dalla legge: la annullabilità per violazione di norme, anche imperative, di legge o di clausole dello statuto, e la nullità nelle ipotesi tassativamente indicate nel nuovo art. 2379. Per prevenire ogni possibile dubbio si è tenuto a precisare quali conseguenze produce sulla validità della deliberazione la mancanza di legittimazione di partecipanti all'assemblea o l'illegittimità del singolo voto o la incompletezza o inesattezza del verbale assembleare. Risulta al tempo stesso precisato che simili anomalie possono tutt'al più comportare semplice annullabilità della deliberazione. Per ovviare all'inconveniente, troppe volte manifestatosi nell'esperienza, di impugnative ispirate da intenti meramente ricattatori si è richiesto il possesso di una quota qualificata di capitale sociale per

¹²⁹ Trib. Milano Sez. VIII Decreto, 16-07-2012, in *Società*, 6, 2013, 707 nota di Serafini.

esercitare l'azione di annullamento, mentre è stato confermato il termine di tre mesi entro il quale l'annullabilità può essere fatta valere»¹³⁰.

Dunque, rispetto alla disciplina precedente, i casi tassativi di nullità delle deliberazioni assembleari sono stati aumentati, anche al fine di confermare la superfluità della pronuncia di inesistenza: alle impossibilità o illiceità dell'oggetto si sono aggiunte la mancata convocazione dell'assemblea e la mancanza del verbale della deliberazione, pur con la analitica precisazione di quando una assemblea può dirsi non convocata e di quando un verbale può dirsi mancante.

Rilevanti innovazioni consistono nella previsione di cause sananti la nullità: di carattere generale è la previsione del termine decadenziale di tre anni per proporre l'azione, al trascorrere del quale opera la sanatoria (fatta salva solo l'ipotesi della modificazione dell'oggetto sociale che introduca attività illecite o impossibili, la cui delibera è impugnabile senza limiti di tempo). Di carattere particolare sono le sanatorie riguardanti l'invalidità di deliberazioni vertenti su specifici oggetti quali l'aumento o la riduzione del capitale sociale o la emissione di obbligazioni (e, ai sensi dell'art. 2500 *bis* c.c., anche il caso di trasformazione), la cui relativa azione di nullità è soggetta ai brevi termini di decadenza di cui all'art. 2379 *bis* c.c.. Analogo discorso vale per l'invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio di esercizio, non più impugnabile dopo l'approvazione del bilancio successivo (art. 2434 *bis* c.c.).

Già da questa preliminare disamina è possibile affermare come l'attuale disciplina: (i) sembri, in primo luogo, voler ribadire il principio secondo cui l'annullabilità costituisce la regola per le delibere invalide, salvo ricadere in uno dei tre casi tassativi al ricorrere dei quali l'art. 2379 c.c. prevede la sanzione della nullità; (ii) appaia, in secondo luogo,

¹³⁰ Relazione al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, Paragrafo 5, Dell'Assemblea.

volta a regolare, in modo maggiormente puntuale, le impugnazioni, prevedendo termini di decadenza, specificando per ciascuna azione i soggetti legittimati a proporla, individuando una disciplina specifica del procedimento di impugnazione; (iii) sembri volere, conseguentemente, eliminare i vizi non codificati e in particolare la categoria dell'inesistenza.

La disciplina riformata sembra altresì volere sancire una volta per tutte il definitivo distacco tra la disciplina civilistica della invalidità del negozio giuridico e quella della invalidità delle delibere assembleari, attraverso il riconoscimento di autonome categorie di invalidità previste dal diritto societario, rispetto a quelle classiche individuate dal diritto civile.

Tornando ad una analisi più strettamente operativa, sembra che sia venuta meno la ragione stessa della distinzione puramente nominativa tra delibere nulle e annullabili, se non a meri fini classificatori, rimanendo ferma l'individuazione dei vizi della delibera in termini di non conformità alla legge o allo statuto dell'atto che si ritiene viziato.

Sembra, altresì, che la disciplina riformata abbia spostato l'attenzione dal vizio organizzativo in sé considerato, al profilo delle conseguenze del detto vizio, così intendendo maggiormente tutelare gli interessi delle diverse categorie di azionisti, nell'ottica di tutela solo per quei vizi che possano colpire (i) una categoria di azionisti qualificati dal possesso di una certa quota azionaria e quindi interessata al corretto svolgimento dell'attività collettiva (diritti di *voice*) e (ii) una seconda categoria di azionisti individuali titolari di una pretesa risarcitoria dagli stessi azionabile. Il sistema così delineato si concretizza, da un lato,

nella diminuzione delle possibilità di impugnazione e, dall'altro lato, in un ampliamento delle possibilità di sanatoria dei vizi¹³¹.

3.1 La legittimazione dei soci all'impugnazione

Come noto, la riforma del diritto societario ha profondamente innovato il sistema delle impugnazioni delle delibere assembleari. La disciplina vigente prevede che le deliberazioni annullabili (art. 2377 c.c.) possano essere impugnate dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza, dal collegio sindacale e dai soci assenti, dissenzienti e astenuti entro 90 giorni dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione o deposito nel registro delle imprese, entro 90 giorni dall'iscrizione o dal deposito.

Una delle previsioni più rilevanti di nuova introduzione appare, senza dubbio, la previsione di una percentuale minima di capitale sociale quale condizione per promuovere l'azione di impugnazione da parte dei soci¹³². La *ratio* della modifica è quella di attribuire stabilità alle delibere assembleari, così da impedire l'impugnativa per vizi lesivi di interessi di singoli soci e di consentirla nei soli casi in cui la stessa sia destabilizzante per il buon funzionamento della società (e impedendo quindi parallelamente il perpetrarsi di quelle azioni che potrebbero essere qualificate come di mero disturbo). Da tale nuova impostazione sembra dunque emergere il *favor* del legislatore per una tutela a carattere risarcitorio piuttosto che reale, nell'ottica di

¹³¹ In tal senso CHIAPPETTA F., *sub art. 2377, Assemblea*, Picciau (a cura di), in *Commentario alla riforma delle società*, P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), Milano, 2008.

¹³² Come verrà successivamente specificato, alla stregua della novella del 2003, occorre una partecipazione, anche congiunta e qualificata, e l'art. 2378 c.c. stabilisce che la perdita di tale requisito nel corso dell'intero processo impedisce che si decida sull'azione di annullamento, anche se non impedisce che si decida sull'azione risarcitoria eventualmente promossa dagli stessi impugnanti (tale azione risarcitoria essendo predisposta proprio per i soci privi della partecipazione qualificata che li legittimerebbe all'impugnazione). Cfr. sul punto App. Milano, 10/10/2006 in *Corriere del Merito*, 2007, 3, 301.

accentuare la stabilità delle delibere impugnabili¹³³, non senza indebolire la posizione del singolo socio che, se non è in possesso della quota richiesta per impugnare, non ha diritto all'azione.

Le percentuali minime richieste per agire per l'impugnazione della delibera che si ritiene essere irregolare variano a seconda del tipo di società presa in considerazione dall'ordinamento e sono in ogni caso derogabili¹³⁴, inserendosi così la detta modifica nell'ambito del filone legislativo, inaugurato con la riforma, che intende ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria, fino a decidere addirittura di ridurre o di escludere il detto requisito.

Nel vigore della precedente disciplina, la giurisprudenza aveva assimilato ai soci assenti e dissenzienti anche gli astenuti, precisando che devono essere considerati dissenzienti «i soci che abbiano negato, in qualsiasi forma manifestata in assemblea, il proprio contributo all'approvazione della delibera, attraverso il voto contrario o l'astensione, senza che rilevi la motivazione di tali comportamenti»¹³⁵. Una tale impostazione è stata recepita dal legislatore della riforma che ha introdotto espressamente, nell'art. 2377 c.c., tra i soggetti legittimati all'impugnazione, in aggiunta ai soci assenti e dissenzienti, anche i soci astenuti.

Ai fini della legittimazione, la qualità di socio deve di regola sussistere sia al momento dell'adozione della delibera che al momento della impugnazione. Ciò si desume dalla stessa lettera della legge, che

¹³³ SACCHI R., *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), II, Torino, 2006.

¹³⁴ Non vi è motivo per non ritenere le percentuali prescritte derogabili non solo in diminuzione quanto anche in aumento purché. In tale ultimo caso, la diversa maggiore percentuale richiesta non dovrebbe rendere eccessivamente oneroso o addirittura impossibile l'esercizio dell'azione da parte del socio impugnante; in pratica non potrebbe essere introdotta una percentuale che di fatto impedisca l'esercizio del diritto, fattispecie che ben potrebbe travalicare nel recinto dell'abuso.

¹³⁵ In questi termini Cass. 21 novembre 1996, n.10279, in *Società*, 1997, 7, 775.

richiede che il socio (legittimato al voto) non abbia preso parte alla decisione (perché appunto assente, dissenziente o astenuto)¹³⁶.

In realtà l'impostazione più rigorosa aveva subito dei temperamenti già nel vigore della precedente disciplina, laddove la giurisprudenza aveva riconosciuto l'interesse ad impugnare anche all'*ex* socio, purché fosse dimostrata l'esistenza di un interesse qualificato alla caducazione della delibera. Tale interesse si rinveniva, ad esempio, nel caso in cui la qualità di socio fosse venuta meno a causa della mancata sottoscrizione del capitale sociale, a fronte dell'impugnazione della deliberazione assembleare di azzeramento e ricostituzione¹³⁷.

Per quanto inerisce a quei soci che non rappresentano la parte di capitale sociale richiesta per impugnare la delibera (ivi inclusi i soci senza diritto di voto, che quindi non hanno legittimazione all'impugnazione diretta), a tali categorie viene riconosciuta dallo stesso art. 2377 c.c., una tutela di tipo risarcitorio, che assume valenza di rimedio residuale rispetto alla vera e propria impugnazione (sul punto vedi *infra*).

Tanto chiarito, affrontiamo ora le problematiche più strettamente connesse al rispetto del requisito del *quorum* minimo per impugnare la deliberazione e alla parallela problematica della gestione

¹³⁶ Nell'ipotesi in cui il socio nelle more della definizione di un giudizio di impugnativa della delibera assembleare - nella specie delibera di approvazione del bilancio d'esercizio, nonché contestuale nomina del collegio sindacale e determinazione dei relativi compensi - trasferisce a terzi la propria partecipazione azionaria e, di conseguenza, perde la propria qualità di socio, perde l'interesse ad agire con conseguente sopraggiunta inammissibilità della domanda (Trib. Milano, 15/06/2005 in *Società*, 2006, 4, 485).

¹³⁷ Cfr. Trib. Torino 30 giugno 1998, in *Giur. it.*, 1999, 786, Cass. 15 marzo 1995, n. 2968, in *Società*, 1995, 1173, nonché Cass. 13 gennaio 1988, n. 181, in *Nuova giur. civ. commentata*, I, 1988, 635. Tale ultima decisione è stata criticata da una parte della dottrina (cfr. sul punto ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (a cura di), III, 2, Torino, 1994, 277 e ss.), secondo cui il dato testuale dispone chiaramente nel senso che solo il socio attuale è legittimato all'impugnativa e, pertanto, la soluzione a situazioni di ingiustizia sostanziale andrebbe ricercata *aliunde*, ad esempio attraverso l'eventuale inefficacia della delibera o la sua nullità.

dell'impugnazione in caso del venir meno in corso di causa della quota di capitale minimo richiesto.

L'art. 2377, comma 3, c.c. prevede che l'impugnazione per annullabilità della delibera assembleare possa essere proposta dai soci che possiedano tante azioni con diritto di voto da rappresentare, anche congiuntamente, il cinque per cento del capitale sociale (l'uno per mille nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio), fermo restando che lo statuto può ridurre o escludere questo requisito.

Parallelamente l'art. 2378, comma 2, c.c. precisa che, al momento dell'impugnazione, il socio o i soci oppositori debbano dimostrarsi possessori del numero di azioni previsto dal terzo comma dell'art. 2377 c.c. e che, fermo restando quanto disposto dall'art. 111 c.p.c., qualora nel corso del processo venga meno, a seguito di trasferimento per atto tra vivi il richiesto numero di azioni, il giudice non possa pronunciare l'annullamento, potendo solo provvedere sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto.

Diversamente l'art. 111 c.p.c. prescrive che, qualora nel corso del processo si trasferisca il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie. In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante può esserne estromesso. In ogni caso, la sentenza pronunciata contro il dante causa spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare.

Autorevole dottrina ha messo in luce come il secondo comma dell'art. 2378 c.c. abbia risolto due questioni, una esplicitamente e una implicitamente¹³⁸. Sotto il primo versante avrebbe previsto espressamente che il socio sia legittimato all'azione solo in quanto

¹³⁸ COTTINO G., *Dal "vecchio" al "nuovo" diritto azionario: con qualche avviso ai naviganti*, in *Giur. Comm.*, I, 2013.

portatore di un interesse attuale. In questo senso la perdita da parte del socio nel corso del giudizio del numero minimo di azioni richiesto determina l'impossibilità per il giudice di pronunciarsi sull'annullamento o di concedere il risarcimento del danno. Nel caso specifico di cessione delle azioni in pendenza di causa, il processo invece prosegue tra le parti originarie secondo la disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.). Sotto il secondo versante, la stessa norma prevedrebbe implicitamente la legittimazione ad agire dell'acquirente delle azioni in data successiva all'assemblea (ma ancora in pendenza del termine per impugnare), in quanto la sua legittimazione viene valutata al tempo dell'impugnazione, ai sensi dell'art. 2377, comma 3, c.c.¹³⁹.

A ben vedere, il quadro normativo appena riportato lascia irrisolti una serie di quesiti interpretativi dagli immediati risvolti pratici e riguardanti principalmente, da un lato, la posizione processuale dei soci impugnanti e, dall'altro lato, il coordinamento tra le norme sostanziali e la disciplina processuale richiamata.

Sotto il primo profilo, ci si è interrogati sul corretto significato da attribuire all'avverbio "congiuntamente" e, in particolare, se il legislatore abbia inteso ammettere la possibilità che il *quorum* azionario richiesto dall'art. 2377 c.c. possa dirsi soddisfatto semplicemente sommando il numero di azioni detenute da ciascun socio che agisca autonomamente in giudizio, o se abbia invece voluto imporre ai soci l'onere di agire collettivamente in giudizio con un unico atto introduttivo.

¹³⁹ In realtà in questo caso la riforma non ha fatto altro che recepire un indirizzo largamente diffuso in giurisprudenza, in base al quale la legittimazione dell'impugnante viene ancorata al possesso della qualità di socio al momento della proposizione dell'impugnazione e al momento della decisione della controversia (cfr. da ultima Cass. Civ., 27.10.2014, n. 22784, in *Società*, 4, 2015, 433).

Una parte della dottrina trae dalla lettura della suddetta norma l'ipotesi di una sorta di litisconsorzio necessario fra i soci impugnanti¹⁴⁰. Secondo un'altra dottrina è ammissibile invece la proponibilità, da parte del socio, che da solo non raggiunga la quota di capitale richiesta, di una domanda di annullamento della deliberazione condizionata sospensivamente alla proposizione di una identica domanda da parte di altri soci in possesso di un numero di azioni sufficiente a raggiungere il *quorum* richiesto¹⁴¹. Secondo questa ultima interpretazione, la norma sarebbe compatibile con un progressivo raggiungimento della quota di capitale prevista dalla legge; la domanda originaria sarebbe validamente proposta laddove l'integrazione della soglia di partecipazione avvenga attraverso l'intervento volontario del socio, prima dello spirare del termine di decadenza previsto dall'art. 2377 c.c. (in tal caso l'intervento potrebbe essere qualificato come adesivo dipendente). La soluzione sembra tuttavia smentita dall'art. 2378 c.c. laddove si precisa, da un lato, che i soci impugnanti devono dimostrarsi possessori delle azioni richieste al tempo dell'impugnazione e, dall'altro lato, che laddove più soci in possesso (singolarmente o congiuntamente) del numero di azioni prescritto abbiano già proposto legittimamente una impugnazione, tutte le ulteriori successive domande proposte contro la medesima delibera devono essere riunite. La riunione delle impugnazioni non inciderebbe in ogni caso sulla autonomia delle rispettive azioni, sia pure temperata dalla necessità di un'unica sentenza che definisca il giudizio¹⁴²; avendo il provvedimento di riunione delle impugnazioni carattere meramente ordinatorio, lo stesso non potrebbe

¹⁴⁰ FERRI C., *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2005, 56 e ss.

¹⁴¹ LENER R., *sub art. 2378*, in *Società di Capitali*, Niccolini G. Stagno d'Alcontres (a cura di), Napoli, II, 2004, 551.

¹⁴² Sul punto anche SCALA A., *Profili processuali degli articoli 2377 e 2378*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), II, Torino, 2006, p. 277 e ss.

in ogni caso sopperire alla mancata titolarità del diritto vantato in giudizio da uno degli attori.

La questione offre spunti di riflessione anche sul tema dei rapporti fra legittimazione ed interesse ad agire nei giudizi di annullamento delle deliberazioni assembleari invalide e, più in particolare, sui rapporti fra legittimazione ad agire e titolarità del diritto sostanziale.

A tale riguardo, parte della dottrina ha sostenuto che l'art. 2377 c.c. inciderebbe, limitandola, sulla legittimazione ad agire dei soci per ottenere l'annullamento della deliberazione, parallelamente evidenziando la dubbia legittimità della norma¹⁴³. Secondo altra parte della dottrina, il possesso della soglia di capitale, previsto dall'art. 2377 c.c., non atterrebbe alla legittimazione ad agire, quanto piuttosto al merito del diritto all'annullamento, rappresentandone uno degli elementi costitutivi, insieme al diritto di voto, da parte del socio impugnante la delibera¹⁴⁴.

Tanto premesso, riteniamo ragionevole ritenere, per quanto nella pratica si tratti di soluzione di difficile applicazione, che le impugnazioni proposte da più soci titolari congiuntamente del numero di azioni richiesto debbano essere contenute in un unico atto introduttivo e che le diverse domande, proposte da chi non è titolare delle azioni necessarie per l'impugnazione, possano se mai essere valutate dal giudice come domande di risarcimento dei danni, previa, se del caso, la riunione con la domanda principale; milita espressamente in tal senso il quinto comma dell'art. 2378 c.c., il cui dato letterale

¹⁴³ SALAFIA V., L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria, in Società 2003, 1177 e GUERRIERI G., *sub art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, A. Maffei Alberti (a cura di), vol. I, Padova, 2005, 536.

¹⁴⁴ Sul punto sempre SCALA A., *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378*, op. cit., 264.

appare difficilmente superabile¹⁴⁵. Ciò determina innegabilmente un aggravio a carico dei soci che intendano impugnare la delibera e che singolarmente non detengono il capitale richiesto. Essi per impugnare saranno onerati di coordinarsi con gli altri soci di minoranza per raggiungere il numero di azioni richiesto per l'esercizio dell'azione, che solo in tal modo saranno legittimati ad esperire.

Sotto un diverso profilo occorre approfondire la questione della legittimazione ad impugnare le deliberazioni assembleari annullabili in capo all'ex socio, divenuto tale a seguito del trasferimento per atto tra vivi della partecipazione. Ricordiamo quanto previamente evidenziato, ovvero che se l'annullamento di una deliberazione può condurre al ripristino della qualità di socio in capo all'attore non più tale, negare la legittimazione sarebbe in contrasto con i principi sanciti dall'art. 24 della Costituzione, in quanto equivarrebbe a negare all'ex socio la possibilità concreta di far valere quel diritto e si presterebbe a facili abusi da parte della maggioranza¹⁴⁶. Tale impostazione è ampiamente confermata dalla giurisprudenza sopra riportata e trova altresì conferma nella giurisprudenza più recente, nonché in quella dottrina che ha criticato per le stesse ragioni l'inserimento del *quorum* minimo per impugnare le delibere.

La questione si pone in quanto l'art. 111 c.p.c. prevede che, in caso di trasferimento per atto tra vivi del diritto controverso, il processo

¹⁴⁵ Secondo una dottrina, nel caso in cui più soci singolarmente possessori di una percentuale di azioni inferiori al quorum richiesto per chiedere l'annullamento della deliberazione, propongano separatamente domanda per richiedere il risarcimento del danno, il giudice rilevata con il provvedimento di riunione la presenza del richiesto numero di azioni per l'impugnazione, potrà rimettere in termini le parti che potranno così modificare la domanda originaria e richiedere l'annullamento (anche laddove siano diversi i vizi lamentati da ciascun socio). In questo senso SANZO S., *sub art. 2377*, in *Il nuovo diritto societario*, G. Cottino- G. Bonfante- O. Cagnasso- P. Montalenti (a cura di), I, Bologna, 2004, 621 e conferma RORDORF R., *sub art. 2377*, in *Commentario romano al nuovo diritto societario - Commento agli articoli 2325-2379-ter del codice civile*, F. D'alessandro (diretto da), II, 1, Padova, 2010, 852.

¹⁴⁶ Cfr. CARULLO G., *Brevi osservazioni in merito alla legittimazione attiva del socio alla legittimazione delle delibere assembleari*, in *Giur. Comm.*, 2, 2010, 274.

proseguiva tra le parti originarie, così determinando l'irrelevanza del trasferimento dei titoli azionari; contrariamente l'art. 2378 c.c., stabilisce che, se per effetto del trasferimento per atto tra vivi viene meno il prescritto numero di azioni, il giudice non può pronunciare l'annullamento e, se richiesto, provvede sulla domanda di risarcimento del danno¹⁴⁷.

A tale riguardo, appare quanto mai opportuno operare una preliminare distinzione fra perdita volontaria (caso di cessione volontaria della partecipazione) e perdita involontaria della partecipazione (quali ad esempio casi di illegittima esclusione o di recesso esercitato a seguito dell'adozione di delibere illegittime ai sensi dell'art. 2437 c.c., di deliberazioni invalide che modificano il capitale sociale da cui possa derivare, in caso di mancata sottoscrizione delle azioni di nuova emissione, la perdita della qualità di socio o della soglia azionaria prevista dall'art. 2377 c.c. per l'impugnazione).

Operando una analisi degli interessi, difficilmente sembra potersi riconoscere il diritto all'annullamento della deliberazione in capo al socio nel caso in cui questo, assente, dissenziente o astenuto, abbia ceduto volontariamente le proprie azioni prima della impugnazione. Qualora ricorra una simile circostanza, ci si deve semmai interrogare sul problema speculare della legittimazione alla impugnazione delle delibere assembleari da parte del nuovo socio (cessionario della partecipazione azionaria), valutando caso per caso la sussistenza del suo interesse¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Sulla qualificazione del danno risarcibile come danno diretto al patrimonio del socio o come danno indiretto al patrimonio sociale e in termini indennitari o risarcitori cfr. A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, op. cit., 190, in argomento di veda anche G. GUERRIERI, *sub art. 2377*, op. cit..

¹⁴⁸ Sul tema R. LENER, *sub art. 2378*, op. cit., 560, che ritiene come il nuovo socio dovrebbe essere ritenuto legittimato alla impugnazione anche a prescindere dalla posizione assunta dal suo dante causa in assemblea acquistando una partecipazione "completa".

Diversamente il problema si sposta sul piano della eventuale applicabilità del principio della *perpetuatio legitimationis* di cui all'art. 111 c.p.c. ai casi in cui la perdita dello *status* di socio avvenga in corso di causa per motivi diversi dal trasferimento, per atto tra vivi, delle azioni. In tal caso una parte della dottrina ritiene necessario operare una interpretazione estensiva dell'art. 2378, comma 2 c.c. e del richiamo dallo stesso operato all'art. 111 c.p.c.; secondo tale tesi l'applicazione del principio della *perpetuatio legitimationis* si estenderebbe non solo alle ipotesi di trasferimento delle azioni a titolo particolare, come già previsto dal richiamo, ma anche ai casi di perdita involontaria dell'intera partecipazione o della parte necessaria per raggiungere la soglia rilevante prevista dall'art. 2377, comma 3¹⁴⁹, in tal modo costituendo una soluzione per attribuire alla minoranza una tutela reale contro i comportamenti abusivi della maggioranza¹⁵⁰.

In tali casi il richiamo operato dall'art. 2378 c.c. all'art. 111 c.p.c. potrebbe essere inteso come rinvio alla *ratio* di tale ultima disposizione consentendo, quindi, l'applicazione del principio della *perpetuatio legitimationis* a tutti i casi – diversi dal trasferimento del diritto controverso – in cui sorga l'esigenza di tutelare la parte che non abbia dato causa alla sopravvenuta perdita della legittimazione da comportamenti contrari ai principi di correttezza e buona fede.

Sul tema appare particolarmente significativa la pronuncia del Tribunale di Napoli del 14 gennaio 2011 che affronta la questione sopra citata della sussistenza della legittimazione del socio di una s.p.a. –

¹⁴⁹ Ritiene irrilevante ai fini processuali la circostanza che in corso di causa sopravvenga la rinuncia all'azione da parte di uno o taluni dei soci la cui quota di partecipazione è stata necessaria per raggiungere il *quorum* richiesto dall'art. 2377 per impugnare la delibera RORDORF R., *sub art. 2377*, in *Commentario romano al nuovo diritto societario - Commento agli articoli 2325-2379-ter del codice civile*, F. D'alessandro (diretto da), II, 1, Padova, 2010, 873.

¹⁵⁰ M. BASSI, *Nota a Tribunale Napoli, 14 gennaio 2011*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 3, 2012, pag. 702.

receduto *ex art.* 2437, comma 2, lett. a) e b), c.c. – ad impugnare la deliberazione assembleare, che ha costituito il presupposto dell'esercizio del recesso stesso¹⁵¹.

Il Tribunale ritiene che il principio della *perpetuatio legitimationis* non si possa applicare in linea di principio ai casi di perdita della qualità di socio per ragioni diverse dal trasferimento della partecipazione. Tuttavia, sebbene la formulazione della disposizione contenuta nell'art. 2378, comma 2 c.c. sembri pensata per i casi di cessione volontaria della partecipazione, si pone la necessità di una interpretazione estensiva anche ai casi di perdita involontaria della partecipazione in corso di causa. Dal combinato disposto delle norme citate si evincerebbe che: a) in caso di trasferimento per atto tra vivi della quantità di azioni necessarie per l'impugnazione, il processo prosegue tra le parti originarie e la sentenza che definisce il giudizio ha effetti anche nei confronti dell'acquirente che può intervenire; b) in caso di trasferimento della partecipazione per causa di morte, l'art. 2378 c.c. non troverebbe applicazione e il successore del socio impugnante potrebbe proseguire il giudizio ai sensi dell'art. 110 e 111, comma 2 c.p.c. o intervenire ai sensi dell'art. 111, comma 3 c.p.c.; tuttavia la *ratio* delle disposizioni consiste nell'evitare che il procedimento per l'impugnazione della delibera assembleare venga iniziato o proseguito da chi – *ex socio* – non ha più interesse nelle vicende sociali, di tal che una tale esigenza viene

¹⁵¹ Tribunale di Napoli, 14 gennaio 2011, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.3, 2012, pag. 697. Nel caso sottoposto all'attenzione della corte, due soci, complessivamente titolari della soglia di capitale prevista dall'art. 2377, comma 3, c.c., impugnano la deliberazione assembleare con la quale l'assemblea straordinaria di una s.p.a. ha deciso la proroga del termine di durata della società e ha previsto l'introduzione nello statuto sociale di clausole di gradimento e di prelazione in caso di trasferimento delle azioni da parte di un socio.

La questione della legittimazione dei due soci sorge in quanto questi ultimi, non avendo concorso alla formazione della detta deliberazione, dichiarano di esercitare il recesso dalla società con riferimento alla totalità delle rispettive azioni contemporaneamente alla proposizione della impugnazione e del ricorso volto ad ottenere la sospensione della deliberazione, *ex art.* 2378, comma 3, c.c..

meno nel caso peculiare in cui la delibera abbia leso un diritto del socio, in modo da riflettersi sulla sua illegittima estromissione dalla società.

Infatti, rifacendosi al citato orientamento giurisprudenziale anteriore alla riforma, il Tribunale ha riconosciuto sussistente la legittimazione ad agire degli impugnanti receduti poiché l'art. 2378, comma 2 c.c. non troverebbe applicazione nel caso in cui il socio ha perduto la partecipazione sociale in conseguenza diretta e immediata della stessa delibera che ha inteso impugnare¹⁵²; la rimozione della stessa delibera determina, infatti, l'automatica rimozione di tutti i suoi effetti giuridici, ivi compresi quelli conseguenti ad atti come l'esercizio del diritto di recesso, compiuti sul suo fondamento, comportando automaticamente il ripristino della qualità di socio medesimo¹⁵³. Identico ragionamento varrebbe a maggior ragione per il caso in cui sia la stessa deliberazione impugnata a produrre direttamente l'effetto di escludere la qualità di socio (ad esempio illegittima delibera di esclusione).

Come precedentemente evidenziato, la disciplina della nullità, recata all'art. 2379 c.c. è stata introdotta *ex novo* dal legislatore della riforma¹⁵⁴. In aggiunta alla previsione di cause di nullità tassative, è

¹⁵² cfr. Cass. 26842/2008, in *Giur. Comm.*, II, 2010, 274, Cass. 181/1988, in *Giust. Civ. I*, 1988, 957, Trib. Bologna 4/5/1998, in *Foro It. I*, 1999, 1016.

¹⁵³ In senso contrario nega la legittimazione del socio receduto ad impugnare la delibera illegittima che ha originato il diritto di recesso medesimo, in quanto la scelta del socio di impugnare la deliberazione ritenuta invalida ed esercitare il diritto di recesso apparirebbero tra loro incompatibili R. RORDORF, *sub art. 2377*, op. cit., 850.

¹⁵⁴ La ratio della riforma societaria, nell'ambito delle censure o dei vizi imputabili alle delibere, è rinvenibile nell'esigenza di delineare un ambito il più possibile definito, attraverso la normativizzazione delle possibili patologie, al fine di evitare gli abusi della prassi sfociati nell'elaborazione della categoria dell'inesistenza, cui venivano annoverati tutti quei vizi che non potevano essere ricondotti nella sfera delle invalidità sanzionate dalle legge. Pertanto, pur rimanendo ferma la dicotomia nullità/annullabilità, rispettivamente disciplinate dagli artt. 2377 e 2379 c.c., è stata sancita una sorta di riserva di legge, volta ad escludere ipotesi di invalidità atipiche, quali appunto l'inesistenza, al fine di precludere ogni intervento interpretativo, di tipo estensivo, delle conseguenze della nullità al di fuori dei casi tassativamente previsti. In tale ottica, sono da rinvenirsi nell'alveo dell'annullabilità tutti i vizi di carattere "procedimentale", afferenti la delibera e il singolo voto, limitando, di contro, le conseguenze della nullità ai soli casi di mancata convocazione dell'assemblea e di mancanza del verbale, indicate

stato introdotto il termine di prescrizione di tre anni dalla deliberazione (ossia dalla sua iscrizione nel registro delle imprese, o dal deposito presso l'ufficio del registro) per esercitare l'azione di nullità, salvo che per quelle deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo una attività illecita o impossibile, impugnabili senza limiti di tempo.

Rimane ferma in ogni caso, così come nella disciplina civilistica generale la legittimazione ad agire di chiunque vi abbia interesse e la rilevanza d'ufficio da parte del giudice¹⁵⁵.

Quanto ai casi di nullità, come previamente accennato, la giurisprudenza ha riconosciuto ricorrere il vizio nei casi di delibera di approvazione del bilancio di esercizio, di cui è utile riprendere la casistica.

Ritiene la giurisprudenza, «Ai fini del rispetto del principio di chiarezza e del diritto di informazione del socio non basta la deduzione che le informazioni fornite sono inadeguate o non sono comprensibili, incombando sull'attore l'onere di provare quanto asserito, per modo che il socio impugnante, relativamente a determinate voci di bilancio, deve muovere specifiche censure, evidenziandone, a titolo esemplificativo, elementi di incongruenza o di contraddittorietà, di incompletezza rispetto alle informazioni prescritte dalla legge, sulla base di un criterio di intelligibilità presupponente una media capacità soggettiva a cui necessariamente non può essere estraneo un certo grado di tecnicismo»¹⁵⁶. È conseguentemente carente di interesse ad agire il

dall'art. 2379 c.c., oltre ai casi tradizionalmente previsti della impossibilità o illiceità dell'oggetto sociale (Trib. Palermo, Sez. III, 18/02/2008, Massima redazionale, 2008)

¹⁵⁵ Il Tribunale di Milano chiarisce, a tale riguardo, che «L'art. 2379 c.c. attribuisce ad ogni interessato, senza alcuna determinazione di quota minima di interessenza e nel termine di tre anni, il diritto di impugnare delibere di oggetto illecito (quali quelle che approvino bilanci non veritieri o non chiari, come si assume nella specie)» (Trib. Milano, Sez. VIII, 17/07/2008, Massima Redazionale 2008).

¹⁵⁶ Trib. Milano, 31/01/2006, in *Società*, 5, 2007, 596, in un caso regolato dalla disciplina pre-riforma ma applicabile anche alla norma successiva, date le affermazioni di principio effettuate. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, il socio persona giuridica aveva impugnato la delibera assembleare avente ad oggetto (per la parte

socio che, avendo sollevato riserve sulla redazione del bilancio e richiesto, in sede di assemblea di approvazione, opportuni chiarimenti all'organo amministrativo, abbia ricevuto una informazione adeguata a colmare l'asserita mancanza di chiarezza dei dati contenuti nel bilancio medesimo.

Il diritto di informazione è infatti finalizzato a consentire l'espressione in assemblea di un voto cosciente e meditato, appunto perché basato su un'adeguata conoscenza dei dati. A tal fine gli amministratori sono obbligati a rispondere alla domanda d'informazione, che sia pertinente e non trovi ostacolo in oggettive esigenze di riservatezza, in modo da dissipare le insufficienze, le incertezze e i punti di carente chiarezza desumibili di dati di bilancio e dalla relazione. Attraverso adeguate risposte alle domande avanzate dal socio in assemblea viene, quindi, realizzato il diritto di informazione, rimuovendo gli aspetti di insufficienza o di oscurità che si possono cogliere nell'esposizione dei dati contabili¹⁵⁷.

Diversamente si ritiene essere annullabile e non nulla per violazione del diritto di informazione di cui il socio è titolare, la delibera di approvazione del bilancio di esercizio nell'ipotesi in cui gli amministratori sono assenti in assemblea e, comunque, la società non è in grado di fornire al socio tutte le notizie richieste¹⁵⁸.

ordinaria) l'approvazione del bilancio per l'esercizio chiuso e (per la parte straordinaria) l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 2447 c.c. In particolare, il socio impugnante opponeva la nullità (o in subordine l'annullabilità) della delibera per violazione del diritto di informazione del socio contestando la mancata risposta alla richiesta di chiarimenti inerente i risultati di bilancio. La corte ha respinto la richiesta del socio eccependo che non sarebbe sufficiente la generica deduzione dell'inadeguatezza delle informazioni fornite, ma incombe sull'attore lo specifico onere di provare quanto asserito e necessitando, a tal fine, eccepire specifici elementi di incongruenza.

¹⁵⁷ Cass. civ., Sez. I, 27/04/2004, n. 8001, in *Impresa*, 2005, 2003.

¹⁵⁸ Trib. Milano, 15/06/2005 in *Società*, 4, 2006, 485. In particolare, nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, viene esclusa la declaratoria di nullità delle delibere, in quanto vizi lamentati dal socio impugnante riguardano unicamente l'assenza in assemblea degli amministratori che, in quanto soggetti deputati alla redazione del bilancio di esercizio, sono altresì i soggetti deputati a rispondere alle eventuali richieste

In ogni caso, il socio di una società di capitali che abbia partecipato all'adozione di una delibera assembleare poi impugnata, è portatore di un interesse, non di mero fatto ma giuridicamente rilevante, ad intervenire nel giudizio per sostenere le ragioni della società, interesse individuabile nella esigenza di evitare che siano posti nel nulla gli effetti di un atto, il cui contenuto è da presumere in sintonia con gli obiettivi dallo stesso perseguiti, alla cui formazione egli ha contribuito e dalla cui caducazione discenderebbero significativi e pregiudizievoli effetti, sotto il profilo della stabilità, sull'attività sociale successivamente svolta¹⁵⁹.

La legittimazione del socio non subiva, nella precedente disciplina, alcun limite nella possibilità di convalidare la delibera nulla, stante il richiamo all'art. 1423 c.c. che portava ad escludere

di chiarimento dei soci circa il bilancio di esercizio, facendone derivare la violazione del diritto di informazione dei soci (nello specifico all'assemblea di approvazione del bilancio e di rinnovo delle cariche del collegio sindacale con determinazione dei relativi compensi era presente unicamente il presidente del collegio sindacale). La Corte ritiene che il vizio lamentato non sarebbe qualificabile come causa di nullità bensì di annullabilità della delibera. La corte quindi, al di là della qualificazione del vizio, respinge le domande attoree dichiarandole inammissibili in quanto era già spirato il termine per proporre azione di annullabilità e in quanto il socio, nelle more della definizione di un giudizio di impugnativa della delibera assembleare, aveva trasferito a terzi la propria partecipazione azionaria, perdendo conseguentemente la propria qualità di socio, e quindi interesse ad agire.

¹⁵⁹ Cass. civ., 22/03/2005, n. 6193, in *Società*, 4, 2006, 473. Con riferimento alla massima citata, la Corte si è pronunciata sulla ammissibilità dell'intervento in giudizio del socio che aveva partecipato alla adozione di una delibera (con la quale era stato deciso di aumentare il capitale sociale della società ed erano state attribuite talune quote al legale rappresentante di una società a sua volta socia) poi impugnata da parte di un altro socio. In particolare, la Corte, ritiene legittimo l'intervento del socio, proprio sul presupposto che quest'ultimo, avendo partecipato all'adozione della delibera in contestazione, avrebbe così "guadagnato" la legittimazione a difenderla in sede contenziosa. L'intervento del socio viene qualificato dalla Corte come intervento adesivo dipendente ai sensi dell'art. 105 c.p.c., in quanto il detto socio sarebbe portatore di un interesse giuridicamente rilevante alla conservazione della delibera, interesse che si affianca a quello della società, unica legittimata a resistere nel giudizio di impugnazione. Il ragionamento della Corte non convince per la parte in cui, riconoscendo la legittimazione ad intervenire solo al socio che ha partecipato all'adozione della delibera, esclude tale legittimazione ad intervenire anche in capo al socio assente e al socio astenuto, anch'essi astrattamente titolari di un interesse alla conservazione della delibera impugnata, per quanto non abbiano, per qualsiasi ragione, concorso alla sua approvazione.

l'applicazione dell'istituto. Ci si domandava tuttavia se fosse possibile la sostituzione della delibera nulla con altra valida, ai sensi dell'art. 2377 c.c., ovvero se il rimedio dovesse in ogni caso essere considerato in contrasto con la ratio dell'art. 1423 c.c., espressamente richiamato dall'art. 2379 c.c.¹⁶⁰. La *querelle* è oggi superata dal legislatore della riforma, che ha modificato l'art. 2379 c.c., introducendo la previsione secondo cui «Si applicano, in quanto compatibili, il settimo e ottavo comma dell'articolo 2377» che rispettivamente affermano, tra l'altro, che sono, in ogni caso, salvi i diritti acquisiti in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione e che l'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto¹⁶¹ (fatti salvi in ogni caso le ipotesi di sanatoria previsti dall'art. 2479 *bis* c.c.)¹⁶².

3.1.1. Un caso particolare: l'abuso e l'eccesso di potere come causa di impugnazione delle delibere assembleari

La giurisprudenza ha, talvolta, riconosciuto l'impugnabilità di deliberazioni assembleari che, pur formalmente ineccepibili,

¹⁶⁰ In questo senso ZANARONE G., op. cit., 450, il quale desume come la *ratio* della disciplina emerga chiaramente dai lavori preparatori al codice ed in particolare dal Progetto Asquini, secondo cui «salvo i casi di nullità della deliberazione, per illiceità ed impossibilità dell'oggetto, l'assemblea può rinnovare la deliberazione annullata con effetto retroattivo».

¹⁶¹ SILVETTI M., *sub art. 2379 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, G. Cottino- G. Bonfante- O. Cagnasso- P. Montalenti (a cura di), I, Bologna, 2004, 331. Nel senso che il rispetto della intervenuta sanatoria si imponga anche al giudice in caso di contenzioso, che dovrà dichiarare improcedibile la causa laddove il vizio della delibera impugnata sia stato nel frattempo sanato, CORSI F., *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 59.

¹⁶² Si tratta di due cause impropriamente definite di sanatoria, in quanto la prima ipotesi prevede l'*escamotage* di una semplice rinuncia all'impugnazione della delibera, che sana il vizio, la seconda ipotesi, ovvero la sanatoria mediante verbalizzazione eseguita prima della successiva assemblea, interviene anch'essa sul vizio mediante un atto di ripetizione (la successiva verbalizzazione) con effetti retroattivi obbligatori per i soci. Cfr. PIAZZA G., *L'impugnativa delle delibere del nuovo rito societario: prime riflessioni di un civilista*, in *Corriere Giur.*, 2003, 968.

risultassero in concreto finalizzate alla prevaricazione della maggioranza dei soci sulla minoranza, richiamando le figure dell'eccesso di potere e dell'abuso della maggioranza. Una tale figura, i cui caratteri sono il frutto dell'evoluzione giurisprudenziale, è stata elaborata partendo da principi generali del diritto privato, quali il divieto di abuso dei propri diritti o i principi di buona fede e di correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., che assurgono a parametro di riferimento per riconoscere la figura dell'abuso di potere quale elemento invalidante le deliberazioni assembleari¹⁶³. Laddove tali delibere siano finalizzate esclusivamente a favorire gli interessi di una parte dei soci (di solito la maggioranza) rispetto all'altra (la minoranza) esse sono ritenute invalide e il vizio riscontrato è quello della annullabilità¹⁶⁴.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza, ha ritenuto il principio, applicabile ogni qualvolta sia rinvenibile un comportamento

¹⁶³ Trib. Novara Ord., 21-01-2010, Sito *NovaraIUS.it*, 2010: «L'esigenza - avvertita anche in seno all'insegnamento giurisprudenziale oltre che nel dibattito accademico - di reprimere gli abusi della maggioranza a danno esclusivo della minoranza viene parametrata ai principi generali di correttezza e buona fede nell'attuazione del contratto: principi, questi, che, secondo l'ormai consolidato orientamento espresso anche dalla giurisprudenza di legittimità, trovano il proprio appiglio normativo nella generalklausel dell'articolo 1375 c.c., a sua volta tessuto, senza soluzione di continuità, con l'ulteriore clausola generale di cui all'articolo 1175 c.c. e, (a monte), con l'obbligo generale di solidarietà portato dall'articolo 2 Cost.. In questo senso, in effetti, è possibile ravvisare nei citati principi di correttezza e buona fede esecutive, un ulteriore limite alla libertà di voto: pervenendosi, così, ad affermare l'annullabilità della delibera quando la stessa sia ispirata dal solo scopo di danneggiare singoli soci. Sotto il profilo normativo si tratta di connotare come "abuso di maggioranza", o "eccesso di potere" in danno del socio di minoranza, l'adozione della delibera impugnata, riconducendo detto vizio alla generica "non conformità alla legge" di cui al comma primo del citato articolo 2479-ter c.c.. Mette conto, tuttavia, evidenziare come l'annullamento di delibere assembleari per abuso del diritto di voto passi necessariamente attraverso una prova estremamente analitica, offerta dal socio di minoranza, che la delibera è stata presa intenzionalmente al solo fine di ledere la sua posizione nella società».

¹⁶⁴ Come verrà precisato *infra*, il vizio di abuso del principio di maggioranza attiene all'ambito del motivo che ha determinato la maggioranza assembleare ad assumere quella decisione che si intende impugnare; il motivo illecito non è contemplato tra le ipotesi di nullità, rientrando pertanto nella generale figura dell'annullabilità delle delibere invalide della società per azioni (Cass. civ. Sez. I, 27-07-2005, n. 15721, in *Mass. Giur. It.*, 2005).

abusivo nei termini delineati e di seguito approfonditi, ritenendolo dunque applicabile anche al caso in cui siano i soci di minoranza a trarre beneficio dall'applicazione del metodo maggioritario. La richiesta di rinvio dell'assemblea da parte della minoranza assembleare con riguardo specifico ad un singolo oggetto, rappresenta una delle ipotesi tipizzate dalla dottrina, assieme a tutte le iniziative di disturbo dell'attività sociale, quali ad esempio l'impugnazione sistematica delle deliberazioni assembleari, l'uso strumentale del diritto di discussione in assemblea o, ancora, l'uso anomalo di poteri previsti dallo statuto per ottenere la liquidazione della partecipazione sociale¹⁶⁵.

Dunque, l'abuso o l'eccesso di potere è causa di annullamento delle deliberazioni assembleari allorquando la decisione non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società e, in aggiunta, «costituisca una deviazione dell'atto dallo scopo economico-pratico del contratto di società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale ovvero quando costituisca il portato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari, diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli*»¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Cfr. RORDORF R., *L'abuso di potere della minoranza*, in *Società*, 1999, 809 ss., NUZZO A., *L'abuso della minoranza - Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003, al quale si rinvia per la prospettazione della problematica e per i riferimenti anche all'esperienza straniera. Nel senso che i principi che regolano l'abuso della regola della maggioranza (c.d. abuso o eccesso di potere) sono estensibili all'abuso dei soci di minoranza (c.d. minoranza di blocco) cfr. Trib. Napoli Sez. Specializzata in materia di imprese, 18-11-2015, in *Quotidiano Giuridico*, 2015, nota di Bianchi.

¹⁶⁶ Trib. Roma, Sez. Specializzata in materia di imprese, 31-03-2017, in *Giur. It.*, 2017, 8-9, 1892 in cui veniva deliberato dalla maggioranza un aumento del capitale sociale irragionevole se rapportato alla situazione d'inoperatività della società e per un importo eccessivo se considerate le consistenti perdite (il caso riguarda una s.r.l. ma il principio, considerato di applicazione generalizzata è estendibile anche alle società per azioni). I ricorrenti ritengono, dunque, che l'intento unico dei soci di maggioranza, celato dietro l'approvazione della delibera di aumento di capitale sia quello di escludere i soci di minoranza, ai quali veniva in estrema sintesi richiesto, al fine di vedere restare intatta la propria quota di partecipazione, un investimento sproporzionato.

L'onere di provare che il socio di abbia abusato del proprio diritto di voto grava sul soggetto che assume l'illegittimità della deliberazione. In concreto, la prova può essere data non soltanto attraverso sintomi dell'abuso della regola di maggioranza manifestatisi prima dell'adozione della delibera impugnata, ma attraverso la prova di comportamenti o indizi cronologicamente successivi, in grado di rivelare *ex post* la sussistenza dell'abuso¹⁶⁷. In pratica il comportamento, per essere qualificato abusivo, deve essere accompagnato dalla dimostrazione del carattere ingiustificato se non fraudolento del voto altrui, che determini uno scostamento dallo scopo economico pratico del contratto di società, attraverso il perseguimento delle lesioni dei diritti di partecipazione o degli altri diritti del socio leso¹⁶⁸.

In questa ottica è stato riscontrato il vizio di eccesso o abuso di potere nell'espressione del voto assembleare che a maggioranza approvi una deliberazione cui sono interessati i soci che l'hanno votata, in assenza di interesse o in presenza di interesse contrario della società e con contestuale danneggiamento della minoranza. Infatti l'abuso del

¹⁶⁷ Cfr. Trib. Napoli Sez. Specializzata in materia di imprese, 18-11-2015, in *Società*, 2016, 3, 371, che afferma altresì come: «nell'abuso, ciò che conta è proprio il danno provocato al socio di minoranza, accompagnato dalla mancanza di una sua giustificazione sul piano societario, dove il vantaggio particolare e personale che ne ritragga il socio di maggioranza, che quasi sempre costituisce l'altra faccia del danno al socio minoritario, non può certo di per se stesso fungere da esimente. Al contrario esso individualistico ed egoistico vantaggio, in quanto movente ed aspetto inscindibile della finalità per cui la maggioranza vota in un determinato modo, finisce in quanto tale per connotare in modo assai significativo l'antigiuridicità della condotta, cioè la violazione della regola della buona fede. Dunque, il vantaggio del socio di maggioranza assumerà valore di esimente soltanto se legittimo o giustificato sul piano societario, con ciò rendendosi ipso facto giustificato anche il danno al socio di minoranza». Il caso riguardava la soppressione di una clausola di prelazione statutaria ad opera della maggioranza avvenuta nell'imminenza della vendita della partecipazione al solo fine di impedire al socio di minoranza di esercitare tale diritto.

¹⁶⁸ Cfr. COTTINO G., *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. Soc.*, 2005, 699 ss., PREITE D., *L'"abuso" della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, 83 ss..

diritto di voto ricorre nell'ipotesi in cui il socio di maggioranza voti una delibera all'esclusivo scopo di causare un danno al socio di minoranza e solo eventualmente include anche l'ipotesi in cui quel danno determini nel contempo un vantaggio per il socio di maggioranza, senza che tale vantaggio possa considerarsi essenziale al fine della configurazione dell'abuso¹⁶⁹.

In pratica, è il principio di buona fede in senso oggettivo che deve guidare l'esecuzione del contratto di società, e ciò determina che la cosiddetta regola di maggioranza consenta al socio di esercitare liberamente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse, fino al limite dell'altrui potenziale danno¹⁷⁰.

Sul piano operativo, al giudice è spesso precluso ogni sindacato sui motivi che hanno indotto la maggioranza ad assumere quella decisione, salvo appunto accertare la sussistenza dell'abuso che invalida la delibera. Ad esempio, la deliberazione di scioglimento di una società (adottata dai soci nelle forme legali e con le maggioranze prescritte) potrebbe essere invalidata, sotto il profilo dell'abuso o eccesso di potere, solo laddove risulti arbitrariamente e fraudolentemente preordinata dai soci di maggioranza al perseguimento di interessi divergenti da quelli societari ovvero alla lesione dei diritti del singolo partecipante (come nel caso in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all'esclusione del socio). Diversamente, non potendosi ritenere sussistente un interesse del socio giuridicamente tutelato alla conservazione del suo *status*, resta preclusa ogni possibilità di sindacato in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la

¹⁶⁹ Trib. Milano Sez. spec. in materia di imprese Ordinanza, 22-01-2015, in *Società*, 2015, 7, 829 nota di Salafia.

¹⁷⁰ Trib. Bologna Sez. Specializzata in materia di imprese, 04-11-2014, Massima redazionale 2014. Cfr. anche Trib. Monza Sez. I, 16-09-2011, Massima Redazionale 2011. Cfr. Cass. civ. Sez. I, 12-12-2005, n. 27387, in *Impresa*, 3, 2006, 482.

maggioranza alla suddetta decisione¹⁷¹. Ancora una volta ciò che rileva è che «vi sia la prova che il voto determinante del socio di maggioranza è stato espresso allo scopo di ledere interessi degli altri soci, oppure risulta in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto»¹⁷². È quindi un preciso onere di chi impugna dimostrare con idonei mezzi di prova la sussistenza dell'abuso o dell'eccesso di potere denunciato, perché possa dispiegarsi il sindacato giurisdizionale in ordine ai motivi che hanno indotto la maggioranza dei soci ad adottare le deliberazioni impugnate¹⁷³.

In assenza di formali violazioni di legge e di statuto e tenuto conto che la regola della maggioranza è connaturata al metodo collegiale assembleare, sintomi dell'abuso sono stati rinvenuti con riferimento a quelle deliberazioni che sembrano dare luogo a situazioni inique, cioè alle deliberazioni che appaiono assunte dalla maggioranza al solo scopo di perseguire un interesse personale, lesivo dei diritti della minoranza o di singoli soci.

La fattispecie che ricorre con maggiore frequenza è quella degli aumenti di capitale deliberati al solo scopo di ridurre od escludere del tutto la partecipazione dei soci di minoranza, elevando ad esempio l'ammontare al di sopra di ogni ragionevole esigenza ed approfittando di un particolare momento di difficoltà economica dei soci di minoranza. Seguono le fattispecie di scioglimento anticipato della società, operate al solo scopo di escludere uno o più soci dall'attività.

Tra le pronunce più significative, segnaliamo il Tribunale di Monza, laddove afferma che «Il vizio di eccesso di potere nell'adozione

¹⁷¹ Trib. Roma Sez. III, 04-06-2014, Sito *Il caso.it*, 2015.

¹⁷² Cass. civ. Sez. I, 20-01-2011, n. 1361, CED Cassazione, 2011.

¹⁷³ Cass. civ. Sez. I, 16-11-2007, n. 23823, in *Società*, 2008, 6, 700 nota di Venuti, Fanti.

delle delibere assembleari non è specificamente disciplinato dalla legge essendo il frutto della trasposizione nell'ambito del diritto commerciale di una categoria propria del diritto amministrativo. Tuttavia si ravvisa tale profilo di invalidità allorché la delibera risulti arbitrariamente e fraudolentemente preordinata dai soci di maggioranza a perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero a ledere i diritti del singolo socio: la figura dell'abuso di potere rappresenta, quindi, un limite all'esercizio dei poteri della maggioranza, comprimendoli nelle ipotesi in cui tale esercizio sia esclusivamente finalizzato a danneggiare la minoranza. Lo scopo precipuo della costruzione del vizio di eccesso di potere risiede nella volontà di impedire che attraverso delibere formalmente legittime vengano perseguite finalità vietate dalla legge. L'abuso od eccesso di potere costituisce, in pratica, una violazione della clausola generale della correttezza e della buona fede contrattuale, che deve informare i rapporti fra i soci, imponendo un impegno di cooperazione in base al quale ciascun socio deve tenere tutte le condotte che siano idonee a soddisfare le legittime aspettative degli altri membri della compagine societaria in quanto le determinazioni assunte dai soci durante lo svolgimento del rapporto di società rappresentano atti di esecuzione del contratto sociale con il quale viene costituita una comunione di interessi che giustifica, da un lato, la subordinazione della volontà del singolo socio a quella della maggioranza ed esclude, dall'altro, che il voto assembleare possa essere utilizzato per perseguire finalità estranee alla causa del contratto di società»¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Trib. Monza, del 16 settembre 2011, Massima redazionale, 2011. Sintomatica in tal senso è altresì la pronuncia del Trib. Novara, 21/01/2010, Sito *NovaraIUS.it*, 2010, secondo cui «L'esigenza - avvertita anche in seno all'insegnamento giurisprudenziale oltre che nel dibattito accademico - di reprimere gli abusi della maggioranza a danno esclusivo della minoranza viene parametrata ai principi generali di correttezza e buona fede nell'attuazione del contratto: principi, questi, che, secondo l'ormai consolidato orientamento espresso anche dalla giurisprudenza di legittimità, trovano il proprio appiglio normativo nella *generalklausel* dell'articolo 1375 c.c., a sua volta tessuto, senza soluzione di continuità, con l'ulteriore clausola generale di cui all'articolo 1175 c.c. e,

Un altro caso emblematico è quello di cui alla pronuncia della Suprema Corte del 2007 secondo cui: «Quanto ai compensi degli amministratori, in applicazione del principio di buona fede e correttezza al quale deve essere improntata l'esecuzione del contratto di società, la cosiddetta regola di maggioranza consente al socio di esercitare liberamente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno: l'abuso della regola di maggioranza (altrimenti detto abuso o eccesso di potere) è quindi causa di annullamento delle delibere assembleari allorquando la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società oppure sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei medesimi soci diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli*»¹⁷⁵.

(a monte), con l'obbligo generale di solidarietà portato dall'articolo 2 Cost.. In questo senso, in effetti, è possibile ravvisare nei citati principi di correttezza e buona fede esecutive, un ulteriore limite alla libertà di voto: pervenendosi, così, ad affermare l'annullabilità della delibera quando la stessa sia ispirata dal solo scopo di danneggiare singoli soci. Sotto il profilo normativo si tratta di connotare come "abuso di maggioranza", o "eccesso di potere" in danno del socio di minoranza, l'adozione della delibera impugnata, riconducendo detto vizio alla generica "non conformità alla legge" di cui al comma primo del citato articolo 2479-ter c.c.. Mette conto, tuttavia, evidenziare come l'annullamento di delibere assembleari per abuso del diritto di voto passi necessariamente attraverso una prova estremamente analitica, offerta dal socio di minoranza, che la delibera è stata presa intenzionalmente al solo fine di ledere la sua posizione nella società».

¹⁷⁵ Cass. civ., 17/07/2007, n. 15942, in *Società*, 2007, 12, 1460) che si esprime in un caso di impugnazione, da parte della minoranza, della deliberazione assembleare che si eccipeisce, tra l'altro, essere viziata da eccesso di potere in quanto avrebbe perseguito l'interesse personale dell'amministratore e non quello proprio della società. In particolare, la deliberazione assembleare aveva aumentato in misura molto rilevante il compenso dell'amministratore, quando ciò non sarebbe stato giustificato né da incrementi quantitativi o qualitativi dell'opera dello stesso, né da sufficienti incrementi degli utili o dei ricavi sociali. Sullo stesso filone si colloca la pronuncia del Trib. Milano, 15/05/2008, in *Società*, 2009, 2, 215 che, per quanto in applicazione della disciplina pre-riforma, delinea ancora una volta i contorni del vizio di abuso della maggioranza. Di particolare interesse, non soltanto con specifico riferimento alla disciplina dell'abuso di potere della maggioranza, ma anche in applicazione la disciplina introdotta a seguito della riforma del diritto societario del 2003 è la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia, 02 dicembre 2005, in *Società*, 10, 2006, 1257.

3.1.2. Il conflitto di interessi e l'abuso del diritto di voto

Come anticipato, l'assemblea è l'organo corporativo e collegiale attraverso cui si forma la volontà sociale; se ne è osservato, limitatamente agli aspetti di interesse, il procedimento.

L'assemblea manifesta la sua volontà nelle deliberazioni, atti collegiali unilaterali alla cui formazione concorrono tutti i soci presenti. Le deliberazioni, espressione della volontà dell'organo sono il risultato di un procedimento complesso, le cui fasi possono sintetizzarsi in: informazione e convocazione, riunione, discussione e votazione, redazione del verbale e pubblicazione. Le decisioni si intendono adottate dalla società e sono vincolanti per tutti i soci.

Il procedimento è elemento fondamentale per l'adozione della deliberazione assembleare. La volontà dei soci, espressa nell'atto collegiale, assume qui un significato del tutto peculiare. Alla sede contrattuale, dove la validità dell'atto dipende dalla regolare manifestazione della volontà, si contrappone infatti la sede collegiale, retta dal principio maggioritario, dove la volontà è presunta allorquando per l'adozione della delibera siano state rispettate le forme prescritte¹⁷⁶.

Il procedimento assembleare assume quindi valore di regola della condotta sociale e diventa garanzia del socio di minoranza che, anche laddove dissenziente, è vincolato alla volontà della maggioranza, in quanto regolarmente formata. La violazione della regola determina il venir meno della garanzia e il diritto del socio di trovare tutela in strumenti alternativi, specificamente congegnati.

¹⁷⁶ Ciò non escluderebbe che le disposizioni sull'incapacità ed i vizi del consenso (artt. 1425 c.c. e ss.) possano trovare applicazione anche alle dichiarazioni di voto singolarmente considerate. In ogni caso, il vizio del singolo voto renderebbe annullabile la delibera ogni qual volta, sottraendo i voti invalidi, venga a mancare la maggioranza necessaria per l'approvazione, in applicazione del principio della c.d. prova di resistenza, dettato dall'art. 2373 c.c. per il caso di voto prestato dal socio in conflitto di interessi. Tale principio assume infatti carattere generale nel funzionamento dell'organo, trovando conseguentemente applicazione in tutti i casi in cui si riveli invalido il voto, come conferma, tra l'altro, la disciplina generale di cui all'art. 2377 c.c. in tema di impugnazione della delibera annullabile.

Un caso peculiare e di interferenza rispetto al corretto evolversi della procedura assembleare è il caso del socio che agisce – e quindi esprime il proprio voto in assemblea – in una situazione di conflitto di interessi.

A tale riguardo, la giurisprudenza ha ritenuto che il socio che sia portatore di un interesse personale o di terzi, in conflitto con quello della società, non possa esercitare il diritto di voto. Per rendere invalido il voto è necessaria non solo la preesistenza della situazione di conflitto rispetto alla votazione, ma la sussistenza di indici tipici, obiettivamente riconoscibili, idonei a contrapporre l'interesse particolare a quello della società¹⁷⁷. In ogni caso la partecipazione e la votazione nell'assemblea del socio in conflitto di interessi determina l'invalidità del voto espresso e della relativa delibera, ove i voti in discussione siano stati determinanti ai fini dell'adozione della delibera¹⁷⁸.

Probabilmente il legislatore della riforma, nel codificare la regola della c.d. prova di resistenza, si è ispirato al principio in base al quale non è proibito all'azionista perseguire un interesse proprio e particolare, diverso dall'interesse sociale, in quanto una tale circostanza non configurerebbe da sola un conflitto di interessi, non potendo configurarsi un automatico pregiudizio per gli interessi sociali. Il socio, secondo questa interpretazione, avrebbe l'unico limite del rispetto dell'interesse sociale che, ai sensi della nuova formulazione dell'art. 2373 c.c., si presume violato solo laddove il voto del socio si riveli

¹⁷⁷ Cfr. Trib. Bari, Sez. IV, 21/10/2008, Massima Redazionale, 2008.

¹⁷⁸ Nel senso che la regola, di applicazione generale, della prova di resistenza non sia applicabile, si è espressa la giurisprudenza con riferimento ad un caso di deliberazione nulla. Cfr. in questo senso Tribunale Roma Sez. spec. in materia di imprese, 17-10-2016, in *Quotidiano Giuridico*, 2016, secondo cui: «L'art. 2379 c.c. – nel sanzionare la nullità delle deliberazioni assunte dall'assemblea in difetto di convocazione - tutela l'interesse di ciascun socio ad intervenire e, dunque, a prendere parte al processo di formazione delle volontà della società e, più in particolare, di influire su di esso: per tale ragione (...) la deliberazione è nulla anche quando la convocazione sia stata omessa con riferimento ad un socio titolare di una partecipazione che non avrebbe comunque potuto influire sull'esito della votazione».

determinante per l'adozione della delibera che è idonea a determinare un danno anche solo potenziale per la società¹⁷⁹¹⁸⁰.

Per la parte che qui interessa, la Corte ha riconosciuto portata generale al principio di cui all'art. 2373 c.c., qualificando l'interesse della società quale «interesse dell'ente a conseguire l'oggetto sociale attraverso una organizzazione aziendale ed un'autonomia finanziaria idonea a realizzare il massimo profitto dell'ente»¹⁸¹.

¹⁷⁹ BONOTTO L., *sub* art. 2373, *Assemblea*, Picciau (a cura di), in *Commentario alla riforma delle società*, P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), Milano, 2008.

¹⁸⁰ Anche se la precedente disposizione parlava di danno potenziale, in concreto, la giurisprudenza non risulta aver mai annullato una delibera in assenza della prova del danno. Sul punto si veda Cass. civ., Sez. I, 17/07/2007, n. 15950, in *Mass. Giur. It.* 2007, secondo cui: «Non può essere annullata, per conflitto d'interessi, una delibera di società di capitali, di modificazione della denominazione sociale se non risulti, oltre al conseguimento dell'interesse personale del socio che ha esercitato in modo determinante il suo diritto di voto, anche il danno, quanto meno potenziale per la società. (nella fattispecie è stato escluso che il pregiudizio economico per la società potesse fondarsi esclusivamente sugli esborsi conseguenti all'adempimento della delibera di modifica della denominazione sociale o sulla meramente astratta prospettazione di una perdita dell'avviamento dovuta al mutamento del nome). (Rigetta, App. Torino, 13 Agosto 2003)».

¹⁸¹ La riforma non è intervenuta sulla questione della natura dell'interesse della società. La teoria istituzionalista, prevalente in giurisprudenza, contempla una ricostruzione dell'interesse sociale quale interesse distinto da quello dei soci (dell'impresa in sé o della società come persona giuridica) e che si sovrappone allo stesso così configurandosi non disponibile neppure dall'unanimità, pur non potendosi escludere che i citati interessi possano occasionalmente coincidere, ad esempio quando si intendano quale sintesi dell'interesse dei soci. La ricostruzione contrattualistica, prevalente in dottrina, vuole identificare l'interesse sociale con la causa del contratto di società di cui all'art. 2247 c.c. e quindi con l'interesse collettivo dei soci all'esercizio di un'attività economica a scopo di lucro (COTTINO G., *Diritto societario*, I, 2, Padova, 2006, 344), di tal che il conflitto si sostanzierebbe in un contrasto fra due interessi entrambi facenti capo al socio e non tra l'interesse del socio e l'interesse della società (DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2005, 316). Per la teoria contrattualistica opta altresì, Cass. civ., Sez. I, 12/12/2005, n. 27387, in *Mass. Giur. It.*, 2005, laddove afferma che «Ai fini dell'annullamento per conflitto di interessi ai sensi dell'art. 2373 c.c., è essenziale che la delibera sia idonea a ledere l'interesse sociale, inteso come l'insieme di quegli interessi che sono comuni ai soci, in quanto parti del contratto di società, e che concernono la produzione del lucro, la massimizzazione del profitto sociale (ovverosia del valore globale delle azioni o delle quote), il controllo della gestione dell'attività sociale, la distribuzione dell'utile, l'alienabilità della propria partecipazione sociale e la determinazione della durata del proprio investimento. Pertanto, si ha conflitto di interessi rilevante quale causa di annullabilità delle delibere assembleari quando vi è, di fatto, un conflitto tra un interesse non sociale e uno qualsiasi degli interessi che sono riconducibili al contratto di società». Verso la teoria istituzionalista sembra invece

La situazione di conflitto di interessi, giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 2373 c.c. ricorre laddove l'interesse individuale del socio sia in contrasto con l'interesse sociale, e si concretizzi nel far adottare all'assemblea una decisione in contrasto con lo scopo sociale a vantaggio di interessi individuali dei soci o di terzi, in danno degli interessi societari. Per integrare gli estremi del conflitto di interessi, è necessario che la delibera sia idonea a ledere gli interessi sociali e, a tal fine, assumono rilievo:

- la sussistenza di un interesse *extrasociale* che ha determinato il voto in assemblea;
- l'esistenza di un danno anche solo potenziale che la deliberazione può arrecare alla società;
- la prova di resistenza, ovvero che i voti siano stati determinanti per il raggiungimento della maggioranza.

Non è necessario, inoltre, che il contrasto riguardi una posizione personale del socio contrapposto all'interesse della società, essendo sufficiente che esso dipenda da un confronto dell'interesse della società con un interesse altrui, anche di terzi di cui però i soci si fanno portatori (o il terzo in rappresentanza dei soci)¹⁸².

militare Cass. civ., Sez. I, 03/12/2008, n. 28748 in *Mass. Giur. It.*, 2008, secondo la quale: «In tema di annullamento per conflitto di interessi, ai sensi dell'art. 2373 c.c., della delibera assembleare, nella specie determinativa del compenso degli amministratori, il vizio ricorre quando essa è diretta al soddisfacimento di interessi *extrasociali*, in danno della società, senza che risulti condizionante in sé - ai fini del conflitto di interessi ovvero anche dell'eccesso di potere - la decisività del voto da parte dell'amministratore (beneficiario dell'atto) che sia anche socio; ne consegue che la accertata irragionevolezza della misura del compenso (valutata in base al fatturato ed alla dimensione economica e finanziaria dell'impresa, da rapportare all'impegno chiesto per la sua gestione) può risultare anche quando la delibera attua un patto parasociale, in precedenza stipulato sotto forma di transazione fra i soci, compresi gli impugnanti soci di minoranza, che sono legittimati all'impugnazione in quanto dissenzienti e nonostante la partecipazione al predetto accordo. (Rigetta, App. Torino, 22 dicembre 2004)».

¹⁸² «Al fine di accertare l'idoneità a recar danno alla società, occorre valutare la delibera in connessione ai suoi effetti, anche potenziali, diretti o mediati sulla situazione esterna della società e sui riflessi che la situazione modificata dalla delibera produce sulla società» (cfr. Cassazione civile sez. I, 4 maggio 1991 n. 4927, in *Riv. notar.* 1992, 223. *Giur. it.* 1992, I, 1, 1562). A tale riguardo Trib. Bologna Sez. IV, 20-03-2007,

L'esigenza di garantire l'operatività della società portava ad estendere il principio espresso in tema di conflitto di interessi anche agli altri casi di azioni con voto sospeso¹⁸³.

Anche su tale punto ha operato l'intervento chiarificatore del legislatore che, modificando l'art. 2368 c.c., ha affermato che «salvo diversa disposizione di legge le azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto sono computate ai fini della regolare costituzione dell'assemblea, ma non sono altresì computate ai fini del calcolo della maggioranza per l'approvazione dell'assemblea», così accogliendo quella parte della giurisprudenza citata che non considerava il voto del socio astenuto ai fini del calcolo del *quorum* deliberativo laddove l'astensione dal voto sia imposta in via preventiva o quale sanzione dalla legge.

Un caso peculiare, rispetto alla questione del voto del socio in conflitto di interessi concerne la possibilità per il socio di separare le azioni possedute per votare in modo distinto con parte di esse. È stato rilevato che nulla osti alla possibilità per il socio di votare in modo divergente, militando in tal senso la spersonalizzazione della partecipazione azionaria rispetto all'identità del socio e l'autonomia di ciascuna azione rispetto alle altre. Non può tuttavia negarsi che siano le stesse regole di correttezza e buona fede, quale regola di condotta sociale ad impedire di riconoscere una tale possibilità (e in questo senso si esprime la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria). Ciò in quanto il socio parteciperebbe al procedimento assembleare in quanto identità unica, se pur possedendo un certo numero di azioni distinte. È dunque

Massima Redazionale, 2007, nel caso di impugnazione della delibera assembleare che aveva stabilito il compenso per gli amministratori, ha escluso la automatica sussistenza di un conflitto di interessi per il caso in cui gli amministratori stessi abbiano partecipato al voto. Una tale contrapposizione degli interessi sussisterebbe «solo quando il compenso deliberato sia ingiustamente sproporzionato rispetto alla prestazione dell'attività dell'amministratore, in considerazione, altresì, delle possibilità finanziarie della società».

¹⁸³ Cfr. Trib. Milano 26 febbraio 1973, in *Dir. Fall.*, II, 1974, 151.

sempre il socio che discute una certa tesi, si oppone ad una certa deliberazione ed esercita conseguentemente il proprio diritto di votare a favore, contro, o di astenersi. Riconoscendo dunque la possibilità al socio di votare in moto divergente, si ammetterebbe la possibilità che essa contraddica parzialmente se stesso, agendo *contra factum proprium*.

Diversamente il caso in cui il votante rappresenti contestualmente diversi interessi contrapposti: i casi tipici sono quelli della fiduciaria o del rappresentante del consiglio comunale che vota frammentando il voto corrispondentemente alle diverse fazioni rappresentate¹⁸⁴.

Il problema si sposta quindi su un piano distinto, ovvero se l'esercizio divergente del diritto soggettivo di voto da parte del socio, vada a violare norme imperative e possa configurare un abuso del diritto da parte del socio medesimo. La legge dà al socio la possibilità di frazionare il voto attraverso strumenti leciti, quali una delega di voto (da esercitarsi attraverso il conferimento di un mandato senza rappresentanza), di tal che tecnicamente il diritto di voto potrebbe essere esercitato in modo divergente dal socio e dal delegato. Si tratta di una materia disponibile e dunque, in astratto, non vi sarebbe alcun limite all'utilizzo dello strumento. Tuttavia una tale circostanza sembra non trovare altra ragione se non l'intenzione di preconstituire per parte delle azioni il diritto del socio ad impugnare la delibera o a recedere dalla società e dunque concretando il proprio operato in una azione di mero disturbo dell'attività sociale e ad essa contraria¹⁸⁵. Non si vede

¹⁸⁴ In questo senso Trib. Salerno, 16/02/2007 in *Società*, 2007, 6, 719, nella proprietà di azioni i diritti di intervento e voto in assemblea possono competere esclusivamente al rappresentante comune e non possono essere esercitati disgiuntamente ed in via individuale e potenzialmente divergente dai singoli comproprietari. Cfr. sul punto JAEGER P.G., *Il voto divergente*, in *Trattato delle società per azioni*, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), III, 1, Torino, 1993.

¹⁸⁵ A tale riguardo Corte Appello Bologna, 10 luglio 1995, in *Giur. it.* 1996, I, 590, nega che il socio che disponga di più azioni possa votare con alcune di esse ed astenersi

ancora la meritevolezza dell'operazione, soprattutto quando la sua ragione non si trovi nella rappresentanza di interessi contrapposti, come nel caso della fiduciaria o del consiglio comunale citati¹⁸⁶.

In conclusione, fermi i casi particolari rappresentati, essendo il voto una dichiarazione unilaterale di volontà espressa dal socio in assemblea sugli affari sociali, non può essere contraddittoria. Un voto differenziato da parte dello stesso socio non rispetterebbe il principio di correttezza e buona fede, poiché rifletterebbe valutazioni contraddittorie sullo stesso affare e gli consentirebbe di precostituirsi la legittimazione all'impugnativa, configurando di fatto un abuso.

3.2. La tutela sospensiva dell'esecuzione della delibera.

L'art. 2378 c.c. prevede la misura cautelare tipica della sospensione, finalizzata a tutelare l'efficacia dell'azione di annullamento proposta, evitando che l'attore possa ricevere pregiudizio nelle more del processo volto alla invalidazione della delibera assembleare impugnata ai sensi degli artt. 2377 c.c. e 2378 c.c.

La richiesta di sospensione deve essere formulata in apposito ricorso (diversamente dal passato non può essere contenuta all'interno dell'atto di citazione) che deve essere depositato contestualmente all'atto di citazione medesimo, ciò determinando, secondo una lettura sistematica, l'improponibilità della richiesta di sospensione *ante causam*¹⁸⁷ (ma sul punto vedi approfonditamente *supra*).

o votare in modo diverso con altre, ancorché queste ultime vengano intestate ad una società fiduciaria.

¹⁸⁶ Cfr. Trib. Milano 14 aprile 1989, in *Giur. comm.* 1990, II, 158, in cui il giudice, anche alla luce del principio enunciato, ordina alla società fiduciaria, alla quale erano stati affidati i titoli da diversi soci, di votare in conformità alle istruzioni impartite da ciascun socio. Ancora Tribunale di Milano, 19 novembre 2001, in *Giur. It.*, 2002, 1438, afferma che non presenti profili di illegittimità, non costituendo ipotesi di "voto divergente" il fatto che una società fiduciaria voti con riferimento alla quota intestata ad un socio e non partecipi alla votazione con riguardo alla quota intestata fiduciariamente da altro socio.

¹⁸⁷ Trib. Napoli Ordinanza, 04-08-2010, in *Società*, 2011, 1, 15.

Su richiesta del socio, il presidente del tribunale – in caso di eccezionale e motivata urgenza, inaudita altera parte – o il giudice designato, valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dall'esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della deliberazione può, sentiti amministratori e sindaci, sospendere l'esecuzione della deliberazione impugnata. Il giudice designato può disporre in ogni momento che i soci oppositori prestino idonea garanzia per l'eventuale risarcimento dei danni (art. 2378, comma 4. c.c.)¹⁸⁸.

L'art. 2378 c.c. trova applicazione, oltre che per le delibere annullabili, anche per quelle nulle, di tal che, anche in difetto di una specifica previsione normativa, l'impugnante può chiedere la sospensione della deliberazione anche nel caso in cui l'impugnazione è volta ad ottenerne non già la pronuncia di annullamento, quanto piuttosto la declaratoria di nullità¹⁸⁹.

La natura di misura cautelare tipica della sospensione, impone al giudice di valutare i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* la cui sussistenza determinerà la concessione della misura. La precedente formulazione della norma richiedeva altresì la ricorrenza di “gravi motivi”, correlati alla necessità di ravvisare la sussistenza di un nesso causale tra la protrazione dell'efficacia della deliberazione impugnata ed il pregiudizio temuto. Il giudice avrebbe quindi dovuto effettuare un apprezzamento comparativo della gravità delle conseguenze derivanti, sia al socio impugnante sia alla società, dalla

¹⁸⁸ In sede di sospensione delle deliberazioni assembleari di cui all'art. 2378 c.c., il presidente del tribunale può designare un magistrato per la trattazione della fase cautelare relativa a provvedimenti d'urgenza invocati "inaudita altera parte", delegando al medesimo i poteri di cui all'art. 2378, comma 3 c.c. (Trib. Verona, 20/07/2007, in *Società*, 6, 2009, 777).

¹⁸⁹ Trib. Napoli, 14-05-2014, Massima redazionale, 2014.

esecuzione e dalla successiva rimozione della deliberazione impugnata¹⁹⁰.

Il criterio non appariva tuttavia soddisfacente, in quanto non in linea con i principi generali della tutela cautelare, in base ai quali il *periculum* deve essere valutato con riferimento al possibile pregiudizio che può derivare per il diritto dedotto nel giudizio ordinario e non invece operando una valutazione discrezionale degli interessi in gioco (come richiedeva la norma)¹⁹¹. Il legislatore della riforma si è dimostrato particolarmente sensibile rispetto al dibattito dottrinario e giurisprudenziale che è sorto sul punto, eliminando il presupposto dei gravi motivi e sostituendolo con il presupposto, sopra citato, della valutazione comparativa del pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della deliberazione impugnata¹⁹².

Il procedimento ha natura sommaria ed il provvedimento di sospensione che ne deriva è provvisorio e non ha natura anticipatoria, bensì conservativa e, pertanto, a seguito della estinzione del procedimento di merito, perde efficacia *ex tunc*¹⁹³. La natura cautelare del provvedimento comporta quindi che il Giudice dovrà procedere all'accertamento sommario circa la probabile fondatezza delle cause di illegittimità dedotte (*fumus boni iuris*) ed alla valutazione della eventuale gravità delle conseguenze dell'esecuzione della deliberazione impugnata (*periculum in mora*).

¹⁹⁰ Trib. Trento (Ord.), 26 novembre 2002, in *Giur. It.*, 2003, 2318.

¹⁹¹ La somiglianza del provvedimento di sospensione, così come interpretato dalla giurisprudenza, con i provvedimenti di volontaria giurisdizione è messa in luce da GOMMELLINI A., *Sulla sospensione dell'esecuzione delle delibere assembleari*, *Giur. comm.*, I, 1987, 935 e ss..

¹⁹² Cfr. in questo senso Trib. Milano Sez. spec. propr. industr. ed intell. Ordinanza, 25-10-2012, in *Società*, 7, 2013, 844.

¹⁹³ Trib. Bologna Decreto, 28-03-2014, in *Foro It.*, 6, 1, 2015, 2241.

In questo senso, ad esempio, è stata accertata la presenza del *fumus* nella violazione di una clausola statutaria di prelazione e il requisito del *periculum* è stato ritenuto integrato (nel caso di una delibera che abbia disposto un aumento di capitale senza la partecipazione dei soci pretermessi) dal pericolo che votino in assemblea soggetti non legittimati, con conseguente rischio dei soci pretermessi di vedere alterate le proprie percentuali di partecipazione al capitale¹⁹⁴.

La dottrina si è spesso preoccupata di delineare l'ambito di applicazione del procedimento di sospensione¹⁹⁵.

Sul punto si è pronunciata la giurisprudenza, ritenendo che la tutela urgente sia ammissibile «solo in presenza di diritti preesistenti alla stessa pronuncia richiesta al giudice, posto che il provvedimento cautelare non deve alterare in alcun modo il momento operativo della pronuncia di merito; quindi le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente, proprio perché si eserciterebbe una funzione strutturalmente anticipatoria che produrrebbe subito quella stessa costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere presumibilmente introdotta con la sentenza costitutiva, laddove il disposto dell'art. 700 c.p.c. presuppone l'attualità del diritto cautelando»¹⁹⁶.

Con specifico riferimento al diverso profilo della intervenuta esecuzione della delibera, invece, si ritiene che il provvedimento di sospensione possa intervenire anche quando la deliberazione abbia

¹⁹⁴ Trib. Milano, 22-01-2016, in *Società*, 5, 2016, 640.

¹⁹⁵ Anche la pronuncia di annullamento può essere sospesa in via cautelare. In questo senso Trib. Napoli, 14-05-2014, Massima redazionale, 2014, secondo cui: «La pronuncia di annullamento può essere cautelatamente sospesa, a norma dell'art. 2378 c.c., solo previo accertamento che l'opponente, per effetto della mancata sospensione, finirebbe per subire un danno illecito superiore a quello che legittimamente subirebbe la società ove la sospensione fosse accordata».

¹⁹⁶ Trib. Cagliari Sez. Specializzata in materia di imprese Ordinanza, 22-06-2017, Massima redazionale, 2017.

avuto parziale esecuzione, ma non abbia parallelamente spiegato effetti sulla struttura della società e sulla sua organizzazione. In questa ottica costituirebbe un limite logico-giuridico alla pronuncia di sospensione la circostanza che gli effetti della deliberazione si siano definitivamente realizzati ed esauriti¹⁹⁷. Similmente, con riferimento all'efficacia della delibera è stata ritenuta inammissibile la richiesta di sospensione di una delibera assembleare negativa, risultando essa, per la sua peculiare natura, priva di effetti¹⁹⁸. Diversamente è stata ritenuta passibile di sospensione la delibera di approvazione del bilancio che, per quanto non necessiti di atti esecutivi in senso stretto, è comunque passibile di rivestire un ruolo fondamentale nella vita sociale, costituendo la premessa di gran parte delle sue decisioni¹⁹⁹. La stessa ratio si rinviene nei casi di impugnazione della delibera di nomina e di revoca delle cariche sociali²⁰⁰.

Era, in passato, discusso se potessero fare ricorso al rimedio della sospensione cautelare gli altri soggetti legittimati ad impugnare le deliberazioni assembleari, cioè gli amministratori ed i sindaci. La questione nasceva dalla lettera dell'art. 2378 c.c. che legittimava alla richiesta il solo socio opponente²⁰¹. Il legislatore della riforma sembra

¹⁹⁷ Trib. Milano, 22-12-2015, in *Società*, 2016, 4, 504.

¹⁹⁸ In questo senso Trib. Milano Sez. spec. in materia di imprese Ordinanza, 28-11-2014, in *Quotidiano Giuridico*, 2015, che riconosce nello stesso caso la possibilità di ricorrere alla tutela anticipatoria ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

¹⁹⁹ Trib. Napoli Sez. Specializzata in materia di imprese Ordinanza, 21-11-2013, in *Società*, 3, 2014, 355.

²⁰⁰ Trib. Milano Sez. Specializzata in materia di imprese, 10-01-2013, in *Società*, 4, 2013, 465, In questo senso anche Trib. Padova, 21/05/2005, in *Corriere Giur.*, 9, 2006, 1283, secondo il quale è ammissibile la sospensione dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 2378, comma 3, c.c., delle deliberazioni immediatamente esecutive (c.d. "self-executing"), quali quelle di nomina degli organi sociali.

²⁰¹ Cfr. MINERVINI G., *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Riv. Dir. Comm. I, 1955, 207 e ss., ROMANO PAVONI G., *Questioni in tema di sospensione dell'esecuzione di deliberazioni assembleari di società di capitali*, Giur. it., I, 2, 1955, 322, RAGUSA E.V., *Provvedimenti d'urgenza e deliberazioni assembleari*, Giur. comm., II, 1979, 127 e ss.

aver recepito l'orientamento della dottrina e di quella giurisprudenza che interpretava in maniera maggiormente sistematica la disciplina citata, laddove il nuovo articolo 2378 c.c. prevede che al rimedio cautelare di cui alla norma possa ricorrere "l'impugnante", così includendo non solo i soci, ma qualsiasi soggetto legittimato ai sensi della normativa codicistica ad impugnare la delibera in via ordinaria²⁰².

Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza la disciplina dei procedimenti cautelari di cui agli articoli 669 *bis*- 669 *quaterdecies* c.p.c. si applica anche al procedimento di sospensione *ex art.* 2378 c.c. in quanto compatibile.

3.3. *Il rimedio risarcitorio*

Come anticipato, a quei soci che non rappresentano la parte di capitale sociale richiesta per impugnare la delibera (ivi inclusi i soci senza diritto di voto che quindi non hanno legittimazione all'impugnazione diretta), viene riconosciuto dallo stesso art. 2377 c.c., il diritto al risarcimento del danno cagionato dalla non conformità della delibera alla legge o allo statuto, a tale riguardo, precisa infatti l'art. 2378 c.c., se in corso di impugnazione viene meno il numero di azioni previsto, il giudice non può pronunciarsi sull'annullamento e provvede sul risarcimento del danno, ove eventualmente richiesto.

In questo contesto si colloca l'art. 2379 *ter* c.c. che mantiene salvo il diritto al risarcimento del danno, eventualmente spettante al socio o al terzo, anche laddove non sia più impugnabile la delibera invalida di aumento o di riduzione del capitale sociale e di emissione di obbligazioni, così come l'art. 2395 c.c. fa salvo il diritto al risarcimento del danno spettante al socio o al terzo che sono stati direttamente

²⁰² Conferma tale impostazione Trib. Palermo Sez. III, 24-01-2013, in *Società*, 10, 2013, 1046, secondo cui «L'amministratore di s.p.a. revocato è legittimato a proporre istanza di sospensione della deliberazione assembleare di revoca, dallo stesso precedentemente impugnata».

danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori (anche laddove non si raggiunga il *quorum* (direi più che) qualificato di un quinto richiesto per esercitare l'azione di responsabilità). Infine, l'art. 2497 c.c. dispone la responsabilità diretta del soggetto che abusa dell'attività di direzione e coordinamento nei confronti dei soci, per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale.

Il legislatore, dunque, prevede il rimedio risarcitorio come rimedio individuale del socio, che si trova ad essere inciso da una attività (che talvolta si estrinseca in una delibera, altre volte in una decisione dell'organo amministrativo), che direttamente o indirettamente lede la propria sfera giuridica. Laddove il rimedio impugnatorio è esperibile unicamente da un azionariato qualificato (per il quale rileva il vizio procedimentale in se considerato), similmente all'azione di responsabilità (dove forse è addirittura improprio parlare di minoranza, visto il *quorum* di un quinto richiesto per esercitarla), il rimedio risarcitorio è invece riconosciuto individualmente a tutti i soci.

Occorre tuttavia effettuare una precisazione preliminare circa la natura dell'azione risarcitoria prevista dall'art. 2377 c.c.. Il legislatore sembra configurare il rimedio del danno come alternativo rispetto al rimedio impugnatorio. In questo senso, ad una prima lettura della norma, sembra che il socio che non possa impugnare (perché non ha il numero di azioni previsto o non è titolare del diritto di voto con riferimento a quella delibera), possa alternativamente chiedere, entro lo stesso termine, il risarcimento del danno. Tuttavia, dal punto di vista degli interessi del socio, i due rimedi non sono strettamente alternativi: l'impugnativa protegge l'interesse del socio alla legalità dell'assemblea, laddove l'azione di risarcimento vuole riparare il danno subito dal socio in conseguenza della stessa deliberazione. L'invalidità della deliberazione infatti, non reca necessariamente un danno al socio e tuttavia il socio può avere interesse a rimuoverla (si pensi all'impugnazione della delibera di nomina degli amministratori),

l'azione avrebbe quindi titolo nell'interesse del socio alla legalità delle deliberazioni della società²⁰³.

E allora occorre indagare quale sia il danno che il socio subisce. Normalmente il “danno da delibera” è quello cagionato al patrimonio della società che, ai sensi dell'art. 2373 c.c., ha azione contro coloro ai quali può essere imputato. In questo caso specifico i soci non potrebbero agire individualmente per il risarcimento, in quanto troverebbero soddisfazione nell'annullamento della delibera viziata dal voto del socio in conflitto e dal risarcimento che ha ottenuto (eventualmente) la società. Non potrebbe dunque riscontrarsi in questo caso un danno diretto al socio che, parallelamente, non avrebbe titolarità all'azione. Né possiamo individuare l'azione, ai sensi dell'art. 2377 c.c., in quella del socio che abbia subito un danno patrimoniale personale, ciò in quanto tale danno sarebbe in ogni caso risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c., e l'azione, in tal caso, deriverebbe dal fatto illecito che è la deliberazione, finendo le due azioni per sovrapporsi.

L'indagine potrebbe allora spostarsi sulla natura dell'azione, quindi del danno subito dal socio e, in particolare, se si tratti di una vera e propria tutela risarcitoria ovvero se si tratti di una sorta di compensazione indennitaria riconosciuta all'azionista “espropriato” del diritto di impugnare²⁰⁴. Escludendo che possano ricorrere i caratteri propri dell'indennizzo, quali la corrispettività, la mancanza dell'illecito e il carattere pecuniario della prestazione²⁰⁵, in uno con il dato letterale della norma che qualifica il rimedio in termini di risarcimento, non possiamo che concludere configurando il rimedio come risarcitorio. Ciò che a tale fine viene in rilievo è dunque il pregiudizio che l'azionista subisce come riflesso del danno che la delibera illegittima ha arrecato

²⁰³ VISENTINI G., *L'assemblea della società per azioni*, op.cit., 387.

²⁰⁴ DI GIROLAMO F., *Sub. Art. 2377, Commentario del codice civile*, D. U. Santosuosso (a cura di), *sub art. 2377*, Milano, 2016.

²⁰⁵ Sul punto confronta sempre DI GIROLAMO F., op. cit., ove ulteriori riferimenti.

direttamente alla società. Seguendo questa impostazione non viene dunque in rilievo la posizione individuale del socio, che avrebbe in ogni caso a disposizione i rimedi di diritto comune (art. 2043 c.c.), cui si aggiungono i rimedi squisitamente societari quale l'azione *ex art.* 2395 c.c.²⁰⁶ contro gli amministratori a l'azione prevista dall'art. 2497 c.c. per il danno arrecato alla redditività e al valore della partecipazione in caso di attività di direzione e coordinamento²⁰⁷.

Proprio l'art. 2497 c.c. può essere utile spunto per individuare i caratteri del danno risarcibile ai sensi dell'art. 2377 c.c., sul rilievo che entrambe le norme vogliono tutelare il socio estraneo al gruppo di comando, identificato nella maggioranza assembleare dall'art. 2377 c.c. e dal soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento dall'art. 2497 c.c.. In questa prospettiva, nel silenzio dell'art. 2377 c.c., si potrebbe appunto fare ricorso al parametro alla perdita di valore reale della partecipazione azionaria, che coinciderebbe con il pregiudizio riparabile ai sensi dell'art. 2497 c.c.²⁰⁸.

In questo senso, l'assetto proprio della società per azioni, che si basa sull'anonimato del socio, comporterebbe che il danno risarcibile sarebbe solo quello che il socio condivide pro-quota con gli altri azionisti, ciò in quanto l'interesse tipico dell'azionista è la percezione di un reddito o comunque di un incremento del capitale investito;

²⁰⁶ Dottrina e giurisprudenza sono stanzialmente unanimi nel ritenere che la norma (la cui formulazione è rimasta immutata con la riforma) rechi la previsione di una responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. la cui peculiarità è che il danno cagionato dovrà essere diretto. Tale qualificazione non è fine a se stessa ma determina: i) che l'onere della colpa o del dolo grava sul socio che agisce Cass. civ. Sez. I, 08-09-2015, n. 17794, CED Cassazione, 2015); ii) la risarcibilità anche del danno imprevedibile (Cass. civ., 28-04-1979, n. 2488, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 2131); iii) la competenza territoriale ancorata al luogo in cui è stato posto in essere l'illecito (Cass. civ. Sez. II, 14-12-1989, n. 5625, in *Mass. Giur. It.*, 1989).

²⁰⁷ Per una ricostruzione in chiave critica del rimedio e delle sue peculiarità anche rispetto alle ulteriori azioni del socio cfr. VISENTINI G., *L'amministrazione della società per azioni*, Roma, 2016, 271 e ss.

²⁰⁸ In questo senso PINTO V., *La tutela risarcitoria dell'azionista fra «danno diretto» e «danno riflesso»*, Pisa, 2012, ove altri riferimenti.

dunque il danno risarcibile sarebbe appunto solo quello inerente al pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione²⁰⁹.

Il danno, in questa prospettiva è stato qualificato come contrattuale, «da inadempimento, al quale normalmente pone riparo l'azione di annullamento, ma non necessariamente ogniqualvolta la retroattività della sentenza di annullamento trova l'ostacolo della situazione di fatto irreversibile, nel quale caso non resta che il ricorso alla liquidazione dell'eventuale danno patrimoniale»²¹⁰. Secondo l'autore, questa impostazione è l'unica sostenibile anche alla luce di una interpretazione sistematica delle norme in tema e in particolare dell'art. 2504 *quater* c.c., che configura il rimedio risarcitorio come sostitutivo di quello impugnatorio, non più praticabile laddove ricorrano i requisiti della norma²¹¹.

Sul punto si è espressa la giurisprudenza, riconoscendo il risarcimento unicamente nel caso di errato rapporto di cambio, stabilito dalla deliberazione assembleare divenuta ormai inoppugnabile²¹². In questo senso giova precisare che l'errato rapporto di cambio sarebbe

²⁰⁹ GUERRIERI G., *sub art. 2377*, op. cit., 544.

²¹⁰ Di questo avviso VISENTINI G., *L'assemblea della società per azioni*, op. cit., 386 e ss..

²¹¹ L'art. 2504 *quater* c.c. Invalidità della fusione, così recita: «Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione».

²¹² Cfr. Trib. Prato, 25-05-2011, Massima Redazione 2011: «La responsabilità della società *ex art. 2504 quater c.c.* è contrattuale e diretta, in quanto può scaturire sia dall'operato degli amministratori che da quello dell'assemblea. Con riferimento all'operato degli amministratori, in particolare, la società può rispondere per la violazione sia delle norme che disciplinano il procedimento di fusione, che degli obblighi di correttezza e buona fede che presiedono alla esecuzione del contratto di società. Quanto alla responsabilità della società per i danni arrecati ai soci dalla deliberazione assembleare, rilevano le norme che presiedono alla determinazione del rapporto di cambio, così come quelle di buona fede e correttezza nella esecuzione del contratto di società che vincolano anche il funzionamento dell'organo deliberante, vietando l'abuso nell'esercizio dei diritti sociali e, quindi, la gratuita ed arbitraria prevaricazione dei diritti di soci di minoranza. In entrambe le ipotesi, in ogni caso, il titolo contrattuale della responsabilità della società scaturisce dal fatto che la fusione costituisce momento attuativo dello stesso contratto di società».

idoneo ad incidere direttamente sulla sfera giuridica del socio (*uti socii*), cagionando un danno alla sua partecipazione cui non necessariamente corrisponde un danno al patrimonio della società. Conseguentemente si tratterebbe di danno diretto al patrimonio del socio e non riflesso del danno cagionato alla società. Conseguentemente, il socio interessato dovrà impugnare la delibera di fusione, laddove possibile, in quanto la sua eliminazione determinerebbe il venir meno della situazione lesiva ed esso troverebbe infatti ristoro nella sua rimozione e nel ripristino della situazione *quo ante*. Solo laddove ciò non sia più possibile il socio potrà agire per il risarcimento del danno non più eliminabile.

La disposizione è stata riprodotta nell'art. 2379 *ter* c.c. per il diverso caso della invalidità delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale e della emissione di obbligazioni in esecuzione della riforma, la cui relazione, sembra volere generalizzare il ricorso al rimedio risarcitorio sulla falsa riga di quanto già delineato dall'art. 2504 *quater* c.c.; ciò ostacolerebbe il delinearsi di una linea di demarcazione tra i due rimedi, i cui caratteri peculiari sarebbero dunque assimilabili.

Invero, secondo il diritto comune, soltanto se, nonostante l'annullamento della deliberazione, per l'ostacolo degli effetti consolidati, non è possibile ripristinare lo stato precedente alla deliberazione, il socio potrà pretendere il risarcimento, per il danno subito *uti socius*, che l'annullamento non ha riparato (ad esempio nel caso di illegale lesione del diritto d'opzione se l'aumento del capitale è ormai irreversibile).

L'azione di risarcimento, esercitata *uti socius*, sostituisce l'impugnazione, sicché non può essere esercitata congiuntamente con essa. D'altro canto il riconoscimento del risarcimento presuppone un danno che a sua volta presuppone l'esistenza di una delibera invalida, il cui accertamento verrà effettuato *incidenter tantum* dal giudice.

L'azione risarcitoria esperibile ai sensi dell'art. 2377 c.c., è esperibile entro lo stesso termine previsto per l'impugnazione, ciò in

quanto il legislatore ha ritenuto di evitare in questo modo un potenziale conflitto tra la sentenza di annullamento e quella che statuisce sul risarcimento, anche in considerazioni delle esigenze di economica processuale che determinano la necessità di trattare insieme le questioni che hanno origine dalla stessa delibera (art. 2378, comma 5, c.c.)²¹³.

Per quanto riguarda le ipotesi di nullità previste dall'art. 2379 *ter* c.c., all'azione risarcitoria dovrà applicarsi il termine prescrizione ordinario in tema di azioni di danno.

4. L'impugnativa delle delibere del consiglio di amministrazione

Menzione a parte, merita la possibilità, introdotta con la riforma e cui si è preventivamente accennato in materia di diritto di ispezione del socio, di impugnare, da parte di una minoranza qualificata dei soci, la delibera consiliare lesiva. Invero, già nel vigore della precedente disciplina, parte della dottrina si era interrogata sulla reale portata della norma che, limitandosi a regolare i requisiti di validità della delibera consiliare, tuttavia non individuava i rimedi per la loro mancanza²¹⁴.

Il legislatore ha evidentemente accolto le istanze garantiste rappresentate e ha modificato l'art. 2388 c.c., che attualmente dispone come, in aggiunta alla legittimazione del collegio sindacale e degli amministratori assenti o dissenzienti ad impugnare le delibere consiliari

²¹³ SANZO S., *Sub Art. 2377*, op. cit., 626.

²¹⁴ Cfr. sul punto BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1986, 37. Cfr. sul punto anche Trib. Roma Ordinanza, 12-09-2012, in *Vita Notar.*, 2013, 1, 239, secondo cui: «Stante l'identità di ratio, l'art. 2388 c.c. quarto comma inciso finale, è applicabile analogicamente alla società a responsabilità limitata, anche per le decisioni dell'amministratore unico lesive dei diritti dei soci, costituendo tale facoltà espressione di un principio generale dell'ordinamento». Una parte della giurisprudenza ha circoscritto l'ambito di applicazione della norma, prevedendo che: «Le delibere assunte dal C.d.a di una s.r.l. sono impugnabili solo se assunte in conflitto di interessi ai sensi dell'art. 2475-ter c.c. Si esclude che possa essere applicata analogicamente alle s.r.l. la disciplina prevista per le s.p.a. di cui all'art. 2388 c.c., in quanto il socio di s.r.l. gode di strumenti alternativi idonei a garantirgli una tutela analoga a quella assicurata ai soci di s.p.a.» (Trib. Palermo Sez. V Ordinanza, 25-03-2014, in *Società*, 2014, 12, 1398, nota di Lo Pinto).

che non sono prese in conformità della legge o dello statuto, possano altresì essere impugnate da parte dei soci le deliberazioni lesive dei loro diritti; in tal caso si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 2377 e 2378 c.c..

La *ratio* della norma è stata rinvenuta nella circostanza che, essendo i poteri degli amministratori circoscritti al campo della gestione, essi non possano riguardare la modifica o la soppressione dei diritti attribuiti ai singoli soci dalla legge o dall'atto costitutivo, alterandosi altrimenti le basi su cui si è costituita la società²¹⁵. Così interpretata, la norma è stata ritenuta rappresentativa di un principio di applicazione generalizzata e, in quanto tale, applicabile non soltanto alle società per azioni, ma anche alle società a responsabilità limitata²¹⁶.

I soci sono legittimati ad impugnare la delibera consiliare solo laddove essa sia lesiva di loro diritti. Ciò in quanto l'impugnazione delle delibere per violazione della legge o dello statuto è riservata agli amministratori assenti o dissenzienti e al collegio sindacale (che partecipano al procedimento di formazione). In caso di loro inerzia, i soci, come verrà approfondito *infra*, avrebbero il rimedio della denuncia al tribunale previsto dall'art. 2409 c.c., ma non potrebbero in ogni caso impugnare la delibera, salvo che essa non pregiudichi i loro diritti. Probabilmente il legislatore ha inteso evitare impugnazioni sistematiche che potrebbero ledere l'interesse della società alla stabilità delle decisioni dell'organo amministrativo.

Non sono ritenute direttamente lesive dei diritti dei soci le deliberazioni, comunque illecite, del consiglio di amministrazione che incidano solo sul patrimonio della società, con conseguente preclusione

²¹⁵ Trib. Roma Sez. Specializzata in materia di imprese, 03-04-2017, Massima redazionale, 2017.

²¹⁶ Trib. Milano Sez. Specializzata in materia di imprese, 05-03-2015, in *Società*, 2015, 6, 771.

ai soci della possibilità di impugnarle²¹⁷. Ciò in quanto il diritto degli azionisti rilevante si fini della norma sarebbe solo quello riferibile a situazioni giuridiche soggettive individuali aventi contenuto pretensivo nei confronti della società, a fronte delle quali gli amministratori sarebbero carenti del potere di disporne²¹⁸. Si immagini il caso della delibera con la quale gli amministratori sospendono l'erogazione degli utili deliberati dall'assemblea, conseguentemente impugnata dai soci lesi.

Diversamente, altra parte della dottrina, ritiene che, avendo il rimedio carattere impugnatorio, esso presupponga l'efficacia del deliberato fino alla sua rimozione, previa verifica della lesione. Conseguentemente la norma non potrebbe applicarsi anche a lesioni di diritti soggettivi, in quanto la delibera che volesse incidervi sarebbe radicalmente inefficace²¹⁹. Si pensi al caso in cui il consiglio di amministrazione, previa delibera, rifiuti l'iscrizione nel libro soci dell'acquirente delle azioni nominative.

Purtroppo il ricorso al rimedio da parte dei soci è stato ancora esiguo, così come la giurisprudenza in materia, pertanto finora inidonea a dirimere del tutto ogni dubbio sull'applicazione della norma.

Pur se in mancanza di espressa previsione in tal senso, si ritiene che la norma sia applicabile anche alle decisioni dell'amministratore unico intervenute su delega statutaria dell'assemblea. Le decisioni dell'organo gestorio, anche in conformità al principio di ragionevolezza ed uguaglianza, avrebbero infatti contenuto analogo alle statuizioni che

²¹⁷ Trib. Milano Sez. Specializzata in materia di imprese Ordinanza, 29-03-2014, in *Foro It.*, 2015, 5, 1, 1836.

²¹⁸ BARACHINI F.-PINTO V., *sub art. 2388, Commentario del codice civile*, D. U. Santosuosso (a cura di), Milano, 2016, 256, PISANI MASSAMORMILE A., *Invalidità delle delibere consiliari*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), II, Torino, 2006, 564.

²¹⁹ PINTO V., *sub art. 2388*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società - Commento agli articoli 2380-2451 del codice civile*, F. D'alessandro (diretto da), II, 2, Padova, 2011, 98.

in via ordinaria sono adottate dai soci, di tal che la decisione delegata all'amministratore unico è impugnabile alle stesse condizioni previste dalla legge per le delibere dell'assemblea dei soci e ai sensi dell'art. 2388 c.c., del consiglio di amministrazione lesive dei diritti dei soci²²⁰.

Sono in ogni caso fatti salvi i diritti acquisiti in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

Il richiamo operato dalla norma agli artt. 2377 e 2378 c.c. determina: i) l'applicazione della regola del *simultaneus processus* di cui all'art. 2378, comma 5 c.c. e ii) l'applicazione del rimedio sospensivo ai sensi dell'art. 2378, comma 4 c.c..

Con riferimento invece all'applicazione della disciplina prevista nel caso di sostituzione della delibera viziata ai sensi dell'art. 2377 c.c.²²¹, Il richiamo a tali norme ha determinato altresì il sorgere di una discussione circa le modalità per l'esercizio dell'azione da parte dei soci e, in particolare, se sia applicabile o meno il quorum minimo richiesto dall'art. 2377 c.c. (sul punto vedi *infra*) per l'impugnazione delle delibere assembleari annullabili e il termine di 90 giorni, o una tale previsione non sia compatibile con una impugnazione avente ad oggetto una delibera direttamente lesiva dei diritti del socio, con le conseguenti problematiche in tema di mantenimento del possesso azionario per tutta la durata dell'impugnazione²²² di cui si è ampiamente discusso *supra* e cui si rimanda.

In caso di soluzione positiva al quesito, il socio detentore di una quota di partecipazione inferiore a quella richiesta dalla norma richiamata potrebbe azionare unicamente la tutela risarcitoria ai sensi

²²⁰ Cfr. sul punto Trib. Milano, 21-09-2011, in *Società*, 2011, 12, 1476, che statuisce in un caso di delega statutaria di aumento del capitale sociale all'amministratore unico ai sensi dell'art. 2443 c.c..

²²¹ Cfr. sul punto BARACHINI F.-PINTO V., *sul art. 2388*, op. cit., ove altri riferimenti.

²²² PINTO V., *sub art. 2388*, op. cit., 100. Contra AIELLO M., *Gli amministratori di società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), XVI, 6, Torino, 2013, 109.

dell'art. 2395 c.c., a sua volta richiamata dall'art. 2377 c.c.. Appare tuttavia preferibile l'interpretazione che ritiene, per ragioni sistematiche, non compatibile con l'impugnazione delle delibere consiliari l'applicazione di un *quorum* minimo poiché, nel caso prospettato, non vi è la necessità di tutelare l'interesse dell'ente, quale espresso dalla maggioranza dei soci, a fronte di esigenze particolaristiche dei singoli (talvolta strumentali)²²³. Infatti, il socio che impugna la deliberazione consiliare sarebbe portatore di una posizione giuridica soggettiva che si lamenta essere stata immediatamente lesa e che non si pone in contrapposizione con l'interesse sociale; in questa ottica risulterebbe irragionevole limitare l'accesso alla tutela solo al socio che detiene una determinata aliquota di capitale sociale²²⁴.

Di converso, non troverebbe applicazione l'art. 2379 c.c., in tema di nullità delle delibere assembleari, non espressamente richiamato e in ogni caso non applicabile sul rilievo che il vizio di nullità è stato previsto per punire quelle violazioni più gravi nella formazione del procedimento assembleare, nei cui confronti il socio ha un diritto di partecipazione e di espressione, diversamente da quanto accade nei confronti delle delibere del consiglio di amministrazione, alla cui formazione il socio rimane estraneo²²⁵.

²²³ Sul punto è sorta la questione circa l'individuazione della tipologia di diritti che la norma intende tutelare: se si tratta di posizioni di diritto soggettivo in senso tecnico (legate alla lesione di un diritto indisponibile del socio), ovvero se si tratta di posizioni giuridiche soggettive attinenti ad un diritto disponibile del socio (e quindi modificabile con il consenso dell'interessato). La dottrina opta per l'interpretazione più ampia, intendendo per posizione giuridica soggettiva sia quella di tipo patrimoniale che amministrativo. Cfr sul punto A. PISANI MASSAMORMILE, *Il nuovo diritto delle società*, Vol. 2, Milano, 2006, 564.

²²⁴ Cfr. sul punto Roberto Ambrosini, Impugnazione delle Deliberazioni del Consiglio di Amministrazione di S.p.A. da parte dei soci: condizioni e limiti - Il Commento (Trib. Milano Sez. spec. in materia di imprese Ordinanza, 29 marzo 2014), in *Società*, 2015, 2, 177, e G.D. MOSCO, *Commento agli artt. 2380-2389*, in G. Nicolini - A. Stagno D'Alcontres (a cura di), *Commentario delle Società di capitali*, Napoli, II 2004, 633.

²²⁵ Cfr. ancora BARACHINI F., PINTO V., *sul art. 2388*, op. cit., 258.

5. *I rimedi successivi diversi dall'impugnazione*

Finora sono state passate in rassegna le tutele legali di tipo preventivo riconosciute al socio (cfr. *supra* primo capitolo) e le tutele, anch'esse legali, riconosciute a fronte di violazioni del procedimento di formazione della volontà assembleare (tra cui il rimedio impugnatorio). Tali rimedi non esauriscono tuttavia il set di tutele legali attribuite al socio, che può utilizzare strumenti ulteriori, di cui di seguito si passeranno in rassegna gli elementi e le caratteristiche.

Si tratta di rimedi riconosciuti dalla legge, il cui ricorso non può essere escluso in via preventiva neppure dall'unanimità dei soci, che si posizionano al di fuori del perimetro del procedimento assembleare, quale rimedio a violazioni compiute dall'organo amministrativo, eventualmente nell'inerzia dell'organo di controllo. Il socio, non potendo reagire direttamente alla situazione lesiva (ad esempio impugnando direttamente la decisione dell'organo che si assume abbia agito in modo illegittimo), ricorre ad una tutela di tipo "indiretto", sollecitando il controllo e l'ispezione da parte di un organo terzo (il tribunale), ovvero chiedendo un ristoro di tipo risarcitorio (l'azione di responsabilità contro gli amministratori), ovvero agendo in via cautelare, tentando di evitare danni ulteriori.

5.1. *La denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.*

I soci che rappresentano un decimo del capitale sociale, ovvero il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione, che hanno il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano commesso gravi irregolarità nella gestione, passibili di arrecare danno alla società (o a una o più società controllate), possono denunciare tali fatti al tribunale. Lo statuto può ridurre la percentuale richiesta di partecipazione.

Il potere di denuncia è indisponibile, essendo conferito a tutela della società e di interessi pubblici e, soltanto di riflesso, di quelli della

minoranza dei soci. Perciò la legittimazione ad attivare il controllo giudiziario di cui all'art. 2409, c.c., spetta anche all'amministratore in possesso della qualità di socio²²⁶, è altresì sufficiente che la titolarità di almeno un decimo di capitale sociale sussista al momento del deposito del ricorso, essendo irrilevante che essa venga meno nelle more del procedimento²²⁷.

La legittimazione a presentare la denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. spetta anche al socio o ai soci che posseggono una quota di capitale superiore alla soglia richiesta dalla norma, anche laddove ad agire sia il socio di maggioranza assoluta²²⁸. Non è uno strumento posto a tutela del socio di minoranza (e ciò è facilmente desumibile dal capitale minimo richiesto, molto alto, per ricorrervi), ma a tutela della società e dei terzi, lesi dal comportamento irregolare dei suoi organi.

Si tratta di un procedimento avente natura di volontaria giurisdizione²²⁹ di tal che l'autorità giudiziaria non è vincolata ad

²²⁶ Trib. Venezia, 11-12-1987, in *Società*, 1988, 284, nota di Dabormida.

²²⁷ Cfr. Trib. Velletri, 28-09-1993, in *Giur. di Merito*, 1995, 274, nota di Di Gravio, secondo cui «Per "gravi irregolarità", che consentono l'adozione dei provvedimenti previsti dall'art. 2409 c.c. devono intendersi fatti gravissimi e deficienze non altrimenti eliminabili, che concretano violazioni di leggi o dello statuto. Non sono tali l'irregolare tenuta dei libri sociali e la gestione con criteri personali ed antieconomici della società». Per l'irrelevanza della perdita della qualità di socio confronta anche App. Torino, 12-06-1987, in *Giur. piemontese*, 1987, 765, di segno opposto App. Milano, 25-11-1998, in *Giur. It.*, 1999, 780.

²²⁸ App. Roma (Decr.), 15-01-2003, in *Società*, 4, 2003, 587, nota di Soldati, secondo cui: «E' ammissibile il ricorso ex art. 2409 c.c. presentato dal socio di maggioranza, anche se socio-sovrano (nella specie, con una partecipazione del 90% del capitale), giacché la norma pone solo un limite minimo ai fini della legittimazione e non si può negare «a priori» il suo interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.». Contra isolatamente CERAMI V., *Il controllo giudiziario nelle società di capitali*, Milano, 1954, 61, il quale afferma che la maggioranza sarebbe carente «di interesse ad agire, dell'interesse cioè di cui all'art. 100».

²²⁹ Cass. civ. Sez. I, 16-06-2000, n. 8226, in *Mass. Giur. It.*, 2000: «I provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 2409 c.c. in ordine ad irregolarità della gestione di una società di capitali (nella specie revoca del liquidatore di una s.r.l. e nomina, in sua vece, di un amministratore giudiziario) sono atti di volontaria giurisdizione e non assumono carattere contenzioso nemmeno nelle ipotesi in cui si disponga la revoca degli amministratori e dei sindaci, risolvendosi tali situazioni in misure cautelari e provvisorie

esaminare esclusivamente le irregolarità denunciate, potendo considerare ogni altra condotta, emersa in ogni modo nel corso del procedimento e che ritenga rilevante ai fini della valutazione sulle irregolarità²³⁰, adottando tutti i provvedimenti previsti dall'art. 2409 c.c., a prescindere dalle istanze formulate dalle parti²³¹.

Per intentare la denuncia, deve sussistere il fondato sospetto di gravi irregolarità commesse dagli amministratori, che i) debbono inerire a gravi violazioni nella gestione; ii) sono state compiute dagli amministratori contravvenendo ai loro doveri imposti; e iii) sono potenzialmente dannose per la società o per una sua controllata.

Il requisito dell'inerenza delle gravi violazioni rispetto alla gestione è stato introdotto con la riforma, che ha recepito il costante orientamento della giurisprudenza, in base alla quale le irregolarità devono essere attuali e riguardare la sfera sociale.

Infatti, la norma vuole tutelare le minoranze e i terzi dai pericoli che una scorretta gestione sociale può determinare nei loro confronti, prevedendo una procedura concretamente diretta al fine di eliminare e rimuovere, con l'intervento dell'autorità giudiziaria, gravi irregolarità (inerzia o abusi) connotate dal requisito della attualità e dipendenti dall'inosservanza dei propri doveri da parte degli amministratori (e dei sindaci)²³². L'obiettivo è ripristinare l'ordine gestionale asseritamente compromesso dal comportamento ritenuto illegittimo dell'organo amministrativo²³³. Integrano le gravi violazioni non soltanto quelle

che non definiscono conflitti tra parti contrapposte e sono perciò privi del requisito della decisorietà e dell'attitudine ad acquistare autorità di cosa giudicata sostanziale, con la conseguenza che quand'anche non altrimenti impugnabili, detti provvedimenti non sono suscettibili di ricorso per cassazione ex art. 111 cost. nè di ricorso per regolamento di competenza».

²³⁰ Trib. Roma, 13-07-2000, in *Giur. It.*, 2000, 2103.

²³¹ Trib. Como, 04-04-2000, in *Gius.*, 2000, 2011.

²³² App. Cagliari, 13-02-2004, in *Società*, 2004, 8, 976.

²³³ Trib. Verona, 15-02-1988, in *Società*, 1988, 648.

inerenti a specifici divieti²³⁴, ma anche la violazione dei doveri generali di diligenza, correttezza e fedeltà verso la società²³⁵, nonché le violazioni di regole tecniche eventi fonte diversa dalla legge ordinaria, quali ad esempio i regolamenti emanati dalla Consob²³⁶. Come anticipato, il limite all'ambito di applicazione della norma lo si rinviene nel controllo sul merito dell'opportunità delle scelte degli amministratori, sempre preclusa.

Dunque il sindacato giudiziale sull'operato degli amministratori consiste in un controllo di legalità limitato all'osservanza dei doveri loro propri nello svolgimento del ruolo assunto e alla commissione di gravi irregolarità nell'ambito del loro operato, con esclusione di qualunque sindacato di merito sull'attività gestoria compiuta. Si tratterebbe, in questa ottica, di una valutazione circa la natura illegittima dell'esercizio della discrezionalità gestoria, che si estende alle «violazioni dei criteri di diligente, perito e prudente comportamento nella conduzione societaria, con il limite - insuscettibile di definizione a priori - di un ambito di discrezionalità insindacabile nel compimento dell'attività economica e commerciale»²³⁷.

²³⁴ Cfr. App. Venezia Sez. I Decreto, 23-07-2014, in *Quotidiano Giuridico*, 2014, nota di Sarti, secondo cui «L'elemento caratterizzante le gravi irregolarità è il carattere dannoso, riscontrabile nella violazione di norme di legge, capaci di procurare un danno al patrimonio sociale o un grave turbamento all'attività sociale».

²³⁵ ROSSI S., *sub art. 2409, Commentario del codice civile*, D. U. Santosuosso (a cura di), Milano, 2016, 570. In giurisprudenza nel senso che la norma sia applicabile al caso di decisioni assunte in violazione dei doveri di diligenza Appello Milano, 15 luglio 1997, in *Società*, 1997, 1415, in caso di violazioni del dovere di perseguire l'interesse sociale Tribunale Vicenza, 2 giugno 1992, in *Società*, 1993, 201, nota di Patelli. Nel senso che l'esecuzione di operazioni in conflitto di interessi in violazione dell'iter procedimentale previsto dall'art. 2391 c.c. può costituire una grave irregolarità nella gestione, rilevante ai sensi dell'art. 2409 c.c. Trib. Milano Sez. Specializzata in materia di imprese, 08-09-2016, in *Società*, 2016, 12, 1420.

²³⁶ In questo senso Tribunale Parma 28 marzo 2013, in *Giur.comm.*, II, 2014, 109.

²³⁷ In questo senso si è espresso Tribunale Bologna Sez. spec. in materia di imprese Decr., 20-01-2015, in *Sito Giuraemilia.it*, 2015, che ha affermato come l'esclusione dell'abuso di poteri e della commissione di irregolarità escluda l'accoglimento dell'istanza che abbia avviato la procedura di amministrazione giudiziaria.

L'irregolarità riscontrata deve essere potenzialmente dannosa per la società, in quanto idonea a cagionare un danno al patrimonio sociale²³⁸, poiché il vantaggio che i soci ne conseguono è solo indiretto²³⁹. Non manca tuttavia chi estende l'ambito di applicazione della norma anche alla lesione più ampia di interessi dei soci²⁴⁰, o chi lo ascrive all'interesse sociale inteso, se si accoglie la teoria contrattualistica, come interesse comune dei soci alla massimizzazione del valore della partecipazione sociale²⁴¹.

Appare tuttavia preferibile, esclusa l'opinione, almeno con riferimento alle società che non fanno ricorso al mercato, che la norma persegua interessi pubblici, che essa intenda perseguire l'interesse dei soci di minoranza, passibili di essere danneggiati da gestione negligente²⁴².

Diversamente il danno alle società controllate rileva solo in termini di danno patrimoniale, cioè il danno alla controllata rileva ai fini della norma solo allorché esso si rifletta sul suo patrimonio o sul

²³⁸ In questo senso DE VITIS S., *sub art. 2409*, in *La riforma delle società*, M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), Torino, 2003, 606.

²³⁹ Cfr. in dottrina per un approfondimento GALGANO F., *Società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economica*, Padova, 1988.

²⁴⁰ Cfr. sul punto PREITE D., *Abuso della maggioranza e conflitto d'interessi del socio nella società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (a cura di), III, 2, Torino, 1994, 134. Cfr. anche App. Milano, 29-06-2012, in *Società*, 2012, 10, 1099, secondo cui: «Elemento peculiare delle gravi irregolarità è il carattere dannoso, individuabile nella violazione di disposizioni di legge idonee a procurare danno al patrimonio sociale o un grave turbamento all'attività sociale. La carenza di una tale idoneità dannosa dei comportamenti denunciati comporta la loro inqualificabilità alla stregua di gravi irregolarità rilevanti ai sensi dell'art. 2409 c.c.».

²⁴¹ Senza volersi in questa sede affrontare la questione della individuazione dell'interesse sociale, si rimanda sul punto a MONTALENTI P., *Interesse sociale e amministratori*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Milano, 2010.

²⁴² TERRANOVA G., *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nella società per azioni*, in Abbadessa - Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, III, Milano, 2007, 118, BERTOLOTTI A., *Società per azioni - Collegio sindacale. Revisori Denunzia al tribunale*, Torino, 2015, 495.

valore della partecipazione dei suoi soci, anche laddove si tratti di un danno anche solo potenziale all'interesse protetto²⁴³.

A tale riguardo, la giurisprudenza precisa che con l'introduzione del requisito della potenzialità del danno quale presupposto della denuncia, il legislatore ha inteso ulteriormente limitare la possibilità di denunce pretestuose o dettate da motivi di disturbo (in aggiunta alla previsione della quota minima di capitale), nonché escludere le cosiddette irregolarità informative dall'ambito dell'intervento dell'autorità giudiziaria, e quindi dalla sfera di tutela della minoranza²⁴⁴.

Con riferimento al requisito della gravità, la giurisprudenza ha ritenuto che esso ricorra in presenza di fatti gravi e deficienze non altrimenti eliminabili, ascrivibili agli amministratori, che determinano violazioni di legge (norme civili, penali, amministrative e tributarie) o dello statuto, nonché delle regole generali di gestione diligente nell'interesse sociale e in assenza di conflitti di interesse. Dunque è irrilevante il tipo di norma violata così come lo stato soggettivo (dolo o colpa) di amministratori e sindaci, distinguendosi in ciò l'azione promossa ai sensi dell'art. 2409 c.c. rispetto all'esercizio dell'azione di responsabilità²⁴⁵.

²⁴³ Sul punto FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 63.

²⁴⁴ Trib. Verona, 12-01-2012, in *Dir. Fall.*, 6, 2, 2012, 729, nota di Marena.

²⁴⁵ Tribunale Parma, 28/03/2013, Redazione Giuffrè 2013 che con riferimento al requisito della attualità afferma che: «non rilevano ai fini del procedimento de quo vicende societarie ormai esaurite e non ulteriormente produttive di possibili effetti nocivi, non potendosi dar luogo all'intervento dell'Autorità Giudiziaria quando sia già stato ripristinato l'ordine amministrativo e gli effetti della condotta siano ormai intangibili, come si evince anche dalla previsione di cui all'art. 2409 comma 3° c.c. In ogni caso, alla luce del dovere di diligenza imposto dal già richiamato art. 2392 c.c., costituisce irregolarità imputabile all'attuale amministratore la mancata rimozione delle conseguenze dannose di quanto compiuto dal suo predecessore, proprio in virtù del fatto che il controllo giudiziario mira al riassetto amministrativo» e con riferimento al profilo della idoneità alla causazione di un danno alla società che: «deve reputarsi sufficiente il mero pericolo di danno futuro, purché patrimonialmente rilevante, alla società; viceversa, eventuali profili di danno ai singoli soci, ai creditori sociali e ai terzi non rivestono alcuna rilevanza ai fini dell'art. 2409 c.c., al pari di denunce pretestuose o dettate da meri motivi di disturbo da parte della minoranza».

Ne consegue, come anticipato, che sono irrilevanti le censure attinenti al merito (inteso come opportunità o convenienza) delle scelte gestionali, con due eccezioni: in primo luogo, le scelte palesemente irragionevoli o negligenti, atteso che, come si è detto, il controllo dell'autorità giudiziaria è di legalità e di regolarità della gestione, intesa quale attività materiale e giuridica diretta alla realizzazione dell'oggetto sociale in modo conveniente, cioè tale che la quantità delle risorse complessivamente consumate nella produzione dei beni e dei servizi sia inferiore o corrispondente ai ricavi.

La giurisprudenza ha invece attribuito rilievo decisivo nel valutare la gravità delle irregolarità, perseveranza nella commissione di operazioni in conflitto di interessi da parte degli amministratori, in mancanza di adeguata motivazione circa l'effettivo perseguimento dell'interesse sociale, pur in assenza di un danno effettivo alla società²⁴⁶.

Dal punto di vista probatorio, chi attiva il procedimento deve manifestare un fondato sospetto, fornendo indizi obiettivi tali da rendere verosimile la denuncia, senza, tuttavia, essere tenuto a provare pienamente l'irregolarità denunciata nella sua materialità, la quale deve, invece, essere accertata attraverso il controllo giudiziario²⁴⁷.

Una volta effettuata la denuncia, il tribunale, per valutare la responsabilità degli amministratori, non può in ogni caso sindacare il merito degli atti di gestione, richiamandosi a criteri discrezionali di opportunità e di convenienza, salvo che l'azione degli amministratori

²⁴⁶ Cfr. sul punto Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese, 28-09-2016, in *Società*, 2017, 3, 279, che afferma che «Può disporsi il controllo giudiziario di cui all'art. 2409 c.c. in caso di ripetute gravi irregolarità nella gestione della società. Costituisce grave irregolarità il compimento da parte degli amministratori di una serie di atti in conflitto di interesse senza che vi sia traccia documentale del rispetto del procedimento previsto dall'art. 2391 c.c. Il Tribunale, in presenza di sufficiente evidenza documentale, può ordinare la revoca degli amministratori senza disporre l'ispezione dell'amministrazione della società», come in effetti è stato fatto nel caso di specie.

²⁴⁷ Trib. Novara, 21-05-2012, Sito *Il caso.it*, 2012.

stessi si configuri palesemente irrazionale e contraria agli elementari principi di regolare amministrazione²⁴⁸. In pratica il tribunale può sindacare anche il merito delle scelte economiche compiute dagli amministratori in conflitto di interessi, se poste in essere in pregiudizio della società da loro amministrata, ma conformi all'interesse del socio di maggioranza e idonee a cagionare un danno potenziale alla società stessa. Precisa quindi la giurisprudenza che «il limite derivante dalla cd. *business judgement rule* non opera laddove si tratti di sindacare non tanto l'osservanza del dovere di diligenza (cd. *duty of care*) quanto dell'obbligo di fedeltà (cd. *duty of loyalty*), comunque compreso tra quelli richiamati dall'art. 2409, comma 1, c.c. e sotteso ai precetti normativi in tema di conflitto di interessi»²⁴⁹.

Il tribunale potrà ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società a spese dei soci richiedenti, subordinandola, se del caso, alla prestazione di una cauzione.

L'ispezione non viene ordinata e il tribunale sospende il procedimento se nel frattempo l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivino senza indugio per accertare la sussistenza delle violazioni e per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute.

Se, nonostante ciò, le violazioni denunciate non sono state eliminate o il tribunale ritiene, a prescindere dalla sospensione, che esse in ogni caso sussistano, può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori²⁵⁰ e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni,

²⁴⁸ App. Genova, 05-07-1986, in *Giur. Comm.*, II, 1988, 730 nota di Cassottana.

²⁴⁹ Cfr. ancora una volta, Tribunale Parma, 28/03/2013, Redazione Giuffrè 2013, cit..

²⁵⁰ Il termine "provvisorio" è stato introdotto con la riforma a fronte del precedente testo dell'art. 2409 c.c. che parlava di provvedimenti "cautelari". La modifica supera i problemi interpretativi sorti a causa della precedente locuzione che utilizzava una espressione contenuta nel codice di procedura civile (artt. 669 bis ss. c.p.c.) e riferita ai sequestri e ai provvedimenti di urgenza, ritenuti inapplicabili, attesa la diversità della

revocando nei casi più gravi gli amministratori ed i sindaci e nominando un amministratore giudiziario. In questa fase il tribunale può adottare qualsiasi tipo di provvedimento provvisorio idoneo a preservare la decisione finale che, fatta salva l'eventuale amministrazione giudiziaria, dovrà comunque essere deliberata dall'assemblea, alla cui volontà non può comunque sostituirsi.

Per giustificare la revoca degli amministratori e dei sindaci, in vista della salvaguardia dell'interesse sociale, deve risultare un vero e proprio sistema di operazioni anomale. Sotto tale aspetto la valutazione deve essere compiuta con criterio globale in relazione all'intera attività della società e alle irregolarità complessivamente e qualitativamente emerse, restando priva di rilievo l'eventuale illegittimità di singoli atti, eventualmente impugnabili anche in via autonoma²⁵¹.

L'amministratore giudiziario ha il potere di proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci, convoca e presiede l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e sindaci o per proporre, se del caso, la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale.

5.2. La denuncia al collegio sindacale ai sensi dell'art. 2408 c.c.

I soci che non raggiungano il decimo del capitale sociale richiesto dall'art. 2409 c.c. (vedi *supra*) per la denuncia al tribunale, potranno fare ricorso al diverso strumento della denuncia al collegio sindacale ai sensi dell'art. 2408 c.c.. Ai sensi della norma, il collegio sindacale, in presenza di una denuncia presentata da tanti soci che rappresentino il ventesimo del capitale sociale, sarà tenuto ad indagare senza ritardo sui fatti denunciati e presentare le sue conclusioni ed eventuali proposte all'assemblea, allorquando la denuncia appaia fondata e vi sia urgenza

natura e della causa petendi rispetto ai provvedimenti adottabili *ex art.* 2409 c.c. (App. Milano, 27-02-1992, in *Società*, 1992, 1078, nota di Ambrosini).

²⁵¹ App. Roma, 20 marzo 1997, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1997, 329.

di provvedere. Diversamente, in presenza di una denuncia presentata da un numero di soci inferiori alla soglia prevista (inclusa la denuncia presentata dal socio individualmente), il collegio sindacale dovrà semplicemente tenere conto della denuncia all'interno della relazione al bilancio da presentare in assemblea.

Si tratta dell'ennesima norma con la quale il legislatore vuole impedire alla minoranza di porre in essere attività di disturbo dell'attività sociale, richiedendo una minoranza qualificata (comunque inferiore a quella prevista per la denuncia al tribunale) affinché, a fronte della denuncia, il collegio sindacale abbia un vero e proprio obbligo di provvedere. Diversamente sarà nella mera facoltà dell'organo di controllo attivarsi o meno a fronte della segnalazione non qualificata.

Nonostante la giurisprudenza abbia ritenuto che la denuncia al collegio sindacale prevista dall'art. 2408 c.c., assieme al ricorso *ex art.* 2409 c.c., costituiscano gli unici elementi che consentono la effettiva verifica del bilancio e la piena tutela dei soci di fronte alla cattiva gestione degli amministratori ovvero all'omesso controllo dei sindaci²⁵², il ricorso all'istituto è stato assai scarso, rispetto al maggiore successo della procedura di ricorso al tribunale.

Infatti, la norma, che nella disciplina pre-riforma veniva considerata uno dei pochi strumenti a disposizione della minoranza²⁵³, non è mai stato largamente utilizzato, probabilmente a causa della scarsa fiducia del socio di minoranza nei confronti del collegio sindacale, espressione anch'esso come gli amministratori, della maggioranza (per quanto da essa formalmente indipendente). Non sembra che abbia rilevato positivamente neppure l'introduzione dell'azione di responsabilità prevista dall'art. 2393 bis c.c. e il ricorso allo strumento rimane pertanto, ancora oggi, marginale.

²⁵² Trib. Salerno 12-05-2008, Sito *Il caso.it*, 2008.

²⁵³ GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, 268.

5.3. *L'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza e la sua rinuncia o transazione*

La norma appare una delle più significative novità introdotte con la riforma 2003, che ha esteso la tutela già prevista per il socio di minoranza nelle società con azioni quotate a tutte le società per azioni.

Appunto, l'art. 2393 *bis* c.c., sulla scorta dell'esperienza anglosassone²⁵⁴, prevede per le società per azioni chiuse che l'azione di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci ed i direttori generali, possa essere promossa anche dagli azionisti di minoranza, al fine di consentire agli interessati di superare l'eventuale inerzia del gruppo di comando.

Una prima notazione va fatta circa il *quorum* minimo richiesto per esperire l'azione: i soci che assumono l'iniziativa devono rappresentare almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, che comunque non può mai eccedere un terzo, indipendentemente da una previa deliberazione assembleare. La previsione, per quanto condivisibile, lascia il dubbio che un *quorum* così elevato possa in realtà ostacolare l'esercizio dell'azione. L'azione infatti è riconosciuta solo ad numero limitato di soci (anche se in effetti nulla vieta allo statuto di ridurre il requisito fino a riconoscere l'azione individuale) e solo a quei soci con diritto di voto. Infatti, nonostante il calcolo del *quorum* venga effettuato sul capitale e non sul numero di voti, non sembrerebbe conciliabile con l'art. 2393, ultimo comma, c.c., che richiede una deliberazione assembleare per la rinuncia o la transazione dell'azione, riconoscere la legittimazione anche ai soci senza diritto di voto o con voto limitato²⁵⁵. Ciò nonostante la dottrina osserva che il *quorum* previsto dalla legge non rappresenterebbe una

²⁵⁴ TOFFOLETTO A., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 144.

²⁵⁵ VISENTINI G., *L'amministrazione della società per azioni*, op. cit., 212.

limitazione all'esercizio dell'azione, in quanto la previsione di *quorum* nettamente più bassi avrebbe dato vita ad una eccessiva conflittualità tra i soci²⁵⁶.

Quando i soci che intendono promuovere l'azione siano più d'uno, essi devono nominare, a maggioranza di valore e non per teste, uno o più rappresentanti comuni. Al rappresentante comune compete l'esercizio dell'azione ed il compimento degli atti conseguenti (ivi incluse tutte le attività processuali che si rendessero necessarie).

Già nel vigore della precedente disciplina era stato affrontato il problema della posizione processuale dei soci impugnanti, ovvero se la percentuale minima richiesta per l'espletamento dell'azione fosse una condizione dell'azione e non un mero presupposto processuale, con la conseguenza che essa dovesse persistere fino alla pronuncia della sentenza²⁵⁷.

La soluzione sembra essere stata fornita dal nuovo testo dell'art. 2378 c.c., ai sensi del quale qualora nel corso del processo venga meno a seguito di trasferimenti per atto tra vivi il richiesto numero di azioni, il giudice, previa se del caso revoca del provvedimento di sospensione dell'esecuzione della deliberazione, non può pronunciare l'annullamento e provvede sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto, che sembra condividere la ratio con l'art. 2393 *bis* c.c.²⁵⁸.

Sembra che la norma vada ad introdurre una sorta di legittimazione straordinaria dei soci di minoranza, che è stata qualificata come azione surrogatoria²⁵⁹, talvolta, sulla scorta

²⁵⁶ DE CRESCENZO N., *sub art. 2391 bis, Codice Commentato delle S.p.A.*, Fauceglia G.- Schiano di Pepe G. (a cura di), Torino, 2007, 805.

²⁵⁷ MUCCIARELLI F.M., *L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate*, in *Giur. Comm.*, I, 2000, 81.

²⁵⁸ FRANZONI M., *Società per azioni, Dell'amministrazione e del controllo*, in *Commentario del codice civile*, A. Scialoja-G. Branca (a cura di), III, Bologna-Roma, 2008, 544.

²⁵⁹ GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 2004, 282.

dell'esperienza statunitense, come azione di classe²⁶⁰, isolatamente come gestione di affari altrui²⁶¹. L'opinione predominante è tuttavia nel senso di riconoscere al socio di minoranza la posizione di sostituto processuale ai sensi dell'art. 81 c.p.c. nei confronti della società, cui formalmente spetterebbe l'azione. I soci di minoranza, in vece dell'assemblea, nell'interesse della società esercitano l'azione per rimediare al danno al patrimonio al patrimonio sociale che ciascun socio subisce *pro quota*²⁶².

La società deve essere chiamata in giudizio e, in caso di accoglimento della domanda, deve rimborsare agli attori le spese del giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico delle parti soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito della loro escussione.

Inoltre, i soci che hanno agito possono rinunciare all'azione o transigerla, ma ogni corrispettivo deve andare a vantaggio della società²⁶³. Il coordinamento tra la rinuncia/transazione prevista da questa norma deve essere coordinata con l'ultimo comma della norma precedente che, come anticipato *supra*, prevede che la società possa rinunciare o transigere l'azione purché esse siano approvate con espressa delibera dell'assemblea ordinaria e purché non vi sia il voto

²⁶⁰ GIUDICI P., *L'azione di responsabilità contro gli amministratori esercitata dai soci di minoranza: i problemi di un legal transplant*, in *Nuova giur. comm.*, II, 2005, 473.

²⁶¹ SAMBUCCI L., *Sub Art. 2393 bis*, in *Commentario del codice civile*, D. U. Santosuosso (a cura di), Milano, 2016;

²⁶² In questo senso cfr. VISENTINI G., *L'amministrazione della società per azioni*, op. cit., 212, ENRIQUES L.-MUCCIARELLI F.M., *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Abbadessa P.-Portale G.B. (diretto da), I, Torino, 2007, 859, NAZZICONE L.-PROVIDENTI S., *sub art. 2393 bis*, in *La riforma del diritto societario, Società per azioni, amministrazione e controlli*, Lo Cascio (a cura di), 5, Milano, 2003, 205.

²⁶³ Anche la società può rinunciare all'azione o transigerla, previa delibera assembleare, con le stesse limitazioni previste per esercitare l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla società, cfr. sul punto CAMPOBASSO G., *La riforma delle società di capitali e delle società cooperative*, Torino, 2003, 123.

contrario di almeno un quinto del capitale sociale. Una interpretazione sistematica delle due norme porterebbe a ritenere che la rinuncia o la transazione decisa dalla minoranza, affinché abbia effetto, debba essere approvata dall'assemblea ai sensi dell'art. 2393, ultimo comma, c.c.. Nella decisione a tal fine adottata, la volontà dei soci di minoranza che hanno proposto l'azione e la volontà dei soci di maggioranza (quindi della società), il cui patrimonio viene reintegrato in caso di azione vittoriosa da parte della minoranza, dovranno dunque convergere²⁶⁴.

Nella pratica, essendo l'azione sociale di responsabilità di competenza dell'assemblea, essa configura uno strumento nelle mani della maggioranza dei soci, della quale gli amministratori sono espressione. La circostanza che la rinuncia e la transazione debbano necessariamente passare per il voto favorevole dell'assemblea tende ad evitare che possano configurarsi abusi da parte dei soci di minoranza, la cui azione promossa ai sensi dell'art. 2393 *bis* c.c. può risultare dunque vanificata.

Infatti, l'azione proposta dalla minoranza può essere rinunciata (o transatta) non soltanto dai soci che l'hanno proposta, ma dall'assemblea che, come noto, delibera a maggioranza ed è l'unico titolare del potere di transigere o rinunciare l'azione²⁶⁵. Il coordinamento tra le due azioni (quella esercitata dalla minoranza e quella esercitata dalla maggioranza) la si rinviene nella circostanza che l'azione non può essere rinunciata se vi si oppongono tanti soci che rappresentano un quinto del capitale sociale, ovvero la stessa percentuale richiesta per proporre l'azione da

²⁶⁴ VISENTINI G., *L'amministrazione della società per azioni*, op. cit., 218.

²⁶⁵ In questo senso cfr. Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese, 16-06-2014, in *Giur. It.*, 2015, 3, 674 nota di Petrazzini, secondo cui «Il patto parasociale che impegni alcuni soci a votare in assemblea contro l'eventuale proposta di intraprendere l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori della società è da ritenersi non meritevole di tutela ex art. 1322, 2° comma, c.c., in quanto volto ad eludere l'esclusiva competenza assembleare in merito all'esercizio, alla rinuncia e alla transazione di tale azione, sancita dall'art. 2393 c.c.».

parte della minoranza²⁶⁶. Giova ricordare come sempre un quinto del capitale sociale sia la soglia richiesta dalla norma per determinare la decadenza automatica degli amministratori.

6. Conclusioni e rinvio

Nel primo capitolo sono state delineate le tutele legali di cui il socio dispone in via preventiva rispetto alla approvazione della deliberazione assembleare. Come rappresentato, il socio che non concorre all'approvazione della deliberazione deve conformarsi alla decisione adottata a maggioranza dei soci, purché essa sia stata adottata nel rispetto delle forme prescritte e dei principi posti a tutela del corretto svolgimento dell'attività sociale. La regola maggioritaria trova dunque un limite nell'abuso che di essa se ne faccia e ciò determina l'attribuzione di poteri di reazione al soggetto leso, che possono variamente delinarsi, a seconda della natura, della gravità, del momento in cui viene posta in essere la violazione.

In questo capitolo sono stati quindi approfonditi i rimedi del socio rispetto alle violazioni da parte della maggioranza assembleare o dell'organo amministrativo, che di quella maggioranza è pur sempre prima espressione, di quel procedimento.

Abbiamo trattato dunque dei rimedi di tipo impugnatorio, di tipo risarcitorio, nonché dei poteri di reazione della minoranza sotto forma di denuncia al tribunale e al collegio sindacale. Abbiamo affrontato la questione della possibilità di riconoscere al socio, a fronte di una delibera formalmente ineccepibile, ma ispirata da motivi che si

²⁶⁶ Si suppone, dunque, che il socio di minoranza che abbia proposto l'azione di responsabilità ai sensi dell'art-2393 bis c.c., nel caso di assemblea convocata per deliberare sulla rinuncia o sulla transazione dell'azione, si opporrà a tale decisione. Diversamente opinando non si esclude la configurabilità di profili di responsabilità da parte del socio che abbia prima proposto l'azione e poi non obietti, invariata la situazione sociale, alla delibera che intenda rinunciarvi o transigerla.

discostano dai principi generali di correttezza e buona fede, applicabili anche alla materia societaria, la tutela impugnatoria.

Siamo passati a verificare la possibilità di riconoscere al socio una tutela ulteriore e preventiva rispetto all'impugnazione della delibera già formata, quale il ricorso ai provvedimenti cautelari atipici di urgenza e abbiamo poi esaminato la possibilità per la minoranza qualificata di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, a fronte dell'inerzia da parte della maggioranza assembleare.

Ciò che sembra emergere dalla analisi è che il sistema così delineato determini, da un lato, la diminuzione delle possibilità di impugnazione e, dall'altro lato, un ampliamento delle possibilità di sanatoria dei vizi rilevabili.

Neppure la tutela risarcitoria appare del tutto idonea a fornire ristoro al socio che ha interesse alla legalità dell'assemblea, avendo invece la diversa finalità di riparare il danno indirettamente subito in conseguenza della stessa deliberazione.

Né sembra corretto dire che la possibilità di impugnare le delibere del consiglio di amministrazione abbia degli effetti trascendentali rispetto alle effettive esigenze di tutela, o che ci si possa aspettare una larga applicazione dell'istituto, proprio in considerazione delle criticità (e delle difficoltà soprattutto applicative) evidenziate.

Anche l'istituto della denuncia al tribunale, per quanto astrattamente idoneo a porre rimedio alle irregolarità rilevate, attraverso il ricorso diretto ad un organo giudiziario in volontaria giurisdizione, non è di sempre facile applicazione in presenza di un *quorum* minimo per azionarlo, e lo stesso si può dire per l'esercizio della azione di responsabilità. Neanche appare realmente plausibile aspettarsi che l'autonomia statutaria effettivamente possa arrivare a modificare i *quorum* richiesti per l'esercizio di tali azioni (abbassandoli attraverso una delibera adottata con il voto favorevole del socio di maggioranza

fino a renderli fruibili da tutti i soci, indipendentemente dalla partecipazione posseduta).

Quanto poi alla denuncia al collegio sindacale, da un lato ricordiamo che si tratta di un organo – per quanto formalmente indipendente dalla maggioranza – nella pratica dalla stessa nominato, dall'altro lato ricordiamo che neppure esso sia obbligato ad attivarsi in presenza di denuncia avanzata da parte del socio che non sia in possesso del *quorum* minimo previsto.

Dalla analisi appena effettuata, emerge dunque che gli strumenti di tutela vi siano e che siano molteplici, ma che essi non sempre – o quasi mai – risultino effettivamente idonei a tutelare da eventuali abusi il socio che abbia una quota inferiore a quella richiesta. Sembra ancora una volta emergere il *favor* del legislatore verso la creazione di un set completo di tutele, tuttavia utilizzabili solo nei limiti di impedire alla minoranza di porre in essere attività di disturbo dell'attività sociale.

Tale trattazione non ha tuttavia esaurito la rassegna dei rimedi di tipo legale, residuando, come verrà approfondito nel capitolo successivo, il rimedio ultimo, ovvero la possibilità per il socio di uscire dalla società attraverso l'alienazione volontaria della propria partecipazione, ovvero attraverso il ricorso allo strumento del recesso, ove ne ricorrano i presupposti.

Capitolo Terzo

LA TUTELA LEGALE: IL DIRITTO DI RECESSO TRA FONTI LEGALI, STATUTARIE E NEGOZIALI

SOMMARIO: 1. La diversità ontologica tra l'esercizio del potere di vendita e l'esercizio del recesso – 2. L'esercizio del recesso ed i suoi effetti; le diverse prospettive della società, degli altri soci, dei terzi – 3. La dichiarazione di recesso – 3.1. La legittimazione ad esercitare il diritto di recesso – 3.2. Le modalità di esercizio – 4. I casi di recesso previsti da norme di legge – 4.1. Il recesso quale reazione a modifiche che incidono sul rischio assunto dalla società ovvero a tutela della posizione individuale del socio, nei suoi diversi profili – 4.1.1. La modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società – 4.1.2. Il caso della attività di direzione e coordinamento – 4.1.3. La trasformazione della società – 4.2. Il recesso quale conseguenza del disaccordo su decisioni che interessano la posizione individuale del socio – 4.2.1. Il trasferimento della sede sociale all'estero – 4.2.2. Le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione – 4.2.3. L'introduzione o la soppressione nello statuto di clausole compromissorie – 4.2.4. La durata indeterminata e la modifica del termine di durata della società – 4.2.5. L'eliminazione di una o più cause di recesso – 4.2.6. L'introduzione o la riduzione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari – 4.3. Il recesso quale conseguenza del mutato valore economico della partecipazione del socio – 4.3.1. La modifica dei criteri di valutazione del valore dell'azione in caso di recesso – 4.3.2. La revoca dello stato di liquidazione – 4.3.3. La revisione di stima dei conferimenti – 5. Le ulteriori ipotesi di recesso previsti dall'autonomia statutaria (rinvio) – 6. La procedura di liquidazione e la contestazione del valore – 7. Sintesi delle tutele legali e primo bilancio.

1. La diversità ontologica tra l'esercizio del potere di vendita e l'esercizio del recesso

Il diritto di recesso viene per la prima volta introdotto nel nostro ordinamento con il Codice di Commercio del 1882, all'art. 158, per controbilanciare la possibilità attribuita alla maggioranza di apportare modifiche particolarmente significative al contratto sociale²⁶⁷. In

²⁶⁷ Cfr. sul punto Relazione Mancini al Codice di Commercio laddove si afferma: «ogni modificazione alla legge sociale, cioè al patto contrattuale, secondo i principi generali del diritto civile dovrebbe essere assentita da tutti i soci. Ma questo rigore non può conciliarsi col troppo grande numero d'interessati, o colla durata ordinaria della società per azioni, altrimenti l'inerzia o la mala voglia di uno solo di essi o di pochi finirebbe a condannarle all'immobilità, o ad obbligarle a subire, senza possibilità di rimedio, le conseguenze di clausole contrattuali dimostrate dannose all'esperienza, od a continuare operazioni disastrose».

particolare, al socio della società per azioni veniva data la *chance* di sciogliersi dal vincolo a fronte dell'approvazione, da parte di una maggioranza di cui non faceva parte, di delibere di fusione, aumento di capitale, cambiamento dell'oggetto sociale e proroga della durata della società. Si trattava di un istituto concepito con i caratteri dell'eccezionalità²⁶⁸, i cui confini già rigorosi vengono progressivamente ulteriormente irrigiditi, fino ad arrivare, con il codice del 1942 a ridurre l'esercizio del recesso ai soli tre casi previsti all'art. 2437 c.c. e all'ipotesi prevista dall'art. 2343 c.c.²⁶⁹.

Al socio, legato alla società dal vincolo sociale, similmente a quanto avviene in sede contrattuale, viene quindi riconosciuta la possibilità di rescindere il vincolo al mutamento delle condizioni che lo hanno indotto a legarsi alla società. Dall'adesione al contratto deriva la costituzione di una situazione giudica non soltanto patrimoniale, ma sociale; il contraente assume lo *status* di socio e forma la persona giuridica, diventando titolare di diritti (patrimoniali e amministrativi) ed obblighi (il versamento dei conferimenti) nei suoi confronti. Ciò determina che il socio non possa abbandonare la sua posizione, decidendo di alienare la propria partecipazione *sic et simpliciter*, ma che esso sia vincolato all'impegno iniziale e possa esimersene solo a determinate condizioni e seguendo un procedimento *ad hoc* che consente di non intaccare il patrimonio sociale e di rispettare le condizioni iniziali di adesione anche degli altri soci, a fronte dell'*exit* di

²⁶⁸ Sempre la Relazione Mancini precisa che «sembra di assoluta giustizia che ai dissenzienti venga riservato benanche il diritto di recedere dalla società e di conseguire il rimborso delle loro quote in proporzione però all'attivo sociale esistente».

²⁶⁹ Cfr. sul punto la Relazione del Guardasigilli: «L'art. 2437 disciplina il diritto di recesso, di cui la legislazione speciale è venuta man mano riducendo l'area di applicazione con un ingente numero di disposizioni che si sono sovrapposte e che hanno fatto del regolamento di questo istituto una selva inestricabile per l'interprete che si avventuri per i suoi meandri malcerti. Nonostante qualche corrente contraria al mantenimento del diritto di recesso, si è ritenuto che questo dovesse essere conservato, poiché esso costituisce un ottimo strumento di tutela per il socio dissenziente, pur riconoscendo giusta la tendenza della legislazione suaccennata di limitare i casi in cui il diritto di recesso può essere esercitato».

uno di loro. Per questo motivo il socio non può sciogliersi dal vincolo contrattuale semplicemente, ma potrà sempre, ove riesca a reperire un acquirente, alienare la propria partecipazione in qualsiasi momento (fatte salve le ipotesi di prelazione), decidendo anche il prezzo di vendita, senza alcuna alterazione del patrimonio sociale, prima garanzia per i terzi. Diversamente, il recesso, così concepito, similmente ai casi di rescissione del contratto e di recesso contrattuale (a seconda della fonte del diritto), può essere riconosciuto solo in determinati casi, i più gravi in cui al socio viene data la possibilità di sottrarsi ai propri impegni sociali, a causa di modifiche significative delle condizioni di investimento iniziali. La scelta se disinvestire autonomamente attraverso l'alienazione della partecipazione o di farlo attraverso lo strumento del recesso, ove ne ricorrano i presupposti, non è priva di implicazioni neppure in punto di determinazione del valore della partecipazione e di procedimento. L'alienante è libero di vendere al prezzo che ritiene più congruo, senza essere sottoposto alla valutazione del valore della partecipazione e al relativo procedimento per determinarlo.

In questa ottica, l'art. 2437 c.c., nella versione del '42, riconosceva il diritto di recesso al socio assente o dissenziente a fronte di talune modifiche del contratto sociale e, in particolare: i) la modificazione dell'oggetto sociale, poiché tale modifica avrebbe determinato il mutamento delle condizioni di rischio iniziali; ii) la trasformazione della società, intesa come radicale mutamento del tipo sociale con conseguente applicazione del regime giuridico di un tipo diverso; iii) il trasferimento della sede sociale all'estero, poiché in tal caso la società sarebbe stata necessariamente sottoposta alla disciplina di un diverso ordinamento²⁷⁰. L'analisi di tali fattispecie legali aveva

²⁷⁰ Cfr. Trib. Taranto, 15 novembre 2000, in *Società*, 2001, 321, che legittima al recesso non solo il socio dissenziente, estendendo la portata della norma anche al socio

portato la dottrina a considerare il recesso come «uno strumento di reazione ad una decisione organizzativa fondamentale imputabile alla società, teso a provocare, come effetto della decisione del socio, ed al termine di un procedimento organizzativo, l'uscita dello stesso dalla compagine sociale o la riduzione della sua quota di partecipazione al capitale, e l'attribuzione di una somma determinata secondo criteri legali»²⁷¹.

In altre parole, lo strumento consentiva (e consente ancora oggi, come si vedrà) di considerare legittimo che il socio disinvestisse a fronte della delibera della maggioranza che andava a modificare in modo sostanziale quelle originarie condizioni che lo avevano determinato ad impegnarsi in quell'affare e vincolarsi alla società.

Da tale considerazione, in uno con la tutela dell'integrità del patrimonio sociale, non solo a garanzia del creditore ma dell'intero sistema, deriva la limitazione dei casi di recesso a talune fattispecie ritenute tassative²⁷². In questo senso si è espressa la giurisprudenza pre-

assente e al socio astenuto. Orientamento giurisprudenziale poi recepito con la riforma che parla ora di "soci che non hanno concorso all'approvazione della delibera". Vedi *infra*.

²⁷¹ D. GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, in *Quaderni giur. comm.*, Milano, 2000.

²⁷² In questo senso GRIPPO G., *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (diretto da), VI, 1, Torino, 1993, 146: «Va nondimeno sottolineato come la tesi ammissiva di casi convenzionali di recesso si rilevi scarsamente attendibile sotto vari profili. Anzitutto essa appare non conciliabile con l'evoluzione storica dell'istituto e con l'aspra contesa fra opposte rappresentanze d'interessi che l'ha caratterizzata. In secondo luogo, l'applicazione a questa materia dei principi di libertà contrattuale produrrebbe l'inconveniente di rendere incontenibile la prevedibilità statutaria di casi convenzionali, atteso che il carattere essenziale dei vari elementi del contratto sarebbe effetto di una valutazione soggettiva dei soci; il che equivarrebbe a riconoscere ai soci una autonomia capace di rendere inattiva, o quanto meno di indebolire, la regola della modificabilità a maggioranza dell'atto costitutivo, tesa - com'è noto - a realizzare un'esigenza di ponderatezza e di speditezza nell'adeguamento dell'assetto societario alle mutevoli condizioni del mercato e dell'impresa e, quindi, indubbiamente preordinata a soddisfare interessi non disponibili dai soci. Va inoltre osservato che, pur prescindendo dalla tutela dei terzi creditori, la previsione del recesso convenzionale minerebbe comunque la capacità economica dell'impresa. La rigorosa limitazione delle ipotesi di recesso preclude la dispersione del capitale sociale e, quindi, il rischio di dissoluzione dell'impresa a tutto vantaggio della

riforma che ha precisato come il recesso del socio ai sensi dell'art. 2437 c.c. non possa essere considerato rimedio a carattere generale a presidio della tutela del socio di minoranza, ma vada piuttosto identificato nella «reazione ad una modifica organizzativa della società che abbia come manifestazione esteriore una modifica dell'atto costitutivo» e per tale ragione limitato a ipotesi tassative²⁷³²⁷⁴.

Il riconoscimento così circoscritto del diritto di recesso era determinato, continuava ancora la giurisprudenza, dalla necessità di contemperare il diritto del singolo socio a non veder mutate le condizioni alle quali aveva inteso partecipare alla società con il diritto della collettività dei soci a modificare il proprio ordinamento²⁷⁵, in disparte ed irrilevanti i motivi²⁷⁶.

conservazione della destinazione produttiva dei valori aziendali. Del resto lo stesso regime tipico del capitale di rischio, ispirato al principio della «fissità», sarebbe pregiudicato da una troppo ampia previsione dell'istituto in esame, che lo esporrebbe ad una sostanziale variazione in contrasto con il sistema delle società di capitali».

²⁷³ In questo senso App. Milano, 16-10-2001 in *Società*, 4, 2002, 449, nota di Zagra, a mente del quale non costituisce, di contro, causa di recesso, la modifica sostanziale dell'oggetto sociale. Proprio in un caso in cui il socio di minoranza lamentava che la delibera di conferimento dell'azienda avesse trasformato la società in una holding pura e semplice, modificandone conseguentemente l'oggetto sociale in violazione del 2361 c.c. e senza garantire ai soci il diritto di recedere contemplato dall'art. 2437 c.c., la Corte previsa che: «Quanto, infatti, all'idea pregiudiziale che la legge abbia inteso tutelare "sempre e comunque" l'immutabilità - senza il previo necessario consenso della minoranza - della struttura organizzativa della società (di indole - in ipotesi - esclusivamente operativa), e quindi anche al di fuori dei casi in cui la tutela di tale identità strutturale sia stata espressamente prevista dalla legge; si tratta di un'ipotesi certo suggestiva, ma del tutto indimostrata, cui non apporta alcun aiuto esegetico il tenore degli artt. 2361 e 2437 c.c. A ben vedere, anzi, quest'ultima norma, proprio in quanto ricollega espressamente il diritto di recesso solo a modifiche statutarie formalmente deliberate dagli organi sociali (ossia dall'assemblea, se non anche dall'organo amministrativo, secondo un'interessante opinione recentemente prospettata in dottrina), è particolarmente significativa per confutare l'assunto del reclamante, poiché essa sta con chiarezza a dimostrare che la legge ha attribuito al socio di minoranza una tutela difensiva solo in presenza di situazioni "formali" (ossia non semplicemente "effettuali" o "di fatto") di modifica della struttura organizzativa della società». Conformi A. Milano 16.9.2001 in *Giur. di Merito*, 2001.

²⁷⁴ Milita in tal senso la mancata previsione della causa di recesso nell'ipotesi di modifica sostanziale dell'oggetto sociale di cui al vecchio testo dell'art. 2361 c.c..

²⁷⁵ Trib. Milano, 9 settembre 1991 in *Società*, 1991, 1711.

²⁷⁶ Cass. civ., 02-06-1983, n. 3770 in *Giur. Comm.*, II, 1985, 39.

La scelta di consentire ai soci di modificare il contratto sociale a maggioranza anziché all'unanimità, in deroga ai principi comuni del contratto, trova la sua *ratio* nel carattere programmatico del contratto sociale che, diversamente dal contratto "tradizionale", non cristallizza la composizione di interessi esistente al momento della stipula, ma è passibile di essere adeguato e modificato in conseguenza del mutamento delle esigenze dell'impresa società²⁷⁷.

E quindi non tutte, ma solo talune decisioni che determinano una sostanziale modifica degli elementi essenziali del contratto legittimano il recesso, perché trovano riflesso nella tutela della minoranza che, non condividendo la modifica, non ha concorso ad approvare la relativa delibera. Su questo filone, come previamente evidenziato, il legislatore del '42 aveva riconosciuto il diritto di recesso nei limitati casi di modificazioni che determinavano alterazioni profonde delle condizioni di rischio iniziale, nel difficile compito di temperare l'esigenza di evitare il depauperamento del patrimonio sociale favorendo la continuità e la stabilità delle risorse impiegate nell'affare, con le istanze di tutela del socio dissenziente, che venivano sacrificate ogni qualvolta fosse l'interesse alla stabilità della società e, di riflesso, del creditore terzo, a prevalere.

Con il D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 la disciplina sul recesso è stata profondamente modificata nella parte relativa alla individuazione delle cause di recesso (artt. 2437, 2473, 2532 c.c.), alle modalità di esercizio del recesso, ai criteri per la determinazione del valore della partecipazione (artt. 2437 ter, 2473 c.c.) ed al relativo procedimento di liquidazione (artt. 2437 quater, 2473, 2532 c.c.).

²⁷⁷ MARASÀ G., *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (a cura di), VI, 1, Torino, 1993.

Il novellato art. 2437 c.c., prevede tre categorie di cause di recesso: i) cause di recesso necessarie; ii) cause di recesso eliminabili in sede di statuto; iii) altre cause di recesso determinabili dallo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio²⁷⁸.

Chiarisce la relazione alla riforma che le cause di recesso ineliminabili sono aumentate rispetto alla precedente versione della norma, anche in dipendenza della nuova disciplina complessiva e che la possibilità riconosciuta allo statuto di prevedere ulteriori cause di recesso è limitata alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio²⁷⁹ «in considerazione della turbativa che in società con diffusa platea azionaria porterebbero facili, diffusi recessi»²⁸⁰.

La nuova disciplina consente dunque di ampliare i casi di recesso attraverso una apposita previsione statutaria e, parallelamente, individua in maniera maggiormente favorevole per il recedente i criteri di determinazione del valore della sua partecipazione, operando un contemperamento di equilibri tutto nuovo tra i suoi interessi e l'esigenza di tutelare l'integrità del capitale sociale e quindi anche i creditori.

La norma prevede espressamente che rimangono ferme le cause inderogabili di recesso previste per le società sottoposte a direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 *quater* c.c. e prevede l'ulteriore causa di recesso *ad nutum* nel caso di società contratta a tempo indeterminato.

Resta immutata la previsione dell'ipotesi di recesso riconosciuta a fronte del trasferimento della sede sociale all'estero, così come

²⁷⁸ GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, I, 2006, 360 individua due categorie di cause di recesso: le indisponibili, non eliminabili e le disponibili, eliminabili statutariamente.

²⁷⁹ Cfr. sul punto D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 177, che giustifica la limitazione alla facoltà di introdurre altre cause di recesso alle società che non fanno appello al mercato del capitale di rischio sul rilievo che il recesso, in quanto strumento alternativo al trasferimento delle azioni «deve essere più eccezionale in quelle società aperte nelle quali è inderogabile e pieno il diritto alla libera trasferibilità».

²⁸⁰ Cfr. art. 9 Relazione Ministeriale al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

dell'ipotesi di cambiamento dell'oggetto sociale. Per questo secondo caso, la nuova formulazione mira a superare i dubbi insorti nel vigore della precedente disciplina che, da un lato, poteva essere interpretata nel senso che anche solo un cambiamento formale dell'oggetto sociale potesse legittimare il recesso e, dall'altro lato, lasciava sorgere il dubbio che il diritto di recesso potesse fondarsi su mutamenti sostanziali dell'attività, tali però da non determinare anche una modifica formale dell'atto costitutivo.

Ritroviamo nella nuova disciplina anche la terza ipotesi di recesso già prevista nella previgente, anch'essa modificata nella formulazione, che non prevedere più che si debba trattare di deliberazioni inerenti “il tipo della società”, ma “la trasformazione della società”²⁸¹.

Non ha invece subito mutamenti di rilievo l'ulteriore ipotesi di recesso enunciata dal penultimo comma dell'art. 2343 c.c., che legittima il socio a recedere o a versare la differenza in denaro nel caso in cui risulti che il valore dei beni o dei crediti conferiti sia inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento.

Il recesso, anche nella nuova disciplina, rimane, chiarisce la relazione, «estremo ma efficace mezzo di tutela del socio avverso cambiamenti sostanziali dell'operazione cui partecipa»²⁸².

2. *L'esercizio del recesso ed i suoi effetti; le diverse prospettive della società, degli altri soci, dei terzi*

Conformemente alla *ratio* della relazione, che vede il recesso come strumento di tutela – efficace ed estremo – del socio a fronte di

²⁸¹ Cfr. sul punto RORDORF R., *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Società*, 7, 2003, 923, che, se pur con note critiche, attribuisce la modifica all'introduzione della figura della trasformazione eterogenea nell'art. 2500 *septies* c.c., che non configura un mutamento del tipo societario ma un passaggio ad una forma non societaria.

²⁸² Cfr. sul punto BELLEZZA E., *La nuova disciplina del recesso*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Rossi (a cura di), Milano, 2003, 261.

cambiamenti essenziali dell'investimento, e sulla base della circostanza che la nuova disciplina della società per azioni vuole valorizzare l'azione rispetto alla posizione del socio, è espressamente riconosciuta la possibilità all'azionista di recedere anche solo per una parte della partecipazione, consentendogli, a fronte delle mutate condizioni dell'operazione, di scegliere se rischiare di meno, continuando ad essere socio o se non rischiare affatto, esercitando il diritto di recesso per l'intera partecipazione azionaria (specificamente sul recesso parziale vedi *infra*).

L'introduzione del recesso parziale, in uno con l'ampliamento delle cause di recesso normativamente previste e con la facoltà attribuita all'autonomia statutaria di introdurne di nuove, rischia di compromettere la *ratio* dichiarata dalla riforma del diritto di recesso come rimedio estremo. Soprattutto la facoltà di introdurre nuove cause di recesso, che potrebbero non rispettare quei requisiti di particolare gravità (intesi come modifica sostanziale delle condizioni del contratto sociale) che giustificano l'istituto, potrebbe infatti concretizzare i noti timori circa la compromissione del patrimonio sociale a fronte di un esercizio massivo dello strumento, ciò influenzando non soltanto sulla posizione dei terzi, garantiti in primo luogo dal patrimonio sociale, ma della società stessa, che di quel patrimonio necessita per svolgere la propria attività.

Probabilmente è questo l'aspetto che è stato preso in considerazione dal legislatore nel prevedere l'art. 2437 *bis* c.c., che stabilisce come il recesso non possa essere esercitato e, se già esercitato, sia privo di efficacia se, entro novanta giorni, la società revoca la delibera che lo legittima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società (per una disamina più approfondita vedi *infra*). In questo modo si consente alla stessa maggioranza che ha approvato la delibera che ha legittimato l'esercizio del recesso di revocarla, laddove l'interesse sia

quello alla continuazione dell'attività e, diversamente, attribuendo l'alternativa "estrema" dello scioglimento.

Non può infatti negarsi come l'esercizio del diritto di recesso non sia immune da rischi: la società, a fronte dell'esercizio massiccio del diritto di recedere potrebbe essere costretta a deliberare il proprio scioglimento, non potendo fare fronte al pagamento del corrispettivo previsto per l'acquisto della partecipazione del socio recedente. Un aspetto, quest'ultimo che non si ritrova nel caso in cui il socio si determini autonomamente ad alienare la propria partecipazione e a sciogliersi dal vincolo. In tal caso il patrimonio sociale rimarrebbe inalterato, senza alcun aggravio a carico della società, che vedrebbe unicamente modificata la propria compagine azionaria, con l'uscita del vecchio socio e l'entrata del nuovo, che assumerà gli stessi obblighi e sarà beneficiario degli stessi diritti del primo.

3. *La dichiarazione di recesso*

3.1 *La legittimazione ad esercitare il diritto di recesso*

L'art. 2437 c.c. attribuisce il diritto di recesso ai soci che non hanno concorso all'approvazione della delibera che lo legittima. Sebbene la norma, diversamente dalla precedente versione, non si riferisca espressamente ai soci dissenzienti, non sembra che una tale modifica abbia mutato la titolarità del diritto²⁸³ che rimane, in conformità alla funzione di tutela della minoranza riconosciuta al

²⁸³ GALGANO F., op. cit. 360. Ritiene che la titolarità del diritto di recesso debba essere esteso ai soci che abbiano ottenuto l'annullamento del voto F. JR. FERRARA-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, op. cit., 611. Si rimanda altresì a quanto *supra*.

recesso, ai soci non consenzienti, ovvero ai soci assenti²⁸⁴, dissenzienti e astenuti²⁸⁵.

Occorre effettuare una precisazione con particolare riferimento al caso previsto dall'art. 2437 *bis* c.c. che stabilisce come, se la causa di recesso sia costituita da un fatto diverso da una delibera, il relativo diritto debba essere esercitato entro trenta giorni dalla sua conoscenza da parte del socio.

Ci si riferisce, ad esempio, a fattispecie previste statutariamente, quali il mancato raggiungimento di un certo fatturato o la proroga tacita della società (sulla proroga esplicita del termine da determinato ad indeterminato vedi *infra*). In tali casi, non presupponendo il fatto che determina l'esercizio del recesso alcuna manifestazione di volontà (e quindi di dissenso) come accade nel caso di approvazione di una deliberazione assembleare, si può ritenere che il diritto di recesso spetti a ciascun socio e giustifica la circostanza che il termine per l'esercizio del diritto decorra dal momento della conoscenza del fatto (così come il termine più lungo per esercitarlo: 30 giorni a fronte dei 15 previsti in caso di delibera assembleare)²⁸⁶.

284 Con riferimento al socio assente, autorevole dottrina ritiene che la titolarità del diritto di recesso venga meno se il socio, prima dell'assemblea, abbia espresso il suo consenso alla delibera per poi non presentarsi alla votazione. Sul punto FRÈ, *sub artt. 2325-2461*, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, A. Scialoja-G. Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1982, 765.

285 La disposizione è coerente, anche nell'ottica di tutela della minoranza che accomuna i due istituti e che è stata rappresentata, con l'art. 2377 c.c. che legittima l'impugnazione della delibera annullabile a tutti i soci dai soci assenti, dissenzienti od astenuti.

286 Diversamente da quanto avviene in tema di S.r.l., laddove l'art. 2473 c.c. non preveda un termine entro cui il socio potrà esercitare il diritto di recesso. Sul punto si è espressa recentemente la giurisprudenza di legittimità, prevedendo che la congruità del termine per esercitare il diritto di recesso debba essere valutato caso per caso. In questo senso Cass. civ. Sez. I, 12-11-2018, n. 28987, Massima redazionale 2018, che afferma: «Anche in caso di trasformazione da società a responsabilità limitata a società per azioni, la disciplina del diritto di recesso applicabile ai soci a seguito della trasformazione è quella dettata dall'art. 2473, primo comma, c.c. per le s.r.l., che non prevede termini di decadenza. Pertanto, in detta ipotesi, il diritto di recesso del socio di s.r.l. trasformata in S.p.A. va esercitato nel termine previsto nello statuto della s.r.l., prima della sua trasformazione in S.p.A., e, in mancanza di detto termine, secondo

Non può tuttavia non rilevarsi come possa ben essere richiesto, in capo al socio che intende esercitare il recesso a fronte di un fatto non formalmente deliberato, di mantenere un contegno quanto meno coerente con l'intenzione di recedere, poiché, diversamente opinando, verrebbero frustrato il principio generale e sicuramente applicabile anche al caso *de quo*, che richiede di non andare *contra factum proprium*. Seguendo tale impostazione, il socio che ha manifestato anche per fatti concludenti il proprio disinteresse ad esercitare il recesso non potrebbe più pentirsi della scelta effettuata e decidere in un secondo momento (anche se ancora nel termine di trenta giorni dalla conoscenza del fatto) di esercitarlo.

Diversa questione è il coordinamento tra l'art. 2437 c.c. che, come detto, attribuisce il diritto di recedere al socio che non ha concorso all'approvazione della delibera e l'art. 2352 c.c. che, in assenza di convenzione contraria tra le parti, attribuisce il diritto di voto all'usufruttuario o al creditore pignoratizio, a seconda del caso. La questione, di non poco momento, si pone nei seguenti termini: spetta al creditore pignoratizio o all'usufruttuario, in aggiunta al diritto di voto, anche il diritto di esercitare il diritto di recesso in vece del socio? E, laddove la risposta dovesse essere negativa e si ritenga che la legittimazione ad esercitare il recesso rimanga in capo al socio, sarà questi legittimato ad esercitarlo anche nel caso in cui il creditore (o l'usufruttuario) abbia votato a favore della delibera che legittima il recesso?

Per quanto qui interessa (e richiamando quanto *supra* rappresentato con riferimento alla legittimazione al voto da parte del creditore e dell'usufruttuario) rileviamo come la dottrina maggioritaria

buona fede e correttezza, dovendo il giudice del merito valutare di volta in volta le modalità concrete di esercizio del diritto di recesso e, in particolare, la congruità del termine entro il quale il recesso è stato esercitato, tenuto conto della pluralità degli interessi coinvolti».

sostenga che l'articolo 2437 c.c. vada armonizzato con l'articolo 2352 c.c. nel senso che, se è pur vero che il diritto di recesso debba essere riconosciuto solo al socio in quanto atto di disposizione della partecipazione che gli appartiene, ciò non può determinare che tale atto di disposizione (cui la comunicazione di recesso è prodromica) possa essere esercitato anche in presenza di voto favorevole da parte del creditore pignoratizio, espresso proprio nell'assemblea e sul punto all'ordine del giorno che legittimerebbe l'esercizio del recesso²⁸⁷.

Ciò in ogni caso non legittimerebbe il creditore pignoratizio, che pur essendone temporaneamente legittimato, non concorra all'approvazione della delibera, ad esercitare il relativo diritto di recedere dalla società, ciò in quanto una tale posizione sarebbe in contrasto con l'obbligo di custodire la cosa data in pegno previsto dall'art. 2790 c.c.²⁸⁸.

Non manca, tuttavia, quella parte della dottrina che, concordando con la spettanza del diritto di recedere in capo al socio e solo a questi²⁸⁹, non fa tuttavia dipendere le condizioni per il suo esercizio dal contegno espresso in sede assembleare dal titolare del diritto frazionato (creditore o usufruttuario) temporaneamente titolato al voto²⁹⁰. E altrimenti non potrebbe essere, in quanto, diversamente opinando, si farebbe dipendere l'esercizio del diritto di recedere del socio dal dissenso, dall'assenza o dall'astensione del titolare del diritto frazionato.

Conferma una tale impostazione anche la giurisprudenza di legittimità che, dando atto delle interferenze esistenti tra la disciplina

²⁸⁷ In questo senso GRIPPO G., *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), 16, II, Torino, 1985, 177, A. ASQUINI, *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1947, 25, F. Jr. Ferrara, F.-Corsi, op. cit., 453.

²⁸⁸ F. Jr. Ferrara, F. Corsi, op. cit., 453.

²⁸⁹ E tale opinione è supportata dal dato letterale poiché la norma legittima "i soci" che non hanno concorso all'approvazione della delibera, tacendo per il resto.

²⁹⁰ RIVOLTA G. C., in *Azioni e quote sociali: pegno di usufrutto e di nuda proprietà e diritto di voto*, in *Scritti in Onore di A. Pavone la Rosa*, I, 3, Milano, 1999, 1166.

dell'art. 2352 c.c. e dell'art. 2437 c.c., ritiene che la tutela del creditore non possa spingersi fino a legittimare una sua surrogazione nell'esercizio dei diritti del socio. Ciò in quanto: «Il creditore pignoratizio delle azioni - ancorché, ai sensi dell'art. 2352 c.c., a lui competa, in luogo del socio suo debitore, il diritto di voto (anche) nelle deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società o il trasferimento della sede sociale all'estero - non è legittimato ad esercitare il diritto di recesso di cui all'art. 2437 c.c., configurandosi questo come un atto di disposizione in ordine alla partecipazione societaria, di esclusiva spettanza del socio, ed essendo d'altra parte la tutela del creditore pignoratizio affidata, in presenza di una diminuzione del valore delle azioni conseguente a quei deliberati mutamenti societari, all'istituto della vendita anticipata *ex art. 2795 c.c.*»²⁹¹.

Discorso a parte deve farsi con riferimento al caso di vendita a termine di azioni. In particolare, la questione riguarda la corretta individuazione del momento in cui la titolarità del diritto di recesso passa dall'alienante all'acquirente a termine. In effetti il diritto di recesso in tale specifico caso non è espressamente regolato dall'art. 1531 c.c. che si concentra in prima battuta sulla questione della percezione degli interessi e dei dividendi e, in seconda battuta, si ferma a regolare la titolarità del diritto di voto, precisando che esso spetta al venditore fino al momento della consegna. Del diritto di recesso il legislatore non si occupa neppure negli articoli successivi.

Dalla mancanza di espressa indicazione, parte della dottrina ha argomentato nel senso di ritenere che nel caso di vendita a termine di titoli azionari, il diritto di recesso, a differenza degli altri diritti espressamente regolati dagli artt. 1531 e ss., non passa immediatamente in capo al compratore, ma resta di spettanza del venditore fino alla

²⁹¹ Cass. civ. Sez. I, 12-07-2002, n. 10144, in *Notariato*, 4, 2003, 375 nota di Nigro, cui si rimanda.

scadenza del termine e dunque fino alla perdita della titolarità delle azioni²⁹². Ritenere che il diritto di recesso spetti all'alienante fino allo scadere del termine, così come il diritto di voto rimane in capo all'alienante fino alla consegna²⁹³, è coerente con quella giurisprudenza che collega il diritto di recesso al dissenso che non potrebbe sorgere se non postulando la qualità di socio al momento in cui la deliberazione è stata assunta. La conseguenza pratica di ciò è che il diritto di recesso «non compete a chi abbia acquistato le azioni della società in data successiva a quella di adozione della deliberazione stessa, ancorché anteriore a quella della sua iscrizione nel registro delle imprese»²⁹⁴.

3.2. *Le modalità di esercizio*

Il socio comunica la propria intenzione di voler recedere dalla società attraverso apposita dichiarazione alla stessa indirizzata.

Si tratta di un negozio unilaterale recettizio che, in quanto tale, perfeziona e produce i propri effetti sin dal momento in cui la dichiarazione che lo esprime è pervenuta nella sfera di conoscenza della società destinataria²⁹⁵, ciò anche in applicazione del principio generale sancito in materia contrattuale dall'art. 1334 c.c..

²⁹² Cass. civ. Sez. I Sent., 18-07-2007, n. 15957, in *Società*, 12, 2007, 1461.

²⁹³ La consegna avviene alla scadenza del termine anche se normalmente, nella particolare tipologia di vendita a termini che è quella di titoli di credito, essi possono essere del tutto carenti. Ciò in quanto le parti, alla scadenza prevista, in luogo della consegna dei titoli da parte del venditore e del pagamento del prezzo da parte dell'acquirente, liquidano la c.d. "differenza", la parte per la quale l'operazione ha avuto un esito sfavorevole corrisponde il pagamento della differenza positiva all'altra parte.

²⁹⁴ In questo senso Cass. civ. Sez. I, 08-11-2005, n. 21641, in *Mass. Giur. It.*, 2005 che rappresenta altresì come a nulla rileva il rischio che il socio acquirente nel lasso di tempo tra l'adozione della delibera e la sua iscrizione ignori la modificazione del contratto sociale, rimanendo la società estranea ai rapporti tra alienante e acquirente che dovrà quindi cercare tutela nella sfera dei rapporti contrattuali con il venditore o, in ogni caso, su un piano che non coinvolga la società e T. Taranto 15.11.2000, in *Società*, 2001, 321, nota di Bonavera.

²⁹⁵ In questo senso una per tutte Cass. civ. Sez. I, 19-03-2004, n. 5548, in *Impresa*, 2005, 1552, nota di Baldisserotto, nella giurisprudenza di merito da ultimo in tema di società di capitali Trib. Tivoli, 14-06-2010, in *Giur. It.*, 5, 2011, 1086, nota di Petrazzini, ma la giurisprudenza è unanime sul punto.

Ferma la sua natura di negozio unilaterale recettizio, appare tuttavia ancora controverso se il rapporto sociale cessi per effetto della semplice dichiarazione, condizionata risolutivamente alla revoca della deliberazione legittimante o all'adozione della delibera di scioglimento *ex art. 2437 bis* (vedi *infra*), ovvero esso cessi soltanto in seguito alla liquidazione delle azioni, giacché la comunicazione di recedere rappresenterebbe il primo atto di una fattispecie a formazione progressiva che culmina proprio con la liquidazione, e quindi con la cessazione dello *status socii*.

Anche laddove si postuli che il rapporto si sciogla all'esito del procedimento di liquidazione, resterebbe in ogni caso il dubbio se la dichiarazione di recesso determini l'immediata estinzione dei diritti inerenti alla partecipazione o se essi si estinguano soltanto con la definizione del procedimento di liquidazione.

Già nel vigore del codice del '42 l'estromissione del socio dalla compagine in seguito alla comunicazione del recesso e quindi il venir meno della qualità di socio era oggetto di un annoso dibattito. A coloro che ritenevano l'estromissione l'effetto immediato della comunicazione del recesso si contrapponevano coloro che procrastinavano l'estromissione al momento della effettiva liquidazione della quota, necessariamente preceduta dalla deliberazione di riduzione del capitale o di autorizzazione all'acquisto delle azioni ovvero a quello di annullamento o assegnazione dei titoli²⁹⁶. Durante il procedimento di liquidazione della quota si riteneva poi che nei confronti del socio operasse una sorta di "sospensione" ovvero di "quiescenza" dei diritti sociali²⁹⁷.

In questo dibattito si deve collocare il nuovo art. 2437 bis c.c. che, al secondo comma, espressamente dispone come le azioni per le quali

²⁹⁶ GRIPPO G., *Il recesso del socio*, op. cit., 181.

²⁹⁷ PRESTI G., *Questioni in tema di recesso nelle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, I, 1982, 106.

è esercitato il diritto di recesso non possano essere cedute e debbano essere depositate presso la sede sociale. La previsione deve essere coordinata con il comma successivo che attribuisce alla società il termine di 90 giorni per revocare la delibera che legittima il recesso ovvero per deliberare lo scioglimento della società. Se ciò avviene il recesso è privo di effetto.

La dichiarazione di recesso non determina dunque in capo al socio alcun diritto ad ottenere il valore della partecipazione, ma determina l'apertura di un *sub* procedimento, della durata massima di 90 giorni, entro cui la società deve operare una valutazione circa la legittimazione del socio a recedere, l'opportunità di approfittare della possibilità di revoca dei presupposti, ovvero di mettere in liquidazione la società. L'estinzione della partecipazione avviene dunque solo al termine di questo procedimento di trasformazione delle quote in somme di denaro che, in caso di revoca della deliberazione che ha legittimato l'esercizio del diritto di recesso, si arresta, lasciando inalterato lo *status* di socio del richiedente²⁹⁸. In questa prospettiva appare preferibile ritenere che nelle more del procedimento, il socio ancora tale rimanga vincolato alle delibere assembleari eventualmente assunte e conserva il pieno esercizio dei propri diritti sociali (ovviamente seguendo questa impostazione il socio sarà sicuramente in conflitto di interessi rispetto alla votazione circa la revoca della delibera che ha determinato l'esercizio del recesso)²⁹⁹.

²⁹⁸ GALLETTI D., *sub art. 2473 bis c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, A. Maffei Alberti (a cura di) II, Padova, 2005, 1549.

²⁹⁹ In senso contrario Trib. Roma Sez. III, 11 maggio 2005, in *Società*, I, 2006, 54, nota di Bonavera, che precisa come con la comunicazione del recesso muti la posizione del socio receduto, il quale diviene titolare del diritto potestativo alla liquidazione delle azioni per le quali esercita il recesso. Non può pertanto intervenire alle successive assemblee, né esercitare il diritto di voto, potendo pretendere solamente la liquidazione delle azioni e determinando l'invalidità delle delibere assunte con il suo voto.

A questo punto, rimanendo il socio tale fino alla effettiva liquidazione della quota, ci si è chiesti se egli possa anche sottoporre a condizione l'efficacia della propria dichiarazione di recesso, ovvero se possa revocarla prima della conclusione del procedimento di monetizzazione della quota.

Già nel vigore della precedente disciplina la soluzione positiva non veniva condivisa³⁰⁰, sul rilievo che essa avrebbe frustrato le esigenze di stabilità della società, determinata dalla certezza del numero di recessi e dalla precostituzione del valore di liquidazione delle azioni, alienabili anche in pendenza del procedimento di liquidazione.

Un tale dibattito è destinato a perdere di valore alla luce della intervenuta riforma e del riconoscimento della natura di dichiarazione unilaterale recettizia del recesso, che vincola il socio fin dal momento del perfezionarsi della comunicazione. Salvo dunque quanto previsto dall'art. 2437 *bis* c.c., il ricevimento da parte della società della comunicazione determina la piena efficacia del recesso che, conseguentemente, non potrà essere sottoposto né a condizione né a revoca.

Nonostante una parte della dottrina non condivida una tale impostazione³⁰¹, la giurisprudenza sembra optare per la soluzione negativa, precisando che il recesso del socio non è revocabile né passibile di essere assoggettato a condizione³⁰². Ciò in quanto l'oggetto economico dell'atto di recesso, ovvero il *quantum* dovuto come

³⁰⁰ Cfr. sempre sul punto Cass. civ. Sez. I, 19-03-2004, n. 5548, cit.

³⁰¹ Cfr. sul punto ancora GALLETTI D., *sub art. 2473 bis c.c.*, op. cit., 1559, che pone in luce come in altri ordinamenti si sia optato per la soluzione opposta e VENTORUZZO M., *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, in *Riv. Società*, 2005, 358. Nel senso della revocabilità del recesso vedi altresì CARMIGNANI S., *Commento agli artt. 2437-2437sexies*, in *La riforma delle società*, M. Sandulli V. Santoro (a cura di), Torino, 2003, 888, sul rilievo che poiché la società può incidere sulla volontà manifestata dal socio così può farlo il socio medesimo.

³⁰² DE ANGELIS L., *Esercizio del diritto di recesso e cessazione dello «status socii»*, in *Società*, 1994, 1226 nel senso che la dichiarazione di recesso comporta l'immediata estinzione di tutti i diritti inerenti alla partecipazione, ivi incluso il diritto agli utili.

corrispettivo della quota, non è negoziabile né soggetto a trattativa, essendo prestabiliti i criteri per determinarlo³⁰³.

In conclusione, la riforma sembra costruire il recesso del socio alla stregua di una fattispecie a formazione progressiva, che determina lo scioglimento dal vincolo sociale solo nel caso in cui il procedimento prescritto venga portato a compimento³⁰⁴. Durante tale procedimento il socio è in *stand-by*, mentre la società può decidere se influire sulla scelta di recedere, di tal che, se la società revoca la delibera che ha legittimato il recesso o opta per la liquidazione, il recesso non può più essere esercitato e, se già esercitato, è privo di effetti³⁰⁵.

Quanto alla questione se tra i diritti che il socio può continuare ad esercitare durante tale periodo di *stand-by* vi sia anche quello di

³⁰³ Trib. Milano, 05-03-2007, in *Giur. It.*, 12, 2007, 2775, nota di Callegari: «Il recesso del socio rappresenta l'esercizio di un atto unilaterale recettizio e, come tale, non è revocabile, né assoggettabile a condizione (nella fattispecie: la condizione che la quota del socio sia liquidata ad un determinato prezzo), sia perché l'oggetto economico dell'atto di recesso non è soggetto a trattativa, sia perché la valutazione della quota va effettuata secondo un criterio predeterminato, rapportato al valore del patrimonio e alle prospettive reddituali dell'impresa gestita dalla società». Cfr. altresì in tema di s.r.l. Trib. Arezzo Ord., 16-11-2004, in *Corriere del Merito*, 3, 2005, 279 nota di Corvese.

³⁰⁴ Sul punto anche nella disciplina post riforma cfr. altresì SALAFIA V., *Il recesso dei soci nelle società di capitali*, in *Società*, 4, 2006, 417 «Il potere del socio, tuttavia, non può essere temporalmente illimitato. Per parità di trattamento con la società, si potrebbe pensare che nello stesso tempo in cui la società può revocare la deliberazione o l'atto che ha legittimato il recesso del socio, questi possa comunicarle la volontà di revocare la precedente dichiarazione, la cui efficacia, sebbene già in corso, può tuttavia essere risolta dall'iniziativa della società e potrebbe, dunque, essere sciolta, senza che nessuna ferita si arrechi all'ordinamento, dall'iniziativa corrispondente del socio. Tuttavia, in considerazione della positività di questa volontà di revoca rispetto all'interesse della società, a me pare che al socio si possa riconoscere il potere di manifestarla efficacemente sino al momento in cui si sia compiuto irreversibilmente uno degli atti conseguenti al recesso. Sino, cioè, all'esercizio da parte degli altri soci dell'opzione per l'acquisto della quota di partecipazione del recedente, di cui *infra* dirò, o sino alla comunicazione al recedente dell'acquisto della sua quota azionaria fatta dalla società o sino alla delibera di scioglimento della società, assunta dall'assemblea a norma del penultimo comma degli artt. 2437 *quater* e 2473 c.c.».

³⁰⁵ Secondo CALLEGARI M., *sub art. 2437 bis*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario diretto da Cottino G.-Bonfante G.-Cagnasso O.-Montalenti P.*, Bologna, 2004, nt. 2, 1416, in mancanza del preventivo deposito delle azioni da parte del socio recedente gli amministratori sono esonerati dall'obbligo di provvedere, ai sensi degli artt. 2437 *ter* e *quater* a liquidare la partecipazione e offrire le azioni in opzione agli altri soci.

revocare la dichiarazione di recesso, è stato condivisibilmente sostenuto che proprio l'elasticità della disciplina e la funzione dell'istituto di consentire l'*exit* in situazioni a fronte delle quali il socio non può incidere su talune decisioni significative assunte dalla maggioranza ma può soltanto negoziare soluzioni condivise, sembrano rafforzare la soluzione negativa. Diversamente verrebbe snaturata la funzione del recesso come arma data al socio non consenziente rispetto a certe deliberazioni o operazioni volute dalla maggioranza, che è così costretta a "negoziare" le proprie scelte, diventando invece un'arma di ricatto in mano al socio dissenziente che impedirebbe alla società di valutare compiutamente l'opportunità di revocare o meno la deliberazione³⁰⁶.

Ad avvalorare questa impostazione sarebbe, tra l'altro, lo stesso dato normativo, laddove viene previsto che, ai sensi dell'art. 2437 *quater* c.c., gli amministratori offrono le azioni del socio recedente agli altri soci, in capo ai quali sorge *ex lege* un vero e proprio diritto di opzione³⁰⁷.

Trascorso il termine di 90 giorni entro cui la società può esercitare il proprio diritto di ripensamento, e decorsi inutilmente i 180 giorni previsti all'art. 2437 *quater*, comma 5, c.c. senza che gli amministratori abbiano provveduto al collocamento delle azioni, la società sarà tenuta a risarcire al socio il danno da ritardo. Ove la società inadempiente non sia in condizioni di procedere all'acquisto delle azioni proprie per mancanza di utili distribuibili e riserve disponibili, il socio potrà agire *ex art. 2485, comma 2 c.c.* affinché il Tribunale accerti il verificarsi

³⁰⁶ In questo senso SARALE M., *Nota sulla disciplina del recesso nelle società di capitali*, in *Giur. It.*, 2004, 89.

³⁰⁷ In questo senso sempre SARALE M., *Nota sulla disciplina del recesso nelle società di capitali*, op. cit. che tuttavia non risolve il dubbio circa la revocabilità del recesso entro il termine concesso alla società per valutare le azioni da intraprendere, posto che l'offerta di opzione viene depositata solo una volta che sia stata effettuata la definitiva determinazione del valore di liquidazione, che conclude la fattispecie a formazione progressiva in cui si identifica il recesso.

della causa di scioglimento prevista dall'art. 2484, comma 1, n. 5 c.c., in combinato disposto con l'art. 2437 *quater*, comma 6 c.c.³⁰⁸.

In ogni caso il credito relativo alla liquidazione della quota del socio receduto, benché non immediatamente traducibile in una cifra numerica precisa (ma calcolabile sulla base di criteri prestabiliti) è di facile e pronta liquidazione, ha natura pecuniaria e costituisce un credito di valuta che, essendo liquido ed esigibile, è idoneo per ciò solo a produrre interessi di pieno diritto (ai sensi dell'art. 1282, comma 1, c.c.) senza necessità di alcun atto di messa in mora³⁰⁹.

Tornando alla dichiarazione di recesso, l'art. 2437 *bis* c.c., al primo comma, stabilisce che il diritto di recesso sia esercitato mediante lettera raccomandata, spedita alla società entro quindici giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera che lo legittima, ovvero, se il fatto che legittima il recesso è diverso da una deliberazione, entro trenta giorni dalla sua conoscenza da parte del socio. La dichiarazione deve contenere l'indicazione delle generalità del socio recedente, del domicilio per le comunicazioni inerenti al procedimento, del numero e della categoria delle azioni per le quali il diritto di recesso viene esercitato.

L'utilizzo della raccomandata come modalità di invio della comunicazione non è vincolante, in quanto la giurisprudenza è costante nel ritenere che la trasmissione della dichiarazione di recesso possa avvenire anche con forme diverse (telegrafo, notificazione a mezzo ufficiale giudiziario e, oggi si aggiunge, anche posta elettronica certificata), a condizione che esse presentino le medesime (o maggiori) caratteristiche di certezza di spedizione e di ricezione che assicura la

³⁰⁸ Cfr. sul punto CONFORTINI C., *Sul recesso dalle società per azioni*, in *Contratto e Impr.*, 1, 2016, 269.

³⁰⁹ Cfr. sul punto sempre Cass. civ. Sez. I, 19-03-2004, n. 5548 cit. che per quanto applichi la disciplina pre-riforma enuncia principi applicabili anche dopo la modifica legislativa.

raccomandata³¹⁰. Da ciò deriva che non sia assimilabile alla comunicazione a mezzo raccomandata, il comportamento concludente del socio che, in assenza di formale comunicazione, abbia mantenuto un contegno incompatibile con il proprio *status*³¹¹.

Occorre in questa sede effettuare un'ultima notazione circa la possibilità, introdotta con la riforma e di cui si è precedentemente dato conto, per talune delle ipotesi di recesso di seguito commentate, di esercitare l'*exit* solo per parte della propria partecipazione azionaria. Il socio che in seguito alla modifica delle condizioni dell'investimento voglia rischiare "di meno" è quindi legittimato a farlo.

Nonostante l'art. 2437, comma 1, c.c. espressamente riconosca la possibilità ai soci di recedere "per tutte o parte delle loro azioni", è stato ritenuto il diritto di recesso deve essere esercitato per l'intera partecipazione nei casi previsti all'art. 2497, comma 1, lett. B), *quater* e all'art. 2343, comma 4, c.c.. Nel primo caso è la stessa norma di legge a prevederlo, nel secondo caso la possibilità di restituire i conferimenti determinerebbe l'impossibilità di un recesso parziale³¹². Proprio in questo secondo caso, tuttavia, rimane il dubbio se la restituzione parziale del conferimento possa in effetti legittimare il recesso parziale, di tal che il socio rimarrebbe tale con riferimento a quelle azioni

³¹⁰ Cfr. da ultimo, Cass., 3 gennaio 1998, n.12, in *Giur. Comm.*, II, 1999, 245, con nota di Galletti.

³¹¹ Cfr. sul punto App. Milano, 13-05-2003, in *Giur. It.*, 2004, 122, nota di Luoni. Nel caso esaminato il socio di una società per azioni, dissenziente rispetto ad una deliberazione di modifica dell'oggetto sociale, aveva esercitato il diritto di recesso limitandosi a consegnare alla società le azioni a lui intestate, senza alcuna dichiarazione formale di recesso. La Corte d'appello ha ritenuto di non considerare equipollente il mero deposito rispetto alla comunicazione a mezzo raccomandata, anche se a seguito del detto deposito sia il socio che la società avevano mantenuto un contegno da cui si sarebbe evinto che il recedente non era più considerato socio (la società da quel momento non gli aveva più inviato le convocazioni per le assemblee).

³¹² Cfr. Circolare Assonime, *Il diritto di recesso nella società per azioni*, Circolare n. 68 del 22 dicembre 2005

corrispondenti al valore del conferimento non restituito, previa revisione di stima.

Secondo parte della dottrina potrebbero in realtà configurarsi altre due eccezioni: la proroga della durata della società e la rimozione/introduzione di vincoli alla circolazione delle azioni, poiché tali ipotesi non sarebbero previste dal primo comma dell'art. 2437 c.c., che espressamente prevede la possibilità di recesso parziale, ma dal secondo, che nulla dice in merito³¹³.

4. I casi di recesso previsti da norme di legge

Come anticipato, le cause di recesso sono individuate principalmente dall'art. 2437 c.c., ulteriori cause di recesso sono tuttavia previste da specifiche norme di legge quali l'art. 2328 c.c. per le società costituite a tempo indeterminato, l'art. 2355 *bis* c.c. in materia di limiti alla circolazione delle azioni, l'art. 2343 c.c. per l'ipotesi della revisione del valore attribuito ai conferimenti di beni in natura e di crediti, l'art. 2497 *quater* c.c. nel caso di recesso nei gruppi di società.

Vedremo nel corso della analisi delle singole fattispecie che talune delle ipotesi previste sono inderogabili e, in particolare quelle previste al primo comma dell'art. 2437 c.c., con la conseguente nullità di ogni patto che escluda o renda più gravoso il diritto di recesso, e approfondiremo altresì il ruolo dell'autonomia statutaria nell'individuazione di ulteriori cause di recesso.

Abbiamo già rilevato come alle volte il diritto di recesso sorga a fronte dell'adozione di una delibera assembleare, altre volte da fatti non nascenti dalla delibera. Vi sono poi cause di recesso individuate con precisione, laddove in altri casi la ricostruzione della fattispecie appare non facile, a causa dell'indeterminatezza dei suoi contorni.

³¹³ CAMPOBASSO G., *La riforma delle società di capitali e cooperative*, Torino, 2003, 165.

Il metodo che di seguito si intende adottare nel rappresentare le varie ipotesi di recesso vuole distinguere, da un punto di vista interpretativo, le fattispecie, tenendo conto dell'interesse sostanziale tutelato dal legislatore con la loro previsione. Verranno quindi analizzate le cause di recesso che conseguono a modifiche dell'atto costitutivo o dell'organizzazione, tali incidere sul rischio economico assunto dalla società (quali ad esempio modificazione dell'oggetto sociale; ipotesi di recesso contemplate dalla disciplina dell'esercizio del potere di direzione e coordinamento) distinguendole dalle cause di recesso conseguenti ad una variazione del rischio assunto dal singolo in rapporto alle modifiche organizzative del contratto sociale e alla sua posizione rispetto ad esso (quali ad esempio le modificazioni concernenti l'esercizio dei diritti di voto o di partecipazione) e dalle cause che fanno riferimento alla possibilità di «disinvestimento» da parte del socio (di cui esempio immediato è la revoca dello stato di liquidazione).

4.1. Il recesso quale reazione a modifiche che incidono sul rischio economico assunto dalla società ovvero a tutela della posizione individuale del socio, nei suoi diversi profili

4.4.1. La modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società

La nuova formulazione della causa di recesso, come accennato di derivazione pre-riforma, appare idonea a risolvere i dubbi interpretativi sorti nel vigore della precedente disciplina, in senso restrittivo.

Infatti, dal tenore letterale della norma, sembra che il mutamento formale della clausola statutaria indicante l'oggetto sociale non sia causa di recesso, salvo che essa si risolva in un cambiamento effettivo *rectius* significativo, dell'attività della società. Dunque, tale cambiamento, non determinando il diritto di recesso, se non laddove vi sia una modifica della clausola statutaria, deve inerire tanto la forma

dello statuto quanto la sostanza dell'attività sociale. La modifica che viene in rilievo dovrà concretizzarsi in una modifica formale dell'atto costitutivo, anche se essa sia stata solo deliberata e poi rimasta di fatto inattuata³¹⁴.

La norma si riferisce espressamente solo a quelle modifiche dell'oggetto sociale che determinino un cambiamento significativo dell'attività della società, con ciò riferendosi non soltanto alle modifiche ampliative dell'attività, ma anche a quelle riduttive o sostitutive, purché si tratti di variazioni tali da comportare una modificazione del rischio e della convenienza dell'investimento³¹⁵. Rimangono invece irrilevanti ai fini della norma lievi modifiche dell'attività che non incidono sulla scelta dell'impresa esercitata, ma determinano meri aggiustamenti del raggio di attività.

4.1.2. Il caso della attività di direzione e coordinamento

L'art. 2497 *quater* c.c. prevede che il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento possa recedere nei casi tassativamente individuati dalla norma. Ad una prima lettura sembra che rilevino quelle modifiche che determinano una rilevante alterazione della situazione iniziale, tali da incidere sulla posizione del socio e sulla sua permanenza all'interno della società. In questa ottica, a maggior ragione nel caso previsto dalla norma, il recesso non è solo lo strumento di disinvestimento del socio, ma diventa strumento per incidere sulle scelte della società, nonché di tutela per bilanciare possibili abusi da parte del gruppo di comando.

Il socio della società controllata potrà recedere laddove il soggetto (società o ente) che esercita attività di direzione e coordinamento abbia deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo

³¹⁴ CARMIGNANI S., *Commento agli artt. 2437-2437sexies*, op. cit., 879.

³¹⁵ Ancora CARMIGNANI S., op. cit. 879.

sociale. L'ipotesi si coordina con l'intervento della riforma che, agli artt. 2500 *septies*, *octies* e all'art. 2545 *decies* c.c., ha legittimato le trasformazioni eterogenee, ovvero di società di capitali in consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute, fondazioni e viceversa. La *ratio* della previsione è di consentire al socio di recedere da un investimento che, a causa del mutato scopo, ha plausibilmente modificato le politiche di gestione del gruppo e la funzione attribuita alla partecipazione sociale, e che quindi non corrisponde più a quello originariamente intrapreso.

È plausibile rinvenire la stessa *ratio* anche nell'altra ipotesi di recesso riconosciuta al socio della controllata nel caso in cui il soggetto (società o ente) che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società controllata soggetta ad attività di direzione e coordinamento. Si tratta di quelle modifiche, formalmente apportate all'atto costitutivo, tali non soltanto da modificare l'attività della società capogruppo ma da incidere sulle condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento. In tal senso è stato rilevato che la delibera che modifica l'oggetto sociale della capogruppo dovrebbe risolversi in un suo ampliamento non essendo rilevante ai fini del recesso l'eliminazione di una delle attività previste³¹⁶.

Con riferimento invece all'alterazione della situazione patrimoniale, una parte della dottrina ha ritenuto sufficiente ad integrare la causa di recesso la semplice idoneità delle attività di nuova previsione a peggiorare le condizioni patrimoniali della controllata, non rilevando

³¹⁶ RORDORF R., *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, op. cit., 928.

che tale peggioramento si sia effettivamente verificato³¹⁷, laddove un'altra parte della dottrina, che appare preferibile, ritiene che la modifica delle condizioni rilevi come un fatto storico, e che quindi la modificazione sia stata prodotta in concreto³¹⁸. Tale seconda opzione è quella attualmente seguita anche in giurisprudenza³¹⁹.

Per entrambe le ipotesi sopra individuate, il momento determinante ai fini del maturarsi del diritto di recesso del socio della società controllata è quello della delibera con cui la capogruppo trasformi la società modificando il proprio scopo sociale, ovvero modifichi il proprio oggetto sociale, consentendo l'esercizio di attività tali da alterare in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e

³¹⁷ In questo senso CALIFANO G. V., *Brevi note alle ipotesi di recesso previste dall'art. 2497 quater, lett. A, c.c.*, in *Società*, 3, 2010, 269.

³¹⁸ Sul punto si confronti FERRI G. JR-GUIZZI G., *In tema di recesso ex art. 2497 quater, lett. C., c.c.*, in *Società*, 11 *Supplemento*, 2014, 43, ove altri riferimenti: «La prima [soluzione], basandosi su di un giudizio soltanto prognostico (poi da condurre secondo la logica del più probabile che non), finisce infatti, specie per chi valorizzi la presunzione stabilita dall'art. 2497 *sexies* c.c., per riavvicinare il recesso al mutamento del controllo in sé considerato, e quindi per assecondare la tendenza ad attribuire al recesso la funzione di strumento di tutela del disinvestimento collegato a tale vicenda. La seconda soluzione, invece, che valorizza la concreta dimensione effettuale della modificazione, se da un lato svincola definitivamente il recesso dal cambio del controllo, dall'altro presenta il potenziale inconveniente di alimentare l'incertezza sui tempi del suo possibile esercizio: essa, infatti, aprendo inevitabilmente la strada all'idea che la modificazione in discorso costituisce un fatto logicamente successivo all'inizio o alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, implica il rischio, spingendo il ragionamento all'estremo, che il diritto possa venire ad esistenza, e dunque poter essere esercitato, pure a notevole distanza, anche di anni, dall'avvio della (eventualmente nuova) attività di direzione e coordinamento. Delle due soluzioni ci sembra che sia la seconda, seppure con qualche necessaria precisazione, quella complessivamente da privilegiare». Nello stesso senso PACIELLO A., *Appunti per uno studio del recesso dal gruppo*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, Milano, 2005, 3307.

³¹⁹ Trib. Milano Sez. Specializzata in materia di imprese, 21-07-2015, Sito *Il caso.it*, 2015, secondo cui: «Secondo la previsione dell'art. 2497-quater, lett. c), c.c., l'inizio e la cessazione di un'attività di direzione e coordinamento - così come il "cambio" del controllo, assumono rilievo ai fini del riconoscimento del diritto alla liquidazione della quota sociale unicamente nella misura in cui detti fatti possano in concreto comportare una modifica in senso deteriore delle condizioni di rischio di investimento sussistenti prima dell'evento considerato dalla norma, così dovendosi intendere - in linea con l'orientamento dottrinale prevalente - il concetto di "alterazione"».

patrimoniali della società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Tanto rappresentato, rimane il problema di capire se e quando il socio della controllata possa avere contezza della delibera assunta dalla controllante, affinché ne possa valutare la portata, in mancanza di alcun obbligo a carico della capogruppo di comunicare alla controllata o ai suoi soci le proprie delibere che, potenzialmente, potrebbero legittimare il recesso³²⁰. Si pensi a tutte quelle deliberazioni che non danno luogo a trasformazione, ma modifichino soltanto l'oggetto sociale, in tal caso è difficile il socio che ne abbia contezza se non constatandone gli effetti negativi sulle condizioni economiche e patrimoniali della società cui partecipa. A ciò si aggiunga che il termine per esercitare il diritto di recesso, individuato in 30 giorni dalla conoscenza del fatto legittimante (in questo caso non è applicabile il termine dei 15 giorni dalla delibera, trattandosi di atto endosocietario della controllante, estraneo alla società controllata) dovrebbe iniziare a decorrere proprio dalla conoscenza della modifica organizzativa adottata dalla capogruppo. Non potendosi pretendere in capo al socio un contegno tale da monitorare perpetualmente l'attività della capogruppo, si può arrivare a ritenere che il momento ultimo a partire dal quale decorrerà il termine per il recesso sia quello della relazione sulla gestione degli amministratori prevista ai sensi dell'art. 2497 *bis*, 5 comma, c.c., a mente del quale gli amministratori devono indicare i rapporti intercorsi con chi esercita attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette.

In questa ottica il recesso è legittimato al completarsi di una fattispecie a formazione progressiva, che ha appunto inizio con la modifiche statutarie rilevanti, ovvero con il mutamento dell'attività di

³²⁰ SAVORANA A., *Il recesso del socio nelle società di capitali*, in *La riforma del diritto societario. Il parere dei tecnici*, A. Danovi (a cura di), Milano, 2003, 84, ritiene che l'onere di informazione gravi sulla capogruppo.

direzione e coordinamento e che si conclude con la modifica successiva delle condizioni di rischio. Il termine utile per esercitare il recesso, cui spetta altresì il relativo onere probatorio, è dunque compreso tra la vicenda modificativa e l'assemblea per l'approvazione del primo bilancio di esercizio successiva a tale vicenda. Il socio potrà utilizzare, al fine dell'assolvimento del proprio onere, proprio le risultanze del bilancio.

Le stesse considerazioni possono farsi, *mutatis mutandis* per l'ulteriore causa di recesso prevista dalla norma laddove si afferma (lett. c) che il socio possa recedere all'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto. In tale situazione il socio potrà recedere una volta che siano stati adempiuti gli adempimenti pubblicitari previsti dall'art. 2497 bis c.c., ed esso è legittimato dal rischio di svalutazione della partecipazione generato dall'entrata e dall'uscita dal gruppo o dal mutamento del soggetto controllante.

Il diritto del socio è altresì riconosciuto quando a favore del socio sia stata pronunciata condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497 c.c. (e in tal caso, come anticipato, il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione). Si deve trattare di decisione esecutiva, quindi anche provvisoriamente esecutiva nelle more dell'impugnazione e anche laddove essa sia stata successivamente riformata.

Si tratta anche in questo caso di un fatto esterno all'organizzazione della società controllata, questa volta di contenuto semplice, che è portato direttamente alla conoscenza del socio interessato. La maggiore facilità di conoscenza della causa di recesso da parte del socio non incide tuttavia sul termine per esercitare il recesso alla società, che rimane 30 giorni dalla comunicazione.

4.1.3. *La trasformazione della società*

La nuova formulazione, anch'essa, come previamente accennato, di derivazione pre-riforma, non sembra, ad un primo vaglio da parte della dottrina, idonea a superare tutti i dubbi precedentemente sorti.

In particolare essa rischierebbe di far risorgere un dubbio che appariva superato: ovvero l'applicazione del recesso anche ai casi di fusione e scissione. Il dubbio sorge poiché, se è pacifico che ogni trasformazione societaria comporti un mutamento del tipo di società, non è altrettanto pacifico il contrario. Proprio nel vigore della precedente disciplina si era infatti andata affermando l'opinione secondo cui il diritto di recesso spettasse anche in caso di dissenso espresso a fronte di deliberazioni di fusione o scissione, laddove la società risultante dall'operazione fosse di tipo diverso da quella di provenienza. Sembrerebbe dunque che la nuova formulazione, riferendosi testualmente solo alla figura della trasformazione, abbia voluto escludere dall'area del recesso le ipotesi di fusione o scissione³²¹.

In altre parole, la formulazione letterale della norma, dovrebbe condurre alla conclusione di escludere dall'applicazione della norma tutti i casi in cui dall'operazione non derivi una società tipologicamente diversa da quella originaria:

- Cambiamento dell'oggetto sociale;
- Trasformazione eterogenea ai sensi dell'art. 2500 *septies* c.c.;

³²¹ In questo senso CAGNASSO O., *Le modificazioni statutarie e il diritto di recesso, Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, Volume IV, Tomo I, Padova, 2010, 959, secondo cui: «Naturalmente assumono rilievo anche le operazioni di fusione o scissione che determinino una trasformazione della società: ma di per sé tali operazioni, mentre sono causa di recesso nella società a responsabilità limitata, non lo sono nel contesto della società per azioni». In senso contrario e scettico R. Rordorf, *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Società*, 2003, 7, 923 che ritiene la causa di recesso in commento applicabile anche alle ipotesi di fusione e scissione rappresentate, facendo leva anche sulla diversa terminologia utilizzata per le società a responsabilità limitata, che non faciliti la ricostruzione di un quadro sistematico coerente.

- Fusione e scissione dalle quali derivi una società tipologicamente diversa.

In ogni caso l'esercizio del diritto di recesso del socio dissenziente rispetto alla deliberazione di trasformazione del tipo societario è soggetto al regime statutario proprio della società prima della trasformazione³²². Sarebbe infatti incongruente applicare al socio dissenziente rispetto alla delibera di trasformazione la disciplina della società trasformata di cui non vuole fare parte.

4.2. Il recesso come conseguenza del disaccordo su decisioni che interessano la posizione individuale del socio

4.2.1 Il trasferimento della sede sociale all'estero

Il recesso è previsto inderogabilmente nel caso di modifica statutaria che preveda il trasferimento della sede sociale all'estero, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di Paese all'interno o all'esterno dell'Unione Europea.

La causa di recesso era prevista anche nel vigore della precedente disciplina ed è stata riprodotta anche per la società a responsabilità limitata, sul rilievo che la modifica della sede sociale all'estero determina la modifica del regolamento applicabile, potendo trovare applicazione la disciplina straniera dello Stato della nuova sede.

Eppure, osserva parte della dottrina, il trasferimento della sede sociale all'estero non appare nell'attuale contesto sovranazionale, un elemento che modifichi tanto radicalmente la società da giustificare la legittimazione al diritto di recesso³²³. Ciò è tanto più vero laddove il

³²² Tribunale Trapani, 21/03/2007, in *Giur. comm.*, 2009, 3, II, 524, nota di: Parmiggiani

³²³ Cfr. sul punto BIANCHI G., *Le operazioni sul capitale sociale*, Padova, 2007, 442, secondo cui la norma sarebbe rimasta nel codice civile, nonostante le numerose modifiche, «forse nella convinzione, meno sostenibile ora che in passato, che con il trasferimento della sede si possa sottrarre di fatto ai soci la possibilità di controllo sull'amministrazione della società».

trasferimento avvenga nell'ambito dell'Unione Europea, le cui discipline nazionali subiscono l'influenza e applicano le stesse direttive e gli stessi regolamenti dello Stato italiano, potendo ipotizzarsi, tra l'altro, un contrasto con il principio di libera circolazione e con gli articoli 63 (*ex art.* 56 del TCE) e 65 (*ex art.* 58 TCE) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Ciò che merita essere rilevato è la difficoltà operativa che si riscontra nel rimborso della quota al socio recedente, passando la società sotto la legislazione dello Stato della nuova sede. Non soltanto possono essere differenti le modalità utilizzabili per il calcolo della quota di rimborso, ma la giurisprudenza precisa, anche dal punto di vista della giurisdizione che «Accertata l'effettività del trasferimento della sede sociale di una società di capitali all'estero, essendo ormai definitivamente ubicato in altro Stato l'oggetto principale dell'attività" ovvero la "sede dell'amministrazione", consegue il difetto di giurisdizione dei giudici ordinari italiani»³²⁴.

4.2.2. Le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione

L'art. 2437, comma 1, lett. f) c.c. tra le cause inderogabili di recesso prevede l'ipotesi della delibera assembleare che modifichi le clausole statutarie inerenti il diritto di voto o di partecipazione del socio che non ha concorso ad approvarle. Nonostante il tenore letterale, apparentemente chiaro, la norma ha suscitato alcune problematiche interpretative.

Non verrebbero ad esempio in rilievo al fine del riconoscimento della causa di recesso le modifiche statutarie concernenti il diritto di voto, quale la modifica del diverso *quorum* previsto statutariamente per l'assemblea straordinaria, laddove esso venga modificato nella

³²⁴ Trib. Monza, 5 aprile 2002, in *Vita Notar.*, 2003, 341.

previsione legale; ciò in quanto, secondo la giurisprudenza, occorre che la delibera vada a toccare direttamente, e forse anche indirettamente, il diritto di voto o di partecipazione, non essendo sufficiente un generale nocumento all'azionista. Si tratterebbe di soluzione che contempera la tutela del socio con l'interesse conservativo della società e del patrimonio sociale e che circoscrive l'ambito di applicazione dell'istituto del recesso, la cui applicazione sarebbe altrimenti incontrollabile, in considerazione degli effetti disgregativi sul capitale sociale e sulla società che esso determina³²⁵.

In effetti, senza operare alcuna circoscrizione, la maggior parte delle delibere assembleari andrebbero in qualche modo a lambire i diritti di voto e/o di partecipazione del socio, di tal che appare condivisibile l'impegno della giurisprudenza a interpretare restrittivamente la norma.

Diversamente è invece stata ritenuta rilevante, in quanto integrante una modifica dei diritti di voto o di partecipazione che legittima l'esercizio del recesso di cui all'art. 2437, comma 1, lett. g), c.c., l'eliminazione della clausola statutaria che prevede il voto di lista per la nomina degli amministratori (sul punto vedi *infra*). Proprio sul punto il Tribunale di Milano ha colto l'occasione per affermare che «L'art. 2437 c.c., nel riferirsi ai "diritti di partecipazione" in endiadi con i "diritti di voto", non esclude dal novero dei diritti di partecipazione i diritti di partecipazione "amministrativi" per includervi solo quelli di

³²⁵ Cassazione civile, sez. I, 01/06/2017, n. 13875, in *Notariato*, 4, II, 2017, 793. Nel senso che le modifiche dei diritti di voto rilevanti ai fini della legittimazione al recesso sono unicamente modifiche dei diritti incorporati nelle singole azioni cfr. Corte appello Brescia, 02/07/2014, in *Giur. Comm.*, 1, II, 2017, 156, nota di: Fornasari. La Suprema Corte, in particolare, rappresenta come: «In tema di recesso dalle società di capitali, la delibera assembleare che muti il "quorum" per le assemblee straordinarie, riconducendolo a previsione legale, non giustifica il diritto del socio al recesso ex art. 2437, lett. g), c.c., perché l'interesse della società alla conservazione del capitale sociale prevale sull'eventuale pregiudizio di fatto subito dal socio, che non vede inciso, né direttamente né indirettamente, il suo diritto di partecipazione agli utili ed il suo diritto di voto a causa del mutamento del "quorum". (Rigetta, Corte d'Appello Brescia, 18/09/2014)».

partecipazione "patrimoniali", ma utilizza un ampio *nomen juris*, che non trova riscontro in altre sedi del codice, così legittimando l'inclusione nella formula normativa di entrambe le categorie sia dei "diritti patrimoniali" sia dei "diritti amministrativi", le quali, in altri articoli dello stesso capo del codice, sono individuate congiuntamente (art. 2346 comma 6, art. 2349 comma 2) ovvero separatamente (art. 2350 comma 2). Pertanto, le modificazioni statutarie concernenti i diritti di partecipazione dei soci vanno individuate non solo nelle modificazioni statutarie incidenti sui diritti di partecipazione patrimoniale ma anche in quelle incidenti sui diritti di partecipazione amministrativa, diritti tra i quali va senz'altro ricompreso il diritto del socio di presentazione di lista per la nomina dell'organo amministrativo, tale presentazione risolvendosi non già in una mera modalità di regolamentazione della procedura di voto rilevante solo sul piano organizzativo, ma nella facoltà, riconosciuta statutariamente ad ogni socio, di concorrere alla nomina dell'organo gestorio secondo uno schema estraneo alla regola di maggioranza e, dunque, di "partecipare" più incisivamente rispetto alla regola di base ad una delle scelte organizzative vitali per l'ente»³²⁶.

³²⁶ Tribunale Milano, Sez. spec. Impresa, 31/07/2015, n. 9189, in *Giur. Comm.*, 1, II, 2017, 169, nota di: Ventoruzzo, secondo cui: «E in tale contesto sistematico, - nel quale la normativa in tema di recesso non pare più qualificabile come eccezionale ma, al contrario, viene a rappresentare "lo strumento più efficace di tutela per il socio", così individuando secondo la dottrina un "nuovo punto di equilibrio nella dialettica tra maggioranza e minoranza", - non pare al Tribunale possano condividersi interpretazioni restrittive del tenore delle norme in tema di recesso fondate su indici non univoci, quale quella proposta dalla convenuta sulla scorta di una riduttiva lettura della espressione "diritti di partecipazione" ricomprensive i soli diritti patrimoniali. Tale riduttiva lettura, pur se seguita da talune pronunce di merito, la cui motivazione è incentrata sul carattere eccezionale del diritto di recesso rispetto "al principio generale dell'obbligatorietà per tutti i soci delle deliberazioni assembleari" ovvero sul rilievo che una "interpretazione estensiva finirebbe per attribuire un vero e proprio diritto di veto al socio dissenziente anche di fronte a deliberazioni suscettibili di approvazione a maggioranza con il risultato di far prevalere l'interesse individuale del socio rispetto alla volontà della maggioranza", considerazioni entrambe, si è detto, che appaiono legate a una visione dell'istituto non più coerente con il nuovo impianto normativo, non trova infatti, ad avviso del Tribunale, giustificazione nel tenore letterale della disposizione in

4.2.3. L'introduzione o la soppressione nello statuto di clausole compromissorie

Altra causa di recesso è stata prevista dall'art. 34 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, relativo ai procedimenti societari, laddove afferma che le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale: i soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso. Per quanto non espressamente richiamati, da una mera lettura della norma, si ritiene che essa si riferisca non soltanto ai soci assenti o dissenzienti, ma a tutti i soci che non hanno acconsentito alla delibera³²⁷.

Non è del tutto assimilabile rispetto alla causa di recesso sopra individuata, l'ipotesi di modificazione di una clausola arbitrale da irrituale in rituale. La questione è sorta sul rilievo che, se si trattasse di una mera modificazione, la delibera che l'ha approvata non incorrerebbe in alcun limite; laddove invece essa venisse intesa come sostanziale soppressione della clausola compromissoria irrituale con contestuale introduzione di una nuova clausola, si incorrerebbe nella causa di recesso prevista. La giurisprudenza non sembra propensa a ritenere equivalenti le due opzioni, almeno nel caso in cui la modifica alla clausola arbitrale sia priva del carattere innovativo o soppressivo

esame, tenore il quale, nel riferirsi ai "diritti di partecipazione" in endiadi con i "diritti di voto", non esclude di per sé espressamente dal novero dei diritti di partecipazione i diritti di partecipazione "amministrativi" per includervi solo quelli di partecipazione "patrimoniali", ma pare, al contrario, utilizzare un ampio *nomen juris*, che non trova riscontro in altre sedi del codice, così legittimando l'inclusione nella formula normativa di entrambe le categorie dei "diritti patrimoniali" e dei "diritti amministrativi", in vari altri articoli dello stesso capo del codice espressamente individuate congiuntamente (cfr., ad es., art. 2346 comma sesto, art. 2349 comma secondo) ovvero separatamente (cfr., ad. es., art. 2350 comma secondo)».

³²⁷ Cagnasso O., *Le modificazioni statutarie e il diritto di recesso*, op. cit., 952.

nel senso fatto proprio dall'art. 34 citato. In altre parole, l'introduzione/soppressione della clausola arbitrale si avrebbe in tutti i casi in cui risultino in concreto modificati i limiti soggettivi ed oggettivi del patto arbitrale, introducendo o sopprimendo per una o più liti la *potestas iudicandi* arbitrale³²⁸.

4.2.4. *La durata indeterminata e la proroga del termine di durata della società*

Ai sensi l'art. 2347, comma 3, c.c., viene riconosciuto al socio il diritto di recedere in qualsiasi momento dalla società costituita a tempo indeterminato. Nonostante questa causa di recesso non sia espressamente prevista tra quelle inderogabili dal primo comma dell'art. 2437 c.c., essa si ritiene in ogni caso tale, sulla base del principio generale in base al quale il socio non può ritenersi "prigioniero" della società³²⁹. Si tratterebbe dunque di un'ipotesi di recesso a legittimazione assoluta e che deroga al principio in base al quale solo il dissenso del socio legittima il recesso a fronte dell'adozione di quella determinata delibera.

La previsione deve essere coordinata con l'art. 2328, comma 2, n. 13, c.c. laddove stabilisce che, nel caso di società costituita a tempo indeterminato, lo statuto debba indicare il periodo di tempo (in ogni caso non superiore ad un anno) decorso il quale il socio potrà recedere.

Nonostante l'introduzione della causa di recesso sia stata motivata dalla volontà di uniformare la disciplina prevista per le società per azioni rispetto a quella prevista in generale per i contratti³³⁰, la

³²⁸ Coll. Arbitrale, 27-10-2010, nota di BOGGIO L., "Modificazione" di clausole arbitrali statutarie: un nuovo caso di recesso?, in *Giur. It.*, 2011, 12, 2591, cui si rimanda per un'analisi in chiave critica della disciplina.

³²⁹ VENTURI C., *Il recesso e l'esclusione dei soci nelle società di capitali*, *La riforma del diritto societario*, www.tuttocamere.it, 2005.

³³⁰ Relazione d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, paragrafo 1.3: «Per quanto concerne invece la previsione del secondo comma, lettera d), dell'art. 4 della legge delega, si è ritenuto

scelta è stata talvolta criticata in considerazione delle peculiarità del fenomeno societario e degli effetti negativi del recesso, sotto il profilo economico e di instabilità della società³³¹. Di contro, è stato osservato che l'investimento in una società da cui il socio potrebbe in ogni momento esercitare il proprio diritto di *exit* a condizioni eque potrebbe avere l'effetto opposto di favorire l'investimento³³².

Non manca chi segnala come, soprattutto in contesti societari medio-piccoli, siano gli aspetti negativi delle previsioni, soprattutto legati alla circostanza che l'acquisto di una partecipazione, soprattutto se di minoranza, pur assistita dalla possibilità di agevole disinvestimento, potrebbe non essere effettivamente appetibile per un soggetto estraneo ad una compagine sociale ristretta legata a politiche di autofinanziamento e limitata distribuzione di utili³³³.

Il diritto di recesso spetta altresì al socio in caso di delibera assembleare che modifichi lo statuto nel senso di mutare la durata della società da determinata ad indeterminata. A tale riguardo è stato infatti rilevato come: «Nel caso di delibera che introduca la durata indeterminata della società, iscritta anteriormente allo scadere del termine precedentemente determinato, ai soci è attribuito il diritto di recesso ai sensi del comma 3 dell'art. 2437 c.c., e non ai sensi del comma 2, lett. a), del medesimo articolo», con la conseguenza che «il

che la possibilità ivi consentita di società a tempo indeterminato meritasse un'esplicita previsione legislativa. Ciò è avvenuto con il nuovo n. 13 dell'art. 2328, il quale, conformemente ai principi generali in tema di contratti, prevede in tal caso la possibilità di un recesso del socio e consente, al fine di garantire la serietà dell'impegno, che per il suo esercizio sia previsto un termine dilatorio di durata annuale».

³³¹ Cfr. sul punto PISCITELLO P., *Riflessioni sulla nuova disciplina del recesso nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, 518, TOFFOLETTO A., *L'autonomia privata e i suoi limiti nel recesso convenzionale del socio di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2004, 347.

³³² GRANELLI C., *Il recesso del socio nelle società di capitali alla luce della riforma societaria*, in *Società*, 2004, 146.

³³³ BUTTURINI P., *Le fattispecie legali di recesso introdotte dalla riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impr.*, 2, 2008, 354.

diritto di recesso può essere esercitato in qualunque momento, anche dai soci che hanno concorso all'approvazione della delibera, e con un preavviso di almeno 180 giorni, o del maggior termine statutariamente indicato»³³⁴.

Anche la dottrina, nel silenzio della norma, che non specifica se tale diritto vada riconosciuto a tutti i soci, ovvero esclusivamente ai soci che non hanno concorso all'approvazione delibera di modifica di durata della società, ha ritenuto che il diritto di recesso spetti anche al socio che ha contribuito con il suo voto alla deliberazione³³⁵, quale conseguenza del fatto che tale diritto spetta a tutti i soci della società costituita a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 2328, comma 2, n. 13, c.c..

In pratica la riforma è intervenuta sulla possibilità di introdurre la previsione di una durata indeterminata della società per azioni e, parallelamente, ha bilanciato la previsione prevedendo inderogabilmente il diritto di recesso del socio, da esercitarsi un termine di preavviso prestabilito e derogabile statutariamente entro un limite massimo.

In tal caso, così come nel caso di recesso del socio da società costituita *ab initio* a tempo indeterminato, il diritto può essere esercitato in qualunque momento, anche dai soci che hanno concorso all'approvazione della delibera, con un preavviso di almeno 180 giorni o entro il maggior termine previsto dallo statuto. In tal caso gli amministratori non sono tenuti a rispettare la previsione di cui all'art. 2437 *ter* c.c. circa la determinazione del valore di liquidazione delle azioni, che normalmente deve essere reso noto ai soci nei quindici

³³⁴ Comitato interregionale dei consigli notarili del Triveneto H.H.3 - (recesso e modifica della durata da determinata a indeterminata - 1° pubbl. 9/04), su www.notaitriveneto.it/.

³³⁵ CAMPOBASSO G., *La riforma delle società di capitali e cooperative*, op. cit., 165.

giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea, per consentire loro di prenderne visione ed eventualmente ottenerne copia.

Problemi di coordinamento potrebbero tuttavia sorgere nel caso in cui l'introduzione della modifica statutaria contenga un termine (necessariamente inferiore ad un anno) decorso il quale il socio potrà recedere, previsione quest'ultima che potrebbe essere ben coordinata con il terzo comma dell'art. 2437 c.c., interpretando un tale termine come preavviso.

Si distingue dal caso prospettato l'ipotesi di introduzione di un termine di durata in una società costituita *ab inizio* a tempo indeterminato. In tal caso non troverebbe applicazione il terzo comma dell'art. 2437 c.c., avendo una tale modifica l'effetto di eliminare una causa di recesso, con conseguente applicazione dell'art. 2437, comma 2, lett. e), che attribuisce ai soli soci che non hanno concorso alla adozione di tale delibera il diritto di recesso, da esercitarsi nel termine di quindici giorni dalla data della sua iscrizione nel registro imprese, ai sensi dell'art. 2437 *bis* c.c.³³⁶.

Diversamente, l'art. 2437, comma 2, lett. a), c.c. prevede che, salvo diversa previsione dello statuto, che può legittimamente derogarvi, hanno diritto di recedere i soci che non hanno concorso alla approvazione della delibera che prevede la proroga del termine di durata della società. La norma si riferisce alla proroga del termine da determinato a determinato. In questo caso il socio potrà recedere entro il termine "standard", ovvero entro 15 giorni dalla iscrizione del registro delle imprese della delibera.

Infatti, l'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* è espressamente riconosciuto solo a fronte della previsione di durata indeterminata della società, mancando, analogamente a quanto avviene nelle società di

³³⁶ Cfr. sul punto Cass. civ. Sez. I Sentenza, 22 aprile 2013, n. 9662, in *Società*, 7, 2013, 856.

persone (art. 2285 c.c.) e ormai esteso alle s.r.l.³³⁷, il riferimento all'ipotesi di società contratta per tutta la vita di uno dei soci. Sul punto segnaliamo il dibattito circa la questione se la previsione di una durata della società che ecceda la vita del socio sia equiparabile all'ipotesi di società contratta a tempo indeterminato anche nelle s.p.a. chiuse e se, conseguentemente, la presenza di una tale previsione legittimi l'esercizio del recesso *ad nutum* previsto dall'art. 2437 c.c.. In effetti, se la *ratio* della previsione è quella di evitare che il socio rimanga bloccato nella società per tutta la sua vita, sicuramente la previsione sarebbe applicabile anche alle s.p.a. e, in particolare, al socio persona fisica (escludendo dunque il socio a sua volta persona giuridica). La dottrina tende a dare soluzione negativa al quesito, sul rilievo che difetterebbero i presupposti per applicare analogicamente la disciplina prevista per le società di persone alle s.p.a., diversamente da quanto avviene nelle s.r.l.: ostano alla sua applicazione alla fattispecie *de quo* gli effetti della permanenza del rapporto, profondamente diversi circa il regime di responsabilità e l'esistenza di modalità alternative per uscire dalla società³³⁸. Ciò sarebbe infine confermato dalla circostanza che nelle società per azioni la proroga del termine (la norma non specifica, quindi si ritiene anche oltre la durata della vita del socio) è causa di recesso derogabile e quindi eliminabile dallo statuto.

³³⁷ Cfr. uno per tutti Trib. Roma Sez. Specializzata in materia di imprese, 22-10-2015, Sito *Il caso.it*, 2016, secondo cui: «va ricordato che al 2° comma del citato art. 2473 c.c. è prevista, come specifica fattispecie legale di recesso, l'ipotesi del recesso *ad nutum* (con preavviso) da parte dei soci nel caso di società costituita a tempo indeterminato e che a tale ipotesi, legislativamente codificata, va ricollegata, in base a condivisa giurisprudenza di legittimità e di merito, anche l'ipotesi della previsione di una durata della società che ecceda la vita media di un essere umano, tenuto conto dell'età anagrafica di tutti i soci o, secondo altra tesi, anche di uno solo; quindi l'ordinamento, ritenendo non tutelabili vincoli contrattuali di durata illimitata ovvero di durata oggettivamente superiore alla vita media dei soci o del singolo socio, consente in questi casi la libertà di recesso *ad nutum* con il solo onere del preavviso».

³³⁸ CAPPIELLO S., *Commento all'art. 2437*, in *Codice commentato delle nuove società*, G. Bonfante-D. Corapi-G. Marziale-R. Rordorf-V. Salafia (a cura di), Milano, 2004, 847, CALANDRA BUONAURO V., *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, I, 2005, 300.

4.2.5 *L'eliminazione di una o più cause di recesso*

L'art. 2437, lett. e), c.c. prevede che il diritto di recesso spetti ai soci che non hanno concorso all'approvazione della delibera avente ad oggetto l'eliminazione di una o più cause di recesso derogabile (in caso di cause inderogabili non è facoltà dello statuto contravvenire alla disciplina legale), siano esse quelle previste dal secondo comma della norma, ovvero la proroga del termine o l'introduzione/rimozione di vincoli alla circolazione delle azioni, siano esse previste direttamente dallo statuto, nell'ambito dell'autonomia prevista dal quarto comma.

Occorre ancora una volta precisare che la modifica della durata della società, nel senso di prevedere con apposita delibera assembleare il termine di durata di una società costituita a tempo indeterminato, avendo come effetto l'eliminazione di una causa di recesso, attribuisce ai soci che non hanno concorso alla adozione di tale delibera il diritto di recesso, da esercitarsi nel termine di quindici giorni dalla data dell'iscrizione nel registro imprese della delibera³³⁹.

4.2.6 *L'introduzione o la riduzione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari*

Pur riconoscendo la legge la possibilità per la maggioranza dei soci di introdurre o di eliminare c.d. “vincoli alla circolazione dei titoli azionari”, essa parallelamente riconosce al socio che non ha concorso ad approvare la relativa delibera il diritto di recedere ai sensi dell'art. 2437, comma 2, lett. b), c.c.. Trattandosi di una delle cause di recesso derogabile, essa può essere eliminata da una apposita previsione statutaria in tal senso, fermo in tal caso il diritto di recedere dal socio che non ha concorso ad approvarla.

³³⁹ Comitato interregionale dei consigli notarili del Triveneto, massima H.H.4 (recesso e modifica della durata da indeterminata a determinata - 1° pubbl. 9/04), su www.notaitriveneto.it/.

Mentre non si dubita del riconoscimento del diritto di recesso nel caso di inserimento o eliminazione *ex novo* di un vincolo alla circolazione delle azioni (ad esempio una clausola di prelazione), dubbi sorgono sul ricorrere o meno della causa di recesso laddove si modifichi una clausola statutaria preesistente incidendo sulla sua effettiva portata.

Ad esempio, la giurisprudenza ha riconosciuto il ricorrere dell'ipotesi di recesso nel caso in cui era stata modificata la clausola statutaria che già prevedeva, nel caso di cessione delle azioni a terzi per atto tra vivi, il diritto di prelazione e quello di gradimento dei soci, introducendo la riscattabilità delle azioni cadute in successione. Il giudice ha appunto ritenuto che costituendo il riscatto *ex art. 2431 sexies c.c.* un vincolo al trasferimento *mortis causa* dei titoli azionari, risulta integrata la causa legale di recesso di cui alla lettera b) del secondo comma dell'art. 2437 c.c.³⁴⁰.

Parimenti è stato ritenuto sussistere il diritto di recesso del socio che non aveva concorso ad approvare la deliberazione con la quale il socio di maggioranza modificava lo statuto della società introducendo una clausola di prelazione impropria, con contemporanea esclusione del diritto di recesso del socio dissenziente³⁴¹.

³⁴⁰ Trib. Milano Sez. VIII, 30-04-2008, in *Giur. It.*, 8-9, 2008, 1944. Più di recente sempre il Tribunale di Milano si è espresso sul punto, affermando che: "In tema di azioni riscattabili trova applicazione il procedimento camerale *ex art. 2437*, comma 6, c.c., stante l'espresso richiamo che il legislatore effettua, nei limiti della compatibilità, alla disciplina del recesso e sussistendo, anche nell'ipotesi del riscatto, le stesse ragioni di celerità e urgenza che sono alla base dell'introduzione della suddetta procedura" (Tribunale Milano, 17-11-2017, in *Società*, 2018, 10, 1144 nota di Faggiano).

³⁴¹ Tribunale Vicenza, 31/10/2005, in *Giur. comm.*, II, 2, 2007, 390, nota di Santoro. In realtà la pronuncia è altresì rilevante in punto di qualificazione come abusiva della posizione del socio di maggioranza. In particolare il tribunale ha ritenuto annullabile per abuso di potere, la deliberazione con la quale il socio di maggioranza aveva modificato lo statuto introducendo una clausola di prelazione impropria, con contemporanea esclusione del diritto di recesso del socio dissenziente, nell'ambito dell'adeguamento dello statuto alla Riforma del diritto societario al solo scopo di impedire il verificarsi della causa di recesso di cui all'art. 2437, lett. b), c.c. (introdotto appunto con la riforma).

Si distingue dall'ipotesi di recesso appena commentata, la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2355 *bis* c.c., rubricato "Limiti alla circolazione delle azioni", laddove viene previsto che le clausole statutarie che subordinano il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci sono inefficaci se non prevedono il diritto di recesso dell'alienante (o, in alternativa, l'obbligo di acquisto). Il caso cui fa riferimento la norma è quello in cui venga prevista una clausola di mero gradimento al trasferimento delle azioni. Nel caso in cui il gradimento mero venga negato lo statuto deve parallelamente prevedere il diritto di recesso del socio o, in alternativa, l'obbligo di acquisto da parte della società. In altre parole deve sempre essere riconosciuto al socio che intende alienare la propria partecipazione il diritto di uscire dalla società ad un prezzo che è considerato equo. Infatti, in mancanza di tale previsione, la clausola di mero gradimento è inefficace nei confronti del socio alienante³⁴². Ad ogni modo, sia in caso di acquisto da parte della società che di recesso, il prezzo sarà determinato facendo riferimento ai criteri legali previsti per il recesso ai sensi dell'art. 2437 *ter* c.c., e ciò anche laddove il prezzo pattuito per la prima alienazione, a fronte della quale è stato negato il gradimento, fosse stato molto superiore.

4.3. Il recesso quale conseguenza del mutato valore economico della partecipazione del socio

4.3.1. La modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso

Il ricorrere di questa ulteriore causa di recesso dipende dalla modifica ai criteri di determinazione del valore delle azioni nel caso in

³⁴² Rientrano tra le clausole di mero gradimento rilevanti ai fini della norma in esame non soltanto i trasferimenti *inter vivos*, ma ai sensi dell'art. 2355 *bis*, 3 c.c., a qualsiasi clausola che sottoponga a particolari condizioni il trasferimento a causa di morte delle azioni.

cui l'*exit* venga esercitata. Non si tratta di una modifica che impedisce al socio di uscire dalla società, ma che determina che il disinvestimento avvenga con modalità differenti, non necessariamente deteriori. L'autonomia statutaria può infatti modificare il criterio di determinazione del valore delle azioni sia *in peius* che *in melius*, nel primo caso a svantaggio del socio recedente e vantaggio dei soci "superstiti", nel secondo caso a vantaggio dei soci che non intendono esercitare il diritto e a svantaggio del socio che intende disinvestire. L'introduzione della modifica può dunque avere un duplice effetto: in caso di modifica *in melius* può indurre il socio, prima intenzionato a disinvestire, ad attendere che la modifica sia effettiva (una volta terminate le formalità previste per l'iscrizione della delibera) e rimanere nella società in vista del verificarsi di una nuova causa (se la durata della società è a tempo indeterminato potrà avvenire in qualsiasi momento) e, in caso di modifica peggiorativa, ad indurre il socio indeciso ad esercitare immediatamente il diritto di *exit* dalla società che vuole disincentivare la sua uscita.

In ogni caso, trattandosi di una causa di recesso indisponibile, la modifica non potrebbe rendere più gravoso l'esercizio del diritto, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2437 c.c..

Il dato normativo, diversamente da quanto prevede in tema di modifiche all'oggetto sociale, che devono essere significative, non prevede alcuna modifica quantitativa, di tal che rimane il dubbio se tale principio possa essere applicabile alla fattispecie *de quo*, ovvero se solo le modifiche significative dei criteri di calcolo possano configurare la causa di recesso. Nel silenzio del legislatore che *tam dixit quam voluit* sembra preferibile optare per la soluzione negativa.

4.3.2. La revoca dello stato di liquidazione

Hanno diritto di recedere per tutto o parte delle loro azioni i soci che non hanno concorso all'approvazione della delibera avente ad oggetto la revoca dello stato di liquidazione.

Ai sensi dell'art. 2487 *ter* c.c., infatti, la società può in ogni momento deliberare la revoca dello stato di liquidazione, previa eliminazione della causa di scioglimento, purché la relativa delibera sia adottata con le maggioranze richieste per le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto. La revoca ha effetto trascorsi sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera, termine entro il quale, i creditori anteriori all'iscrizione possono fare opposizione.

Dunque, il legislatore ha inteso prevedere, in presenza di una disciplina che vuole attribuire ad una maggioranza qualificata il potere di revocare lo stato di liquidazione, una tutela maggiorata non soltanto al socio ma anche al creditore. Ciò determina il diritto di opposizione in capo al creditore, che vede così allontanarsi il momento di soddisfazione del proprio credito nei confronti della società, e in capo al socio, che non trova soddisfatta la propria volontà di disinvestire e uscire dalla società. Il diritto di recesso, similmente in questo caso al diritto di opposizione, intendono quindi bilanciare gli effetti della volontà espressa dalla maggioranza, pesando le istanze di tutela dei soggetti estranei alla decisione e conferendo una tutela qualificata anche ad essi.

4.3.3. La revisione di stima dei conferimenti

Ancora, l'art. 2343, comma 4, c.c., che disciplina la stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti, nel caso in cui risulti che il valore dei beni o dei crediti conferiti sia inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento, dispone che, in tale ipotesi, la società debba proporzionalmente ridurre il capitale sociale annullando

le azioni che risultino scoperte, lasciando l'alternativa al socio di versare la differenza in denaro o recedere dalla società³⁴³.

La norma intende tutelare il socio a fronte dell'accertata insussistenza di presupposti in base ai quali lo stesso aveva espresso la volontà di sottoscrivere l'atto costitutivo (art. 2343 c.c.), ovvero un successivo aumento di capitale (art. 2440 c.c.). La riforma ha inteso individuare un punto di equilibrio tra l'interesse alla effettiva formazione del capitale sociale (garantito dalle procedure di valutazione dei conferimenti in natura) e l'interesse del socio a non acquisire una partecipazione di valore inferiore rispetto a quello concordato in sede di atto costitutivo o di successiva sottoscrizione dell'aumento di capitale. La disciplina, dunque, riprende il meccanismo già noto di controllo dell'effettiva formazione del capitale sociale suddiviso in due fasi, una di verifica preventiva in fase di costituzione della società³⁴⁴, l'altra di controllo successiva al perfezionamento dell'atto costitutivo, ovvero alla sottoscrizione dell'aumento di capitale³⁴⁵. Solo nel caso in cui l'esito del controllo successivo renda opportuna la revisione della stima effettuata, e da tale revisione dovesse risultare che il valore dei beni o dei crediti conferiti sia inferiore di oltre un quinto a quello per cui è avvenuto il conferimento, al socio conferente viene rimessa (come previsto anche nella precedente disciplina) la scelta tra: versare la differenza in danaro, conservando

³⁴³ A queste cause se ne aggiungono altre previste espressamente per le società quotate, quali ad esempio l'art. 2437-*quinquies*, che riconosce ai soci delle società quotate il diritto di recesso in caso di *delisting*. Se le azioni sono quotate in mercati regolamentati, così dispone la norma, hanno diritto di recedere i soci che non abbiano concorso alla deliberazione che comporta l'esclusione dalla quotazione.

³⁴⁴ L'art. 2343, 1 c.c. prevede che il socio conferente debba presentare una «relazione giurata di un esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede la società, contenente la descrizione dei beni o dei crediti conferiti, l'attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo e i criteri di valutazione seguiti».

³⁴⁵ L'art. 2343,3 c.c. prevede che: «Gli amministratori devono, nel termine di centottanta giorni dalla iscrizione della società, controllare le valutazioni contenute nella relazione indicata nel primo comma e, se sussistano fondati motivi, devono procedere alla revisione della stima».

quindi inalterata la propria partecipazione, recedere dalla società. Ove non voglia optare per una delle due soluzioni la società, di *default*, deve annullare le azioni che risultano scoperte, diminuendo conseguentemente la partecipazione del socio nella società;

Nel caso in cui il socio decida di versare la differenza, la tutela della partecipazione del socio nella misura originariamente definita e del capitale sociale è effettiva, laddove nel caso in cui il socio nulla intenda fare, l'effettività del capitale sociale e la posizione del socio sarebbero tutelate attraverso una ripartizione del sacrificio (da un lato viene ridotto il capitale sociale, dall'altro viene ridotta la partecipazione del socio).

Può dirsi, viceversa, che l'ipotesi del recesso del socio conferente determini unicamente un sacrificio dell'effettiva formazione del capitale sociale, che verrà conseguentemente ridotto in misura pari all'ammontare sottoscritto dal socio conferente, con restituzione, ove possibile, del conferimento, anche parziale. Sembra dunque che la riforma abbia fatto propria quella interpretazione che privilegiava l'interesse individuale del socio conferente al disinvestimento rispetto al contrapposto interesse corporativo all'integrità del patrimonio sociale, nonostante la precedente disciplina prevedesse come ipotesi normale la restituzione in natura del bene conferito e solo come eccezionale la possibilità di liquidare in denaro la quota del recedente³⁴⁶.

5. *Le ulteriori ipotesi di recesso previste dall'autonomia statutaria*

Come anticipato, la riforma, al quarto comma dell'art. 2437 c.c. ha introdotto la possibilità per l'autonomia statutaria delle società che

³⁴⁶ Cfr. sul punto GRANELLI C., *Il recesso del socio nelle società di capitali alla luce della riforma societaria*, op. cit., 143.

non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio di prevedere ulteriori cause di recesso.

La norma non prevede alcuna limitazione all'autonomia privata, salvo quelle generali necessariamente applicabili, quale il rispetto di norme imperative. Conseguentemente l'atto costitutivo e/o lo statuto potranno legittimamente prevedere il diritto di recesso, oltre che nelle ipotesi previste dalla legge: «(i) al verificarsi di (altri) determinati eventi, siano essi rappresentati da deliberazioni di organi sociali, ovvero da atti o fatti diversi, di qualsiasi natura; (ii) al verificarsi di una "giusta causa", non specificamente determinata dall'atto costitutivo o dallo statuto; (iii) al mero volere del socio recedente (c.d. recesso "*ad nutum*")»; salva la necessità, in quest'ultimo caso, del preavviso di almeno 180 giorni, previsto dagli artt. 2437, comma 3, c.c., e 2473, comma 2, c.c. »³⁴⁷.

Sembra dunque che la dottrina abbia accolto la soluzione positiva al quesito sulla possibilità per lo statuto di introdurre clausole recanti il recesso *ad nutum* del socio. Si è infatti ritenuto che laddove il legislatore abbia inteso attribuire all'autonomia statutaria la facoltà di individuare liberamente ipotesi di recesso convenzionale, abbia in effetti voluto introdurre vere e proprie ipotesi di disinvestimento, purché nel rispetto delle condizioni procedurali di cui agli articoli 2437 e ss. c.c.. Diversamente dal modello tradizione, che considerava la risoluzione del rapporto evento eccezionale, il socio può quindi determinarsi liberamente di sciogliersi dal vincolo, in presenza di una clausola in tal senso³⁴⁸.

³⁴⁷ Consiglio notarile di Milano, Massima 74.Cause convenzionali di recesso (artt. 2437 e 2473 c.c.), 22 novembre 2005, in www.consiglionotarilemilano.it/.

³⁴⁸ TRIMARCHI G.A.M., *Autonomia statutaria privata e recesso dalle società di capitali*, in *Notariato*, 2, 2017, 123, secondo cui: «D'altra parte, quando il legislatore ha voluto fare ricorso al concetto di "giusta causa" per determinare l'esistenza di un principio di stabilizzazione delle partecipazioni sociali lo ha fatto espressamente (cfr. art. 2285, comma 2, c.c. per le società di persone, ovvero in tema di esclusione da S.r.l.,

Sarà sempre l'autonomia statutaria a decidere se attribuire il diritto di recesso statutariamente previsto alla generalità dei soci, ovvero ad una o più categorie di azioni.

Sono state individuate, tra le ipotesi di recesso convenzionale: il mancato raggiungimento di determinati risultati economici, la revoca/mancato rinnovo di licenze o accordi commerciali, la modifica del sistema di amministrazione, la costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare, la stipula di contratti di finanziamento per importi superiori ad una determinata percentuale del capitale sociale³⁴⁹.

6. La procedura di liquidazione e la contestazione del valore

Come anticipato, la disciplina del recesso assume nuovo vigore con la riforma del diritto societario: la previsione di numerose cause di recesso anche statutarie e l'introduzione di criteri di determinazione del valore delle azioni, che tengano conto dell'effettivo valore del patrimonio sociale, sono stati ritenuti efficaci strumenti di tutela a favore dei soci, in particolare nei confronti di scelte della maggioranza che modifichino "le regole del gioco"³⁵⁰.

Per determinare il *quantum* che spetta al socio che recede da una società per azioni l'art. 2437 *ter* c.c. specifica che il valore di liquidazione delle azioni è determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione

art. 2473 *bis* c.c.) ciò che non risulta replicato per il recesso. Né la circostanza per cui il recesso *ad nutum* sia stato previsto per le sole ipotesi di società contratte a tempo indeterminato arreca alcun contributo alla ricostruzione qui avversata, dal momento che con tali previsioni il legislatore s'è limitato ad assicurare ipotesi di recesso legale senza con ciò impedire (o proporsi di inibire) che la modalità *ad nutum* potesse essere un'ipotesi di recesso convenzionale. Se ne può ricavare che le clausole di recesso *ad nutum* appaiono pienamente legittime tanto nelle S.p.a. quanto nelle S.r.l. Va inoltre ribadito che, appartenendo tali clausole all'area del recesso convenzionale, per esse l'autonomia privata sia libera di articolare il contemperamento degli interessi in gioco come meglio ritenga, non ravvisandosi alcun limite al riguardo».

³⁴⁹ GABELLI M., *S.P.A. - Recesso*, in *Società* (AA. VV.), Milano, 2016, 823.

³⁵⁰ CAGNASSO O., *Le modificazioni statutarie e il diritto di recesso*, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, Volume IV, Tomo I, Padova, 2010, 954.

legale dei conti (quando questa funzione non sia affidata al collegio sindacale *ex art. 2409 bis c.c.*). Nella valutazione gli amministratori devono tenere conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni. È fatta salva la possibilità per lo statuto di stabilire criteri diversi per la determinazione del valore di liquidazione, indicando, in particolare, gli elementi dell'attivo e del passivo che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio e i criteri di rettifica, nonché gli elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione.

Il vecchio testo della disposizione faceva riferimento, nella determinazione del valore di liquidazione della quota, al valore del patrimonio netto risultante dal bilancio di esercizio, il che determinava l'impossibilità di dedurre contabilmente il valore effettivo del patrimonio netto, a vantaggio dei soci non recedenti, che avrebbero viste arricchite le proprie quote³⁵¹.

Sul punto, la relazione alla riforma chiarisce l'intento del legislatore, precisando che: «all'art. 2437 ter le modalità di determinazione del valore della quota del recedente, fortemente penalizzanti nell'attuale disciplina, costituiscono grave problema, trattandosi di conciliare un atto, ed un intento, liquidatorio, quale quello del socio, con i caratteri di una società, di un'impresa, in esercizio, e le due prospettive: liquidazione e continuità sono in contrasto. Per l'ipotesi che nulla lo statuto preveda si è fatto riferimento alla “consistenza patrimoniale”, volendo così indicare la non vincolatività dei dati contabili, e alle “prospettive reddituali”, come elemento correttivo della situazione patrimoniale; il riferimento ad un valore di mercato è eventuale. Si è però previsto che lo statuto, allora a seconda il diverso assetto delle varie società, possa dare indicazioni analitiche

³⁵¹ FERRI G. JR., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001.

di quali poste rettificare, e sui criteri di rettifica. In questo caso potrà tenersi conto, se statutariamente indicato, anche, ad esempio, dell'avviamento»³⁵².

A fronte delle modifiche intervenute è stato evidenziato come la nuova disciplina tenda a valorizzare la partecipazione del socio recedente, che dovrebbe ricevere il valore effettivo della sua partecipazione, così come farebbe allocandola sul mercato in caso di trasferimento³⁵³, in questo senso i criteri di liquidazione non appaiono più penalizzanti, ma “equi” se considerati rispetto al valore di realizzo ricavato dalla vendita di quella quota sul mercato³⁵⁴.

A tale riguardo parte della dottrina ha rappresentato come gli amministratori debbano determinare il valore di liquidazione delle azioni sulla base: i) della consistenza patrimoniale della società, calcolata sulla base di una valutazione delle attività/passività a valori correnti, ii) delle sue prospettive reddituali, nonché iii) dell'eventuale valore di mercato delle azioni, individuato sulla base del prezzo al quale le azioni della società sono state vendute in un lasso di tempo ravvicinato alla data della delibera che legittima il recesso. In mancanza di indicazione normativa *ad hoc* si ritiene che sia necessaria, una situazione patrimoniale della società, aggiornata ad una data non anteriore a 120 giorni dalla data di convocazione dell'assemblea che ha legittimato il recesso (in applicazione analogica dell'art. 2501 *quater* c.c.), ovvero dalla data in cui si è verificato il fatto legittimante il recesso (nel caso in cui esso non sia stato determinato

³⁵² Relazione Ministeriale al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, Paragrafo 9, Della disciplina del recesso.

³⁵³ DI CATALDO V., *Il recesso del socio di società per azioni*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), III, Torino, 2007, 233.

³⁵⁴ VENTORUZZO M., *Recesso e valore delle partecipazioni nelle società di capitali*, Milano, 2012, 62.

dall'approvazione della delibera), ovvero dalla dichiarazione di recesso nel caso di recesso *ad nutum*³⁵⁵.

Tanto precisato rimangono ancora labili i confini entro cui individuare il valore di liquidazione della quota. In effetti, non manca chi evidenzia come il legislatore, pur con l'intento di valorizzare la partecipazione in modo tale che essa sia in linea teorica, allineata al valore reale della quota, non abbia necessariamente inteso ancorarlo necessariamente al suo valore di mercato. Ciò in quanto, pur avendo svincolato il valore di liquidazione dal valore contabile del patrimonio, non chiarisce a quale diverso valore debba farsi riferimento nel calcolo, operando la norma (art. 2437 *ter* c.c.) un riferimento al termine "valore" in senso generico. Non sono infatti precisati i quattro profili qualificanti la valutazione, rispetto ai quali l'art. 2437 *ter* c.c. nulla dice e, in mancanza dei quali, il processo di valutazione, indeterminato *ex ante*, rischia di sfociare *ex post* in arbitrio, ovvero: i) la data di riferimento della valutazione (sulla quale è stata già anticipata la soluzione); ii) l'unità di valutazione; 3) la configurazione di valore ricercata; 4) gli approcci valutativi da seguire (rispetto ai quali la norma si limita ad affermare che nella stima si debba tenere conto «della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni»)³⁵⁶.

In questa ottica, l'autore individua quale unità di valutazione di riferimento all'azienda nel suo complesso, escludendo che la norma possa diversamente fare riferimento alla singola partecipazione del recedente (ogni socio ha una partecipazione di consistenza diversa, ulteriormente disomogeneizzata dalla possibilità di esercitare il recesso parziale), ovvero al singolo titolo azionario (il cui valore nominale non tiene conto delle altre consistenze che formano

³⁵⁵ GABELLI M., *S.P.A. - Recesso*, op. cit., 827.

³⁵⁶ BINI M., *Il valore di liquidazione delle azioni di società non quotate a fini di recesso*, in *Società*, 2014, 11 Supplemento, 14.

l'azienda). Questa impostazione determinerebbe l'inapplicabilità di sconti di minoranza o di premi di maggioranza, in contrasto con la giurisprudenza più recente che, per quanto criticata, afferma che: «È legittimo, al fine di tenere in adeguato conto tutti i parametri normativamente imposti dall'art. 2437-ter, comma 2, c.c. e alla luce dei "dati di mercato" relativi a transazioni aventi a oggetto pacchetti azionari di minoranza di società non quotate con un assetto azionario simile a quello della società di cui si tratta, dare ingresso, nella valutazione delle azioni per cui è esercitato il recesso, al c.d. "sconto di minoranza", non dovendosi al contrario ritenere che al socio receduto vada assicurato in ogni caso un importo non inferiore a quello che gli spetterebbe, pro quota, nell'ipotesi di liquidazione della società»³⁵⁷.

L'incertezza che deriva dal quadro delineato è accentuato ancor di più dalla circostanza che l'art. 2437 ter, comma 2, c.c. operi un richiamo al metodo patrimoniale, al metodo reddituale e a quello fondato sul valore di mercato delle azioni (ovvero sui più diffusi sistemi di valutazione delle aziende)³⁵⁸.

Al riguardo, la giurisprudenza citata, richiamando i parametri indicati dall'art. 2437 ter, comma 2, c.c. precisa come, nella valutazione della quota, si debba innanzitutto utilizzare un valore di patrimonio netto rettificato, effettuando una valutazione delle attività e delle

³⁵⁷ Trib. Roma Sez. III, 05-03-2013, in *Corriere Giur.*, 2013, 11, 1396, nota di Rossi. La fattispecie, in disparte le questioni processuali per le quali si rimanda alla pronuncia, riguardava la contestazione da parte di uno dei soci recedenti della valutazione effettuata dall'esperto circa il valore della partecipazione. In particolare il socio recedente denunciava la manifesta iniquità ed erroneità della stima sul rilievo che: i) il perito aveva utilizzato metodi difformi per la stima del patrimonio sociale (il metodo *patrimoniale* per il ramo immobiliare dell'azienda e quello *reddituale* per il ramo navale); ii) e l'applicazione di un ulteriore sconto di minoranza al valore della partecipazione così individuata.

³⁵⁸ Cfr. per una analisi approfondita dei criteri richiamati, ovvero il metodo patrimoniale o analitico/patrimoniale, il metodo reddituale o sintetico/reddituale, il metodo di valutazione dell'azienda in base al valore di mercato delle azioni REBOA M., *Criteri di stima delle azioni in caso di recesso del socio: alcune riflessioni sull'articolo 2437 ter c.c.*, in *Dialoghi tra giuristi e aziendalisti in tema di operazioni straordinarie*, M. Notari (a cura di), Milano, 2008, 399 ss.

passività a valori correnti, ulteriormente corretto applicando il paramento delle prospettive reddituali, valore soggetto ad ulteriori ed eventuali aggiustamenti anche in ragione del valore di mercato delle azioni. Tale valore, precisa la giurisprudenza, può essere ricavato da diversi elementi, quali ad esempio il prezzo delle stesse azioni in transazioni effettuate in un arco temporale ravvicinato o il valore di mercato dei titoli di partecipazione di imprese operanti nello stesso settore o con caratteristiche analoghe.

I criteri riportati non si trovano in rapporto gerarchico tra di loro, di tal che è rimessa al soggetto preposto ad effettuare la stima, la valutazione circa le modalità concrete di interazione dei tre parametri (patrimoniale, reddituale e di mercato), incidendo sulla valutazione anche le caratteristiche dell'impresa. La valorizzazione dell'elemento reddituale, quale correttivo del dato patrimoniale, si impone ogni qualvolta la stima abbia ad oggetto una società attiva ed operante, diversamente dal caso in cui si tratti di patrimonio in liquidazione³⁵⁹.

Come anticipato, l'autonomia statutaria, ai sensi dell'art. 2437 *ter*, comma 4, c.c., può stabilire criteri di liquidazione diversi da quelli previsti dalla legge, purché in tal caso lo statuto indichi: i) gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio e i relativi criteri della rettifica;

³⁵⁹ Osserva sul punto ROSSI M., *Sulla valutazione delle azioni in caso di recesso*, in *Corriere Giur.*, 11, 2013, 1396: «Sono due, a ben vedere, gli esiti di questa impostazione: il primo è che il Tribunale appare muovere dal convincimento che la valutazione del patrimonio, o di alcune sue componenti, possa essere operata impiegando anche soltanto uno fra i criteri indicati nell'art. 2437 *ter*, comma 2, c.c., ossia, nel caso specifico, il metodo reddituale: dunque, che la funzione correttiva di quest'ultimo possa spingersi sino a disapplicare integralmente il metodo analitico patrimoniale; il secondo è che il Collegio sembra impostare il problema della scelta fra i diversi criteri sul rapporto fra l'interesse del socio che recede alla massimizzazione del valore della quota di liquidazione, e quello dell'impresa alla conservazione del valore del patrimonio, in funzione della prosecuzione dell'attività, manifestando una preferenza per la rafforzata tutela del secondo», cui si rimanda anche per una analisi della prospettiva di liquidazione individuale del socio contrapposta alla liquidazione collettiva».

ii) gli altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione. Il socio che non ha concorso all'approvazione della delibera di modifica dei criteri ha diritto di recedere dalla società³⁶⁰.

I soci hanno diritto di conoscere il valore così determinato, ai sensi del quinto comma della stessa norma, nei quindici giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea, possono prenderne visione ed eventualmente estrarne copia a proprie spese. In ogni caso è valida l'assemblea convocata con all'ordine del giorno le delibere legittimanti il recesso, pur senza aver preventivamente determinato il valore delle azioni, ai sensi dell'art. 2437 *ter* c.c., nel caso in cui i soci vi abbiano rinunciato all'unanimità³⁶¹.

Diversamente, in assenza della stima preventiva da parte degli amministratori, la delibera successivamente approvata sarebbe invalida sotto il profilo del difetto di informazione e dell'esercizio non consapevole del diritto di recesso³⁶², di tal che il socio receduto è legittimato ad impugnare la delibera assembleare che ha costituito il

³⁶⁰ Cfr. sul punto Cass. civ. Sez. I, 15-07-2014, n. 16168, CED Cassazione, 2014, secondo cui «È valida la clausola statutaria che preveda che la consistenza patrimoniale della società, alla quale fa riferimento l'art. 2437 *ter*, secondo comma, c.c. ai fini della liquidazione della partecipazione in caso di recesso del socio (ovvero, in virtù del richiamo di cui all'art. 2355 bis, terzo comma, c.c., nell'ipotesi di prelazione nella circolazione "*mortis causa*"), venga valutata secondo un criterio che tenga conto dell'utilizzo dei cespiti nella prospettiva della continuità aziendale (cosiddetto "*going concern*") atteso che, da un lato, la valutazione della consistenza patrimoniale può essere effettuata secondo una molteplicità di criteri, sicché la scelta statutaria del criterio del "*going concern*" non può ritenersi adottata in violazione di legge, mentre, dall'altro, tale criterio si mostra coerente con la condizione dei beni organizzati in azienda, il cui valore complessivo non si risolve nella somma del valore statico dei singoli beni, ma è inevitabilmente influenzato dalla prospettiva della continuazione dell'attività».

³⁶¹ In questo senso Comitato interregionale dei consigli notarili del Triveneto H.H.2 - (obbligatorietà della determinazione del valore delle azioni *ex* art. 2437 *ter* c.c. - 1° pubbl. 9/04), su www.notaitriveneto.it/.

³⁶² Nel senso del riconoscimento al socio che intenda impugnare la delibera che legittima l'esercizio del diritto di recesso la facoltà di sottoporre la propria dichiarazione di recesso alla condizione sospensiva dell'accertamento giudiziale della validità della delibera stessa SALAFIA V., *Il recesso del socio e l'impugnazione della delibera che lo giustifica*, in *Società*, 7, 2011, 789.

fondamento dell'esercizio del suo diritto di recesso e a chiederne la sospensione in sede cautelare³⁶³.

Nonostante l'art. 2437 *ter*, comma 5, c.c., faccia riferimento alle sole ipotesi di recesso conseguenti all'adozione di determinate delibere assembleari, la norma reca un principio avente carattere generale, con la conseguenza che nelle altre ipotesi di recesso dovrà essere lo statuto a prevedere il termine per la comunicazione del valore delle azioni.

Il socio, contestualmente alla dichiarazione di recesso potrà contestare il valore di liquidazione assegnato, in tal caso il valore verrà determinato entro i novanta giorni successivi, tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale su istanza della parte più diligente (socio o amministratore). L'esperto provvede anche sulle spese.

L'esperto dovrà operare la propria valutazione utilizzando il metodo previsto dallo statuto o, in mancanza, dalla legge, nel rispetto all'art. 1349, comma 1, c.c., espressamente richiamato dall'art. 2437 *ter* c.c.³⁶⁴.

Con tale richiamo il legislatore ha inteso individuare i criteri a cui l'esperto dovrà uniformarsi nella propria valutazione, ovvero esso dovrà procedere con equo apprezzamento, di tal che se l'esperto non formula la propria determinazione o questa appare manifestamente erronea od iniqua (è sufficiente che ricorra uno dei due requisiti), sarà il giudice ad intervenire sostituendosi all'esperto nella valutazione. In mancanza di una stima definitiva circa il valore delle azioni, non si può procedere alla loro offerta presso soci o terzi, né alle successive tappe della procedura di liquidazione delle azioni³⁶⁵.

³⁶³ Trib. Napoli Sez. VII Ordinanza, 14-01-2011, in *Società*, 2011, 3, 351.

³⁶⁴ Nel richiamo all'art. 1349, comma 1, c.c. la dottrina ha rinvenuto un chiaro esempio di "arbitraggio", più precisamente un caso di "*arbitrium boni viri*". Cfr. sul punto GALGANO F., *Il diritto commerciale in 25 lezioni*, Milano, 2007, 290, e FERRARA G. JR-CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, op. cit., 637.

³⁶⁵ Trib. Tivoli Decreto, 19-01-2011, in *Società*, 4, 2011, 475.

Partendo dall'inquadramento dell'istituto del recesso non più come rimedio di ultima istanza ma come ipotesi di disinvestimento alternativa rispetto alla cessione delle azioni sul mercato, al prezzo individuato in base a criteri di liquidazione delle azioni non più penalizzanti (ricordiamo che nella disciplina pre riforma il calcolo era basato sul patrimonio sociale "contabile", non evidenziante plusvalenze e redditualità) e attraverso un procedimento che tenga conto delle istanze di tutela anche di terzi tra cui in particolar modo del creditore, la giurisprudenza ha affermato che «il (secco) richiamo al primo comma dell'art. 1349 c.c. operato dall'ultimo comma dell'art. 2437 ter c.c. va rapportato - a pena, altrimenti, di un non infondato dubbio di incostituzionalità del risultato interpretativo che verrebbe a contrastare con i principi ex artt. 3 e 24 Cost. - alle linee generali della disciplina in tema di recesso del socio». La conseguenza di una tale impostazione sarebbe nel senso che la valutazione circa l'erroneità della valutazione dell'esperto, essendo effettuata da un professionista dotato di specifiche competenze ed essendo altresì vincolata a criteri oggettivi volti ad una valorizzazione tendenzialmente adeguata ai valori di mercato, dovrà essere condotta in relazione alle regole tecniche sottese all'operato dell'esperto e non in riferimento a nozioni di comune esperienza³⁶⁶.

In questa ottica deve essere interpretato il termine "manifesto" richiesto dal primo comma dell'art. 1349 c.c., che andrà rapportato alla evidenza dell'errore rispetto alle conoscenze di settore proprie dell'esperto e di chi, fornito delle medesime competenze, legga il suo elaborato e che si riferirebbe sia alla eventuale iniquità che alla erroneità nella determinazione³⁶⁷.

³⁶⁶ Trib. Milano Sez. Specializzata in materia di imprese, Sent., 16-08-2013, in *Giur. It.*, 2014, 3, 632, nota di Russo.

³⁶⁷ La dottrina è tendenzialmente unanime sul punto, salvo segnalare il parere discordante di BIANCA M., *Diritto civile*, 3, Milano, 2000, che riferisce l'avverbio "manifestamente" alla sola iniquità, escludendo la rilevanza rispetto all'erroneità della valutazione.

La manifesta iniquità di cui al primo comma dell'art. 1349 c.c. è stata considerata coincidente con la sproporzione *ultra dimidium* di cui all'art. 1148 c.c., nonostante la giurisprudenza talvolta non abbia ritenuto il principio condivisibile, in quanto non fondato su alcun dato testuale e contraddetto dal carattere aperto del primo comma della norma (art. 1349 c.c.), che fa riferimento alla clausola generale della manifesta iniquità senza tuttavia delimitarla in alcun modo.

Secondo altra giurisprudenza, l'erroneità manifesta alla quale fa riferimento l'art. 1349 c.c. deve in ogni caso risultare dall'atto, non essendo sufficiente che essa sia desumibile da elementi estranei³⁶⁸.

La stessa giurisprudenza, quanto invece al diverso profilo della manifesta iniquità, la vuole coincidente con la sproporzione *ultra dimidium* di cui all'art. 1418 c.c., impostazione quest'ultima, come detto, non condivisa dal Tribunale di Milano riportato che rileva come dal dato testuale non emerga alcun indizio in tal senso³⁶⁹.

Sempre con riferimento a tale profilo è stato altresì rinvenuta la manifesta iniquità nella «rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte, determinate attraverso l'attività dell'arbitratore».³⁷⁰

La dottrina ha rinvenuto, tra gli indici della manifesta iniquità, la determinazione che comporti un notevole sacrificio dell'interesse di una parte, senza che questo possa giustificarsi nell'economia del contratto³⁷¹.

La giurisprudenza ha ritenuto essere manifestamente iniquo il responso ingiusto, apertamente contraddittorio o comunque

³⁶⁸ Cass. 30 dicembre 2004, n. 24183, in *Contratti*, 7, 2005, 668.

³⁶⁹ In dottrina non divide il ragionamento della Suprema Corte neppure FARNETI M., *Equo apprezzamento e manifesta iniquità dell'arbitraggio*, in *Nuova Giur. Comm.*, II, 2006, 324.

³⁷⁰ Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in *Rep. Foro It.*, 2005.

³⁷¹ BIANCA M., *Diritto civile*, op. cit., 334.

incongruo³⁷², in cui sia ravvisabile l'assenza di «proporzione tra il giudizio» dell'arbitro e gli elementi di fatto, purché tale sproporzione non sia «riconducibile a giustificati criteri soggettivi di valutazione» scelti dall'arbitro stesso³⁷³.

Dal punto di vista processuale, «La pendenza del procedimento camerale per la stima del valore della quota del socio receduto rende improcedibile la domanda proposta in sede ordinaria tesa all'accertamento e alla liquidazione del valore della quota stessa»³⁷⁴.

Il valore della determinazione della quota in base al quale gli amministratori depositano l'offerta diventa definitivo nel caso di: i) dichiarazione congiunta degli organi sociali e del recedente; ii) qualora il socio recedente non abbia contestato il valore fissato dagli amministratori in sede di comunicazione di recesso; iii) in caso di contestazione da parte del socio recedente circa il valore determinato dagli amministratori, laddove sia intervenuta la relazione giurata dell'esperto ai sensi dell'articolo 2437 ter c.c., redatta entro novanta giorni dall'esercizio del diritto di recesso³⁷⁵.

Quanto infine alla procedura di liquidazione, essa è disciplinata dall'art. 2437 *quater* c.c. rubricato appunto “procedimento di liquidazione”³⁷⁶. La norma prevede un obbligo principale a carico degli

³⁷² Cass., 12 ottobre 1960, n. 2665, in *Giust. Civ.*, 1965, I, 2102.

³⁷³ Cfr. Cass. 9 novembre 1970, n. 2292, in *Mass. Foro It.*, 1970, 702 e per ulteriori riferimenti RUSSO R., *Profili concernenti il recesso da s.p.a.*, in *Giur. It.*, 3, 2014, 632.

³⁷⁴ Tribunale Roma, 20/10/2009, in *Foro it.*, 1, I, 2011, 281.

³⁷⁵ TRIMARCHI G. A. M., *Il recesso del socio dai tipi societari capitalistici e applicativi notarili*, Consiglio Nazionale del notariato, Studio n. 188-2011/I, www.notariato.it, approvato dalla Commissione studi d'impresa il 1 marzo 2012.

³⁷⁶ L'art. 2437 *sexies*. *Azioni riscattabili* testualmente recita: «Le disposizioni degli articoli 2437 ter e 2437 *quater* si applicano, in quanto compatibili, alle azioni o categorie di azioni per le quali lo statuto prevede un potere di riscatto da parte della società o dei soci. Resta salva in tal caso l'applicazione della disciplina degli articoli 2357 e 2357 bis», così disponendo che i criteri di determinazione del valore delle azioni e il procedimento di liquidazione, nonché i limiti previsti in caso di acquisto di azioni proprie da parte della società si applicano anche al caso delle azioni riscattabili e, in particolare, di quotazione del valore e pagamento del corrispettivo dovuto in caso di riscatto.

amministratori, consistente nell'offrire in opzione le azioni del socio recedente (depositate presso la società) agli altri soci in proporzione al numero di azioni possedute. Qualora la società per azioni abbia emesso un prestito obbligazionario convertibile, il diritto di opzione spetta anche ai possessori delle obbligazioni convertibili, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio. Il trasferimento della partecipazione mediante offerta in opzione agli altri soci configura dunque la modalità principale con la quale avviene la liquidazione della quota del socio receduto.

L'offerta di opzione è depositata dagli amministratori presso l'ufficio del registro delle imprese competente, entro quindici giorni dalla determinazione definitiva del valore di liquidazione (sull'individuazione del momento in cui la determinazione può dirsi definitiva vedi *supra*).

I soci e gli obbligazionisti convertibili hanno a disposizione un termine non inferiore a trenta giorni dal deposito dell'offerta per esercitare il diritto di opzione e, se ne fanno richiesta contestualmente, hanno il diritto di prelazione sull'acquisto delle azioni rimaste inoptate³⁷⁷.

Nel caso in cui il diritto di opzione e poi di prelazione non vengano esercitati in tutto o in parte gli amministratori "possono" collocare le azioni presso terzi. La norma sembra dunque attribuire una scelta agli amministratori e nel farlo, in antitesi con l'obbligo preventivo di collocamento interno, rivelano la scelta del legislatore di prediligere il collocamento all'interno della compagine sociale preesistente. In ogni caso, laddove gli amministratori optino per tale

³⁷⁷ Nel senso che il diritto di prelazione sull'inoptato sia del tutto affidato all'autonomia privata del soggetto che lo esercita TRIMARCHI G. A. M., *Il recesso del socio dai tipi societari capitalistici e applicativi notarili*, op. cit., che devolve la risoluzione di eventuali conflitti in caso di una richiesta maggiore delle quantità disponibili agli amministratori, pur suggerendo il criterio risolutorio della priorità della richiesta.

scelta, essi sono vincolati ad offrire le azioni allo stesso prezzo al quale le hanno preventivamente offerte agli altri soci, in quanto il valore di liquidazione della quota è divenuto ormai definitivo.

In caso di mancato collocamento (per volontà degli amministratori di non offrire le azioni all'esterno, ovvero laddove tale offerta all'esterno non risulti soddisfacente), entro 180 giorni dalla comunicazione del recesso, la società deve acquistare le azioni, del recedente dando luogo ad un caso particolare di acquisto di azioni proprie. Nell'acquisto la società dovrà utilizzare gli utili o le riserve disponibili, anche in deroga a quanto previsto dal terzo comma dell'art. 2357 c.c. (che pone un limite quantitativo all'acquisto per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio).

Si discute se, in caso di acquisto di azioni proprie da parte della società, possa applicarsi il secondo comma dell'art. 2357 c.c. (per quanto non richiamato espressamente dall'art. 2437 *quater* c.c.) che subordina l'acquisto delle azioni all'autorizzazione dell'assemblea, ma appare preferibile seguire quell'opinione che ritiene l'art. 2357 c.c. inapplicabile *tout court*³⁷⁸.

In assenza di utili o riserve disponibili gli amministratori devono convocare l'assemblea straordinaria per deliberare, alternativamente, la riduzione del capitale sociale ovvero lo scioglimento della società.

Il procedimento applicabile, in quanto richiamato dalla norma è quello previsto in tema di riduzione del capitale sociale e, in particolare, i commi secondo, terzo e quarto dell'art. 2445 c.c.. Viene infatti attribuito al ceto creditorio lo stesso potere di opposizione riconosciuto nel procedimento di riduzione a cui, tuttavia, viene ricondotto un effetto del tutto peculiare: l'accoglimento dell'opposizione dei creditori è causa di inefficacia e/o di ineseguibilità della delibera di riduzione,

³⁷⁸ Cfr. sul punto sempre TRIMARCHI G. A. M., *Il recesso del socio dai tipi societari capitalistici e applicativi notarili*, op. cit..

laddove nel caso specifico di riduzione in seguito all'esercizio del diritto di opzione, l'accoglimento dell'opposizione determina lo scioglimento e la liquidazione della società.

7. Sintesi delle tutele legali e primo bilancio

Esaminate le tutele legali a disposizione del socio, ancor prima di affrontare l'istituto del recesso, la conclusione parziale cui sembriamo approdare è che le tutele, per quanto in astratto utilizzabili, non siano in concreto idonee e far sì che il socio che non detenga una quota di capitale minimo possa reagire efficacemente rispetto ad una situazione che lo vede abusivamente minacciato.

Appare piuttosto che il legislatore si preoccupi di approntare un primo set di tutele minime non completamente esaustive (ricordiamo il diritto di informazione ad esempio), e un secondo set di tutele riservate solo al socio di minoranza qualificato (si pensi al rimedio impugnatorio), con l'obiettivo di mettere al riparo la società – e con essa il socio di maggioranza, ovvero l'organo amministrativo che di tale maggioranza è normalmente espressione – da comportamenti dilatori e di mero disturbo di chi, in effetti, ha investito “di meno” nell'affare.

In questo quadro si colloca la disciplina del recesso, inteso come strumento di tutela – efficace ed estremo – del socio a fronte di cambiamenti essenziali dell'investimento iniziale o che comunque possano pregiudicarne in qualche modo i diritti iniziali.

In effetti, si tratta di un rimedio di indubbia efficacia, che tuttavia porta alla conseguenza estrema dell'*exit*, con i conseguenti riportati rischi per la società, che a fronte dell'esercizio massiccio del diritto di recedere, potrebbe addirittura essere costretta – ma si tratta di un caso estremo – a deliberare il proprio scioglimento, non potendo fare fronte al pagamento del corrispettivo previsto per l'acquisto della partecipazione del socio recedente.

La garanzia che viene data al socio di abbandonare la nave se non è più d'accordo con il suo capitano ha tuttavia risvolti interessanti se si considera che in effetti il socio non consenziente rispetto a certe deliberazioni o operazioni volute dalla maggioranza, ha a propria disposizione una leva per aprire i tavoli della negoziazione.

Proprio questo strumento, per quanto estremo, sembra quello che maggiormente potrebbe prestarsi ad essere usato come arma nei confronti degli altri soci, potendo provocare una rivalutazione circa l'opportunità di revocare o meno la deliberazione che ne legittima l'esercizio.

D'altro canto, non dimentichiamo, che la leva negoziale è tanto più elevata, quanto più alto è l'importo da corrispondere, in base al valore di liquidazione, della quota del socio recedente. Ciò ridimensiona nuovamente la portata dell'istituto, nell'ottica della sua funzione negoziale, posto che la minaccia del recesso da parte di un socio che ha una quota di partecipazione minima, non è di certo equiparabile a quella di tanti soci che rappresentano, ad esempio, lo stesso *quorum* richiesto per impugnare la delibera. Nel secondo caso sarà di certo più facile – ma non scontato – che la società possa risentire finanziariamente del recesso ma, allo stesso tempo, il socio che ha quel *quorum* è in condizione di scegliere diverse strade da seguire, senza dover arrivare a ricorrere all'*extrema ratio* del recesso.

Dunque, anche questo strumento, per quanto astrattamente idoneo ad assurgere a mezzo di tutela efficace per quanto estremo, viene ridimensionato, pur tuttavia avendo il pregio di consentire in ogni caso al socio, in disparte ogni possibilità di negoziazione o accordo con la maggioranza, di uscire a fronte di un controvalore economico equo, ottenendo, diversamente dagli altri strumenti finora esaminati, un ristoro.

Capitolo Quarto

LA TUTELA LEGALE: LE TUTELE STATUTARIE

SOMMARIO: 1. L'introduzione nello statuto di particolari clausole: oggetto, validità, efficacia – 2. La tutela derivante dalla diversa connotazione del titolo partecipativo – 3. Le prassi statutarie: - 3.1. La modifica delle modalità di esercizio del voto – 3.2. Voto di lista ed altre clausole di garanzia per la scelta degli amministratori – 3.3. Ampliamento dei poteri di ispezione e controllo – 3.4. Clausole di co-vendita – 3.5. Clausole di prelazione propria e impropria – 4. Un confronto tra prassi statutarie e clausole parasociali: sguardo di sintesi e rinvio

1. L'introduzione nello statuto di particolari clausole: oggetto, validità, efficacia

La disciplina positiva, come noto, consente all'unanimità dei soci, in sede di costituzione della società, ovvero alla maggioranza dei soci in sede di modifiche successive dello statuto sociale, di introdurre talune clausole all'interno del regolamento sociale. Ciò determinando, come evidenziato, nel caso di introduzione di clausole che vadano ad incidere significativamente sulla posizione del socio che non ha consentito all'adozione della delibera, il suo diritto di recesso. All'autonomia privata viene dunque lasciata la possibilità di modificare le regole del rapporto a maggioranza, introducendo previsioni dal contenuto più vario, la cui validità non è sempre scontata. In mancanza di una regola generale di validità, occorrerà, di volta in volta, effettuare una valutazione circa la compatibilità di tali particolari previsioni rispetto alla disciplina positiva, a norme e principi inderogabili, anche nell'ottica di prevenire eventuali abusi da parte dei soci che detengono la maggioranza a discapito della minoranza.

Infatti, anche clausole la cui applicazione è stata ritenuta in via generale legittima ai sensi del disposto normativo, possono risultare in concreto invalide alla luce di ulteriori principi. Ad esempio, la giurisprudenza ha ritenuto invalida la delibera assembleare adottata abusando della propria posizione di maggioranza ai danni della minoranza, avente ad oggetto l'inserimento di clausole statutarie che

modificavano i *quorum* assembleari e le regole relative alla clausola di prelazione³⁷⁹. Diversamente, potrebbe accadere che siano le modalità con le quali quella particolare previsione è stata introdotta ad essere ritenute invalide, ciò ancora prima e a prescindere dalla valutazione sulla validità intrinseca della previsione rispetto alla disciplina positiva. In altri casi, in presenza di un procedimento di adozione valido, la clausola può risultare tuttavia invalida, in quanto essa stessa in contrasto con norme di diritto positivo.

È pertanto frequente che, soprattutto nel caso di società familiari o holding, i soci di maggioranza, avendo interesse al mantenimento del controllo della società, facciano ricorso alla stipula di accordi che non vengono poi trasposti all'interno dello statuto sociale, aggirando così il problema all'origine. Si tratta di veri e propri patti parasociali, in quanto finalizzati a stabilizzare gli assetti proprietari od il governo della società che, per la loro natura, non assumono alcuna rilevanza all'interno della società e non sono opponibili ai soci che non vi hanno preso parte (e nei confronti di coloro che hanno sottoscritto tali patti e non vi si siano attenuti è invocabile esclusivamente una tutela di tipo risarcitoria).

L'unico modo per rendere tali patti vincolanti nei confronti di tutti soci, e affinché acquisiscano nei loro confronti efficacia reale, è inserirli

³⁷⁹ Cfr. sul punto Trib. Torino, 26 novembre 2004, *CED Cassazione*, 2014 «L'art. 223 bis, secondo comma, disp. att. cod. civ., nel consentire la trasformazione della società a responsabilità limitata in società per azioni con il voto favorevole della maggioranza dei soci che rappresenti più della metà del capitale sociale, ve interpretato nel senso che non consente a tale maggioranza di apportare allo statuto le modificazioni non necessitate dalla trasformazione, in coerenza con la "ratio" della norma intesa ad agevolare la trasformazione della società e non di legittimare la completa riscrittura dei patti sociali compatibili con il nuovo tipo, che potrebbe risolversi in uno strumento per agire con abuso di potere in danno della minoranza. Né la nullità della deliberazione contenente modifiche non consentite è sanata dall'iscrizione nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 2500 bis cod. civ., tutelando detta norma la stabilità dell'organizzazione del nuovo tipo societario, rispetto alla quale restano ininfluenti le modificazioni statutarie solo occasionate dalla trasformazione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva ritenuto nulla la deliberazione assembleare nella parte in cui, a seguito della trasformazione di una s.r.l. in s.p.a., aveva approvato il nuovo statuto contenente nuove regole per l'esercizio della prelazione nel caso di cessione della partecipazione di un socio e la modifica del "quorum" per l'assunzione delle deliberazioni dell'assemblea straordinaria) (Rigetta, App. Torino, 21/11/2007)».

nello statuto sotto forma di clausole statutarie (più specificamente sui patti parasociali vedi *infra*).

Le previsioni più frequenti inserite negli statuti, con l'intento di consentire ad una determinata categoria di soci di preservare il controllo della società, sono: i) l'introduzione di una clausola di prelazione in favore di taluni soggetti; ii) l'introduzione di clausole di covendita c.d. *drag along* e *tag along* (su cui si tornerà *infra*).

Si tratta di previsioni particolari, la cui formulazione, così come il loro inserimento nello statuto deve rispettare le norme imperative del codice civile, come ad esempio quelle che disciplinano il recesso del socio, a cui deve essere garantito di poter ottenere almeno il prezzo di liquidazione delle azioni che avrebbe ottenuto in caso di recesso.

Di fronte al rafforzamento degli spazi lasciati alla autonomia statutaria, emerge una generale difficoltà nel ricostruirne i limiti e nel distinguere quelle clausole compatibili alla disciplina positiva inderogabile da quelle ad essa contrarie, quali quelle che pur conformi alla legge, non siano in concreto portatrici di interessi meritevoli di tutela. L'interprete si trova quindi, talvolta a ritenere l'indebolimento sul controllo di validità sugli statuti quale prezzo da pagare a fronte della ritrovata flessibilità dei tipi societari voluta dalla riforma³⁸⁰, talvolta a ritenere che proprio l'allargata autonomia privata non possa non determinare un controllo penetrante sull'esercizio della discrezionalità, nell'ottica di tutela non soltanto dei soci ma anche dei terzi³⁸¹.

D'altro canto, trattandosi, come anticipato, di controllo di validità su previsioni atipiche, conformemente a quanto avviene in tema di patti parasociali (vedi *infra*), laddove la previsione si discosti dallo schema tipico previsto dalla disciplina societaria, non potrà non ricorrersi ad un

³⁸⁰ D'ALESSANDRO F., *La "provincia" del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in Riv.Soc., 2003, 34 e ss.

³⁸¹ ANGELICI C., *Note minime su "Libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in Giur. Comm., I, 2009, 43 e ss.

controllo di meritevolezza, conformemente a quanto avviene in tema di contratti atipici, ai sensi dell'art.1322 c.c., cui si ricorrere quale parametro di valutazione anche dei limiti alla autonomia statutaria. Il parametro della meritevolezza assurge infatti non soltanto a clausola generale per risolvere quei conflitti che, coinvolgendo interessi parimenti tutelabili, vengono definiti “modali”, ma ben può essere utilizzata come tecnica di controllo in concreto della legittimità di quella previsione anche nella sua concreta attuazione³⁸².

Di seguito verranno esaminate, attraverso l'analisi di talune specifiche clausole, più frequenti nella prassi, le risultanze di tale giudizio di meritevolezza, inteso non soltanto come valutazione della conformità di quella previsione rispetto al diritto positivo, ma rispetto alla tutela degli interessi coinvolti e alla causa in concreto del patto, sia esso parasociale che sociale.

2. La tutela derivante dalla diversa connotazione del titolo partecipativo

Il rispetto del principio della parità di trattamento tra gli azionisti e il correlato divieto di abusare della posizione di forza che il socio assume

³⁸² In questo senso SANFILIPPO P.M., *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, in *Liber amicorum Pietro Abbadessa*, M. Campobasso, V, Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), I, Torino, 2014, 563 e ss, cui si rimanda per un'ampia trattazione sul tema. Secondo l'Autore: «E se si conviene che un conflitto “modale” potrebbe anche essere legato a norme di *organizzazione*, sul funzionamento delle società, poi attuate/integrate ad opera degli statuti, ecco che la clausola generale di meritevolezza potrebbe ben venire in rilievo quale criterio di valutazione, sufficientemente “elastico”, della conformità all'ordinamento delle scelte statutarie che determinino in concreto la prevalenza dell'uno sull'altro interesse; segnatamente, là dove non sia nella specie immediatamente rintracciabile nell'ordinamento stesso un criterio gerarchico fra gli interessi in rilievo, *sub specie* vuoi di principi vuoi di principi di ordine pubblico vuoi di norme imperative, che indichi già in astratto quale fra essi debba prevalere. E proprio il controllo di meritevolezza sembra avere il pregio di consentire un bilanciamento fra gli interessi in gioco, che non si arresti ad un'osservazione *in astratto*, puntando invece ad un esame *in concreto* delle clausole, tipicamente secondo una valutazione *ex post*, quando esse, una volta introdotte negli statuti, trovino attuazione nell'ambito della realtà societaria in cui si calano».

ai danni dell'azionista più debole, sono questioni ancora più sentite in presenza di quelle modifiche statutarie che vanno a modificare la connotazione stessa del titolo partecipativo. In questa sede ci soffermeremo in particolare su due casi peculiari: il raggruppamento di azione e le zioni a voto plurimo.

Il raggruppamento di azioni è quella operazione consistente nella riduzione del numero delle azioni in circolazione, con parallela assegnazione a ciascun socio di un numero inferiore di azioni calcolato sulla base di un determinato rapporto di conversione³⁸³.

Si tratta di una operazione astrattamente idonea a rispettare la parità di trattamento tra gli azionisti, poiché interessa indistintamente tutte le azioni e la parallela riassegnazione viene effettuata in base ad un rapporto di conversione applicabile in maniera uniforme. A ciascun socio viene attribuite, in base a tale rapporto fisso, una partecipazione proporzionale a quella già posseduta, riducendo il numero di azioni e aumentandone parallelamente il singolo valore³⁸⁴.

La questione relativa alla legittimità in astratto di una tale operazione non è in discussione, diversamente si discute nel caso in cui, all'esito di tale operazione di conversione, si creino in concreto dei resti solo per alcuni azionisti. In tal caso l'operazione finirebbe per avere effetti differenziati sui singoli soci, determinando che taluni di essi abbiano una percentuale di azioni inferiore a quella detenuta in precedenza, nonostante la deliberazione abbia formalmente rispettato i principi di parità di trattamento e di uguaglianza tra tutti gli azionisti, che vengono trattati tutti nello stesso modo. Di tal che la dottrina ha ritenuto di

³⁸³ Il c.d. raggruppamento diretto si ha, mantenendo il capitale inalterato, attraverso l'adozione di una apposita delibera in tal senso, attraverso la riduzione del numero delle azioni e il parallelo aumento del loro valore, laddove il c.d. raggruppamento incidentale è una operazione che si colloca all'interno di una più vasta riorganizzazione sul capitale.

³⁸⁴ La dottrina ha sempre riconosciuto la validità dell'operazione di raggruppamento. Cfr. uno per tutti, già nel vigore della disciplina anteriore alla riforma VISENTINI B., *Sul frazionamento e sul raggruppamento delle azioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1960, 14 ss.

assolvere alle esigenze di tutela dei soci di minoranza, che vedono la loro partecipazione ridursi, ricorrendo alle nozioni di abuso da parte della maggioranza nei confronti della minoranza, ovvero talvolta riconoscendo un diritto del socio al mantenimento della partecipazione sociale nelle proporzioni originarie.

Anche in questo caso, la rispondenza dell'operazione ad interessi meritevoli di tutela o, in ogni caso, non confliggenti con le ragioni del socio di minoranza deve essere valutata in concreto. Non può, in particolare, ritenersi che una operazione di raggruppamento possa ledere la parità di trattamento³⁸⁵, essendo tutti i soci trattati allo stesso modo, né può ritenersi *sic et simpliciter* che una tale operazione venga necessariamente posta in essere ai danni del socio la cui partecipazione viene ad essere ridotta in seguito al frazionamento, laddove essa sia legata a ragioni di funzionalità e di efficienza dell'impresa.

Non può tuttavia negarsi che, nel caso in cui una tale operazione porti nella pratica ad estromettere un socio, che non può essere costretto a fare nuovi investimenti per ampliare la propria quota di partecipazione acquistando quanto gli servirebbe per raggiungere l'unità minima a base del rapporto di conversione, essa possa in concreto rivelarsi abusiva. Si tratterebbe di una operazione che lederebbe il diritto del socio a mantenere il proprio *status* e, in quanto tale, già di per sé illegittima; lo sarebbe a maggiore ragione, laddove l'unica ragione di adozione della delibera sia proprio l'estromissione di uno o più soci. Il rischio dell'abuso dello strumento hanno portato dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sul *quorum* necessario per adottare la deliberazione che prevede il

³⁸⁵ Desumibili dall'art. 2348 c.c. che stabilisce come le azioni devono essere di uguale valore e conferiscono ai loro possessori uguali diritti e che può ritenersi principio ancora valido, nonostante la possibilità, introdotta con la riforma, di creare categorie speciali di azioni, purché tutte le azioni appartenenti alla medesima categoria conferiscano uguali diritti.

raggruppamento³⁸⁶. La giurisprudenza, ritenendo inizialmente che l'interesse sociale giustificasse l'adozione della delibera a maggioranza³⁸⁷, ha da ultimo ritenuto che essa possa essere validamente adottata solo con il consenso del socio che verrebbe leso nella propria partecipazione se non privato del proprio *status socii* in seguito al raggruppamento³⁸⁸. Ciò andrebbe a bilanciare i diversi interessi e renderebbe l'operazione meritevole di tutela non soltanto in astratto, ma anche in concreto, tutelando il socio o i soci di minoranza, anche laddove il loro veto possa nella pratica impedire una operazione che potrebbe in effetti risultare positiva in termini di efficienza per la società.

Discorso differente deve essere fatto per l'introduzione all'interno dello statuto sociale di azioni a voto plurimo³⁸⁹. In particolare, l'art. 2351,

³⁸⁶ Si segnala come la dottrina divisa tra l'adottabilità della delibera a maggioranza, in quanto rispondente all'interesse sociale superiore (GUERRERA F., *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 1, 2002, 175 ss.) e all'unanimità, poiché lesiva dell'interesse prevalente di ciascun socio alla conservazione del proprio status (G. FRÈ – G. SBISA, *Società per azioni*, I, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, 6, Bologna, 1997, 119 ss.), sembra optare per una soluzione intermedia, valutando l'operazione in base alla comparazione tra il sacrificio dei titolari dei resti e l'interesse sociale che il raggruppamento soddisfa in relazione della tipologia di società che ne è interessata, ovvero se si tratta di società ad azionariato diffuso o con azioni quotate in borsa, per le quali vi sia un'effettiva possibilità di negoziazione dei resti, ovvero se si tratti di società a compagine ristretta. In tale ultimo caso, infatti, l'operazione di raggruppamento può comportare alterazioni profonde dell'assetto dell'azionariato, incidendo di converso sullo stesso valore di scambio delle partecipazioni (in questo senso M. BIONE, *Le azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G. B. Portale, Torino, 1991, 23).

³⁸⁷ Trib. Genova 27 febbraio 1984, in *Le società*, 1984, Trib. Milano 20 luglio 1959, in *Giust. civ.*, 1959.

³⁸⁸ Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese Decr., 13-11-2012, in *Società*, 2013, 12, 1299: «Operazioni e relative deliberazioni assembleari quali quella del raggruppamento di azioni, risolvendosi nella soggezione di un socio all'altrui potere di determinare la stessa cessazione del rapporto sociale così come nel caso di riscattabilità dell'azione, non sono introducibili in s.p.a. senza il consenso del socio "forzabile" o "riscattabile", non apparendo tale materia disponibile a maggioranza, a differenza di quella - contigua ma di portata più limitata - concernente mere limitazioni nel potere di trasferimento delle sue azioni in capo al socio ovvero un mero "riassetto" dell'azionariato all'esito del raggruppamento delle azioni in capo agli stessi soci che le detenevano prima della concentrazione dei titoli partecipativi». In senso conforme sempre Trib. Milano 24 aprile 2011, in *Giur. it.*, 2011.

³⁸⁹ Non potendo in questa sede affrontare integralmente la nota questione dell'erosione del principio *one share one vote* e delle sue implicazioni, si rimanda sul punto a BUSANI

4 comma, c.c., salvo quanto previsto dalle leggi speciali, autorizza lo statuto a prevedere la creazione di azioni con diritto di voto plurimo anche per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative, con il limite che ciascuna azione a voto plurimo possa attribuire fino a un massimo di tre voti³⁹⁰.

Si tratta di una nuova categoria di azioni, emessa conformemente all'art. 2348 c.c. che attribuisce la possibilità, all'autonomia statutaria, di creare azioni fornite di diritti diversi (purché, come anticipato, tutte le azioni appartenenti ad una stessa categoria conferiscono uguali diritti).

Con l'introduzione delle azioni a voto plurimo viene ad essere modificato il peso di ciascuna azione, che può attribuire al titolare fino ad un massimo di tre voti, con parallelo rafforzamento della posizione del socio che detiene le azioni a voto plurimo. Lo statuto può riconoscere il voto plurimo in via generale, ovvero limitatamente a specifici argomenti, così come il suo esercizio può ben essere subordinato al verificarsi di particolari condizioni. Nulla vieta che possano esistere più categorie di azioni a voto plurimo, ciascuna misurata su specifiche caratteristiche predisposte dallo statuto, combinando tra loro le peculiarità di diverse categorie di azioni³⁹¹.

L'intento dichiarato dal legislatore con l'introduzione di tale nuova categoria di azioni³⁹² è di favorire la raccolta del capitale di rischio e gli

A., SAGLIOCCA M., *Le azioni non si contano, ma si "pesano": superato il principio one share one vote con l'introduzione delle azioni a voto plurimo e a voto maggiorato*, in *Società*, 10, 2014, 1048.

³⁹⁰ Precisiamo che il d.l. 91/2014, convertito in legge n. 116/2014 ha introdotto nel Testo Unico della Finanza l'art. 127 *sexies*, nel quale, al comma 1, viene stabilito che in deroga all'art. 2351, comma 4, c.c., gli statuti delle società quotate non possono prevedere l'emissione di azioni a voto plurimo, salva l'ipotesi di società che le hanno emesse prima della quotazione. In ogni caso, ai sensi del terzo comma della norma citata, è vietata la contemporanea presenza di azioni a voto plurimo e azioni a voto maggiorato, previste specificamente solo per le società quotate.

³⁹¹ TEDESCHI C., *Le azioni a voto plurimo e la maggiorazione del voto*, in *Società*, 10, 2015, 1073.

³⁹² Non viene ripetuta per le società per azioni chiuse e per la maggiorazione del voto la previsione prevista per il voto maggiorato dall'art. 127 *quinquies* TUF, che stabilisce

investimenti azionari, ampliando la gamma di azioni emettibili, attraverso l'ingresso nel capitale di nuovi azionisti attratti dal peso maggiore che essi possono acquistare rispetto al capitale investito. Infatti, la maggiorazione del voto non può non incidere su tutta una serie di aspetti, tra cui il calcolo dei *quorum* costitutivi e deliberativi, l'individuazione di una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. e di converso sull'applicazione della disciplina relativa alla direzione e al coordinamento ex art. 2497 *sexies* c.c., rimanendo ininfluenti rispetto alla maggiorazione solo quelle norme che collegano l'esercizio dei diritti sociali ad una specifica aliquota di capitale, a prescindere dai diritti di voto posseduti.

Le questioni legate all'introduzione di questa nuova categoria sono vari. In prima battuta si discute sul riconoscimento del diritto di recesso al socio che non ha concorso alla approvazione della delibera di introduzione della clausola che preveda il voto plurimo. Si tratta di capire se una tale modifica sia idonea a rientrare tra quelle che ineriscono ai diritti di voto ai sensi dell'art. 2437, comma 1, lett. g), c.c. ovvero riguardi le modalità di ripartizione del diritto di voto (che come la delibera che consente l'emissione di azioni senza diritto di voto non attribuisce il diritto di recesso)³⁹³. Appare preferibile la soluzione che attribuisce il diritto di recesso al socio che non ha concorso alla delibera, non rimanendo inevasi dubbi relativi a fattispecie peculiari, quale ad

come la maggiorazione del diritto di voto si computi anche per la determinazione dei quorum costitutivi e deliberativi che fanno riferimento ad aliquote del capitale sociale.

³⁹³ Nel caso in cui sia presente fin dalla costituzione della società una clausola statutaria che autorizzi l'emissione delle azioni a voto plurimo in un momento successivo (purché entro i limiti di legge sia in termini di delegabilità dell'aumento di capitale che i termini di limiti di capitale per le categorie speciali di azioni), i soci accettano fin dall'inizio una eventuale posizione differenziata in capo ad alcuni di loro, di tal che non gli viene riconosciuto il diritto di recesso a fronte dell'emissione successiva alla costituzione, ma già prevista nello statuto. Sul punto cfr. sempre C. TEDESCHI, *Le azioni a voto plurimo e la maggiorazione del voto*, op. cit., 1073 e BUSANI A., SAGLIOCCA M., *Le azioni non si contano, ma si "pesano": superato il principio one share one vote con l'introduzione delle azioni a voto plurimo e a voto maggiorato*, op. cit., 1048.

esempio il riconoscimento o meno del diritto di recesso a fronte della previsione statutaria che lo introduca ma che non lo attui. Tutte questioni che sarebbe opportuno regolare direttamente in sede di modificazione statutaria che introduce il voto plurimo (modifica statutaria che sarà pur sempre adottata a maggioranza – per quanto rafforzata, vedi *infra* – quindi plausibilmente senza il concorso dei soci di minoranza che potrebbero non beneficiare del voto plurimo).

Infatti, lasciando per un attimo in disparte la questione del diritto di recesso, l'introduzione del nuovo istituto deve essere necessariamente utilizzato con cautela, nell'ottica di tutela di quei soci, plausibilmente di minoranza, che non beneficino della maggiorazione. Infatti, per quanto l'introduzione dell'istituto, attraverso una modifica statutaria, avvenga nella totale trasparenza per i soci e i terzi, appare inevitabile come esso sia destinato «ad accentuare i rischi di estrazione di benefici privati da parte degli azionisti di controllo e, più in generale, di abuso da parte di questi ultimi»³⁹⁴. Nella pratica, si viene a determinare il fenomeno in base al quale, anche a fronte di una partecipazione non propriamente di maggioranza, l'azionista titolare di azioni a voto plurimo viene a dominare l'assemblea nonostante l'esiguità della sua partecipazione.

Si pensi ad un aumento di capitale tramite emissione di nuove azioni a voto plurimo deliberato con la finalità di ridurre la partecipazione del socio di minoranza che non possa o non intenda sottoscriverlo. In tal caso, non soltanto il socio di minoranza vedrà diluita la propria partecipazione non partecipando all'aumento, ma vedrà ulteriormente diluita la propria *voice* a fronte dell'emissione di azioni a voto maggiorato, che sottoscriverà tendenzialmente la maggioranza che ha deliberato l'aumento, al prezzo dalla stessa determinato (ad esempio attraverso la previsione di un sovrapprezzo molto alto, giustificato

³⁹⁴ ABRIANI N., *Azioni a voto plurimo e maggiorazione del diritto di voto degli azionisti fedeli: nuovi scenari e inediti problemi interpretativi*, Approfondimento del 29 settembre 2014, in *giustiziacivile.com*.

proprio dalla maggiorazione). Forse è nell'ottica di prevenire un utilizzo abusivo dello strumento che sono state previste maggioranze rafforzate per la sua adozione, che tuttavia, nelle società per azioni chiuse, riguardano solo la prima convocazione e che non si rilevano in concreto sempre sufficienti ad escludere – e realizzare – l'intento abusivo³⁹⁵.

Rimane la garanzia per il socio di minoranza del rispetto del principio di parità di trattamento, che escluderebbe la possibilità di convertire talune categorie di azioni preesistenti in azioni a voto plurimo o di prevedere la maggiorazione solo a favore di una categoria di azioni preesistente, alterando le posizioni dei singoli soci all'interno della società, per quanto, alla luce delle considerazioni sopra espresse, non appare neppure questa una strada percorribile per escludere in assoluto una condotta che in concreto possa rivelarsi abusiva rispetto al socio di minoranza.

Lo strumento andrà dunque utilizzato con cautela e vagliato in concreto caso per caso, valutando le effettive intenzioni sottese al suo utilizzo, al fine di valutarne la legittimità.

3. Le prassi statutarie

3.1. Le modifiche delle modalità di esercizio del voto

L'autonomia statutaria può prevedere delle modifiche alla regola di esercizio del diritto di voto. Si tratta di modifiche che possono riguardare non soltanto i *quorum* legali, quanto le stesse modalità di esercizio del

³⁹⁵ Ancora sul punto N. ABRIANI, *Azioni a voto plurimo e maggiorazione del diritto di voto degli azionisti fedeli: nuovi scenari e inediti problemi interpretativi*, Approfondimento del 29 settembre 2014, in *giustiziacivile.com*: «È a tali considerazioni che sembrano potersi ricondurre le ragioni sottese al quoziente rafforzato previsto per l'introduzione delle azioni a voto plurimo nelle società già esistenti al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina, nelle quali la creazione della nuova categoria dev'essere approvata da almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea: con un innalzamento del quoziente di legge che, peraltro, da un lato, non coinvolge le società aperte non quotate (per le quali è già previsto dal codice per tutte le deliberazioni da assumersi in sede straordinaria) e, dall'altro, può rivelarsi impercettibile nelle s.p.a. chiuse: riguardando la sola prima convocazione, esso è infatti agevolmente sterilizzabile dai soci di maggioranza facendo andare deserta tale assise».

voto, nonché il potere del singolo socio di esercitare la propria *voice* in proporzione alla relativa partecipazione.

Ricordiamo, rimandando alla relativa trattazione (vedi *supra* Cap. II in tema di derogabilità e voto e Cap. III in tema di recesso) che la riforma ha messo fine ai dubbi circa la derogabilità dei *quorum*, prevedendo che essi possano sempre essere aumentati con apposita delibera assembleare, salvo per talune materie “protette”, purché non si arrivi mai a richiedere l’unanimità dei consensi, frustrando in tal modo il principio maggioritario. Tale possibilità riconosciuta all’autonomia statutaria non è scevra da rischi, pertanto il legislatore ha riconosciuto una apposita causa di recesso legale per quelle modifiche – dirette – dei diritti di voto e di partecipazione che possano incidere sulla posizione del socio.

Diversamente, con riferimento all’introduzione all’interno dello statuto di clausole che ineriscono alle stesse modalità di esercizio del voto, ricordiamo quella che prevede come il diritto di voto, in funzione della quantità di azioni possedute da uno stesso soggetto, possa essere limitata ad una misura massima o possa essere scaglionata, ulteriore deroga al noto principio *one share one vote*.

Ci si riferisce, in particolare, a quelle clausole delle società per azioni chiuse che, nel primo caso, prevedono che superata una certa soglia di partecipazione, il voto del socio si sterilizzi per le azioni eccedenti tale tetto massimo e, nel secondo caso, alle c.d. clausole di voto scalare o di scaglionamento, che introduce il depotenziamento del diritto di voto progressivo al crescere della partecipazione azionaria. La *ratio* viene identificata nel rafforzamento del carattere non contendibile del controllo della società chiusa, inteso a garantire la stabilità nella gestione sociale, a prescindere dalle vicende traslative della partecipazione, così come

nella funzione di equilibrio tra i soci, volta ad evitare che uno o più soci prevarichino sugli altri³⁹⁶.

L'aspetto sensibile dell'introduzione di tali clausole riguarda la possibilità di introdurre lo scaglionamento o il tetto massimo sia con riferimento a tutte le azioni emesse, sia limitatamente ad una categoria di esse. Ben potrebbe infatti l'introduzione della clausola attecchirsi a diritto particolare di una categoria azionaria ai sensi dell'art. 2348 c.c.. Se la modifica riguardasse tutte le azioni, verrebbe esclusa l'applicazione del limite previsto dall'art. 2351, comma 2, c.c. sul rilievo che si tratta di regola avente carattere generale e che la regola che impedisce che le azioni a voto limitato superino la metà del capitale sociale presuppone, per il suo operare, che vi siano azioni a voto pieno e azioni a voto limitato. Se la modifica riguardasse solo una categoria, il limite di cui all'art. 2351, comma 2, c.c. sarebbe questa volta applicabile, limitando le azioni di categoria speciale con tetto massimo o scaglionamento ad un massimo della metà delle azioni che compongono il capitale sociale, ovvero facendo in modo che il numero delle azioni a voto pieno rimanga in concreto almeno pari alla metà delle azioni complessivamente in circolazione. Ai fini della validità della clausola si guarda dunque al numero concreto di voti esercitabili³⁹⁷.

³⁹⁶ Cfr. sul punto SANTORO V., *sub art. 2351*, in *Comm. Sandulli, Santoro*, II, 1, Torino, 2003, 150. La stessa dottrina ha sottolineato come le azioni a voto limitato ad una misura massima o scalare non diano luogo ad una distinta categoria di azioni, determinando che esse, anche in caso di trasferimento, assumono rilievo ai fini del tetto massimo o dello scaglionamento solo al raggiungimento del limite previsto. Proprio per tale motivo non viene previsto un limite massimo alla loro emissione, ciò diversamente da quanto avviene nel caso di clausola statutaria che preveda la creazione di azioni senza diritto di voto, con diritto di voto limitato a particolari argomenti, con diritto di voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative, di cui all'art. 2351 secondo comma cod. civ., il cui valore non può complessivamente superare la metà del capitale sociale.

³⁹⁷ La circostanza che la norma si riferisca ad una categoria di azioni è riconosciuta dalla dottrina che rappresenta come, sebbene l'imposizione di un limite massimo o di scaglionamenti non dia vita necessariamente ad una categoria di azioni, nulla impedisce che tali limiti si applichino solo ad una parte delle azioni, configurando quindi una speciale categoria (cfr. sul punto NOTARI M., *Le categorie speciali di azioni*, in *Il nuovo*

La validità in astratto della clausola che introduce il voto scalare, espressamente riconosciuta dal legislatore, non vuol dire che essa, come anticipato, non possa essere ritenuta invalida ai sensi di altri principi dell'ordinamento. Ad esempio l'introduzione di una tale clausola, per quanto valida, potrebbe in concreto ritenersi invalida laddove essa sia introdotta in spregio del principio di buona fede, abusando della propria posizione, situazione anche questa che può essere rilevata solo in seguito ad una valutazione caso per caso della fattispecie e una volta operato il giudizio di meritevolezza di cui si è trattato *supra*³⁹⁸.

diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 1, Assago, 2007, pp. 591 ss.). Cfr. altresì sul punto Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 136, Azioni a voto contingentato o scaglionato (arti. 2351 c.c.), pubblicata il 13 maggio 2014 secondo cui: «La disciplina statutaria, consentita dall'art. 2351, comma 3, c.c., volta a prevedere che in relazione alla quantità di azioni possedute da uno stesso soggetto il diritto di voto sia limitato ad una misura massima o sia soggetto a scaglionamenti può riferirsi non solo alla generalità delle azioni che rappresentano il capitale sociale, ma anche a una o più categorie di azioni. Nel caso in cui il voto contingentato o scaglionato si riferisca alla generalità delle azioni, il limite previsto dall'art. 2351, comma 2, c.c. non trova applicazione. Nel caso in cui invece il voto contingentato o scaglionato si riferisca ad una o più categorie di azioni, il limite previsto dall'art. 2351, comma 2, c.c. è rispettato non solo quando le azioni di categoria speciale non eccedano la metà del capitale sociale, ma anche quando il numero complessivo dei voti esprimibili dalla totalità delle azioni sia almeno pari alla metà delle azioni complessivamente emesse».

³⁹⁸ Cfr. in questo senso Trib. Perugia, 25 giugno 2008, in *Società*, 2010, 221, che ha escluso il ricorrere di una fattispecie di abuso di potere del socio di maggioranza per aver introdotto una clausola statutaria di voto scalare. La clausola, astrattamente legittima, diventerebbe, diversamente da quanto ricorre nel caso esaminato dal Tribunale, illegittima laddove volta a cristallizzare la compagine sociale nello stato di fatto preesistente, o a rafforzare il gruppo di comando; non sarebbe in ogni caso illegittima se la modifica risponda all'interesse sociale alla stabilità e non sia caratterizzata da intento fraudolento e arbitrario ad esclusivo danno del socio di minoranza. Diversamente la giurisprudenza ha rilevato sussistere il vizio di eccesso di potere in un caso di ingiustificata soppressione della clausola di prelazione. Cfr. sul punto da Trib. Milano, 19 gennaio 2015 (ord.), in *Società*, 2015, 7, 903, secondo cui: «E' assunta in violazione del divieto di abuso della maggioranza la delibera assembleare con cui il socio di maggioranza elimina una clausola statutaria al solo fine di rendere impossibile al socio di minoranza il prossimo esercizio del diritto alla medesima sotteso. (Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto sussistere un'ipotesi di abuso di maggioranza nel caso in cui il socio di maggioranza abbia deliberato l'eliminazione della clausola relativa al diritto di prelazione, con l'unico fine di impedire l'esercizio di tale diritto, nell'immediato, al socio di minoranza)».

3.2. Voto di lista ed altre clausole di garanzia per la scelta degli amministratori

L'art. 2368 c.c. consente l'introduzione, all'interno dello statuto, di norme particolari per la nomina degli amministratori. Tra queste la clausola di riserva ad una minoranza di nominare un numero di amministratori inferiori a quello complessivo, ma anche il voto di lista, ovvero l'ulteriore facoltà di modificare le norme inerenti il numero dei consiglieri, i poteri, la durata dell'incarico³⁹⁹, ovvero le clausole che consentono le votazioni a scrutinio segreto.

Si tratta di quelle pattuizioni che possono diversamente configurarsi, fino ad arrivare a presentarsi come vere e proprie clausole di salvaguardia delle minoranza, ad esempio nel momento in cui attribuiscono la nomina degli amministratori a gruppi di azionisti o più precisamente ad azionisti titolari di determinati gruppi di azioni, purché entro il limite di non consentire agli azionisti che rappresentano la minoranza di nominare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione (e fermo sempre il limite di cui all'art. 2369 c.c.).

Un caso particolare ricorre laddove gli azionisti titolari di gruppi di azioni, cui è attribuita la facoltà di nomina di un amministratore, vadano nella pratica a coincidere con il numero di consiglieri da nominare. In tal caso l'effetto sarebbe quello di deviare dal principio di competenza che assegna all'assemblea il potere di nomina e revoca dell'organo amministrativo⁴⁰⁰ e della revocabilità *ad nutum* dell'ufficio di amministrazione.

³⁹⁹ Tribunale Milano, 26-05-1990, in *Giur. It.*, 1991, I,2, 590 nota di Grosso, secondo cui: «La deliberazione dell'assemblea straordinaria, che modifica norme riguardanti il consiglio di amministrazione provvedendo soltanto a stabilire norme particolari per la nomina alle cariche sociali regolando diversamente numero, durata e poteri del consiglio di amministrazione, non pregiudica il diritto degli azionisti ordinari se non limita né esclude il potere di nomina degli amministratori».

⁴⁰⁰ Il principio è pacifico fin da prima della riforma. Cfr. sul punto uno per tutti Corte d'Appello Milano, 20-04-1993, in *Società*, 1993, 1225, «La competenza dell'assemblea per la nomina degli amministratori è di ordine pubblico (perché posta a tutela di interessi

Un'altra delle norme particolari nella nomina dell'organo amministrativo è la clausola che prevede il voto di lista. Tale modalità di nomina del consiglio di amministrazione, obbligatorio per le società quotate, è appunto facoltativo per le società per azioni chiuse, in base all'art. 2368, comma 1, cc.⁴⁰¹.

Si tratta di un sistema di voto variamente attuabile nelle società per azioni chiuse (per le quali, ricordiamolo, si tratta di modalità di introduzione facoltativa) che, riservando alla minoranza la nomina di almeno un amministratore (per la lista di minoranza che abbia ottenuto il maggior numero di voti) è funzionale a favorire la rappresentanza consiliare e dell'organo di controllo a uno o più azionisti aggregati, portatori di interessi eterogenei rispetto agli azionisti di controllo o di riferimento.

L'aspettativa è che la presenza di un amministratore o di un sindaco di minoranza possa consentire: i) un più efficace controllo sull'operato degli amministratori di maggioranza, evitando o quanto meno contenendo fenomeni di conflitto di interessi; ii) all'amministratore di minoranza di influire sulle scelte strategiche, orientandole al perseguimento dell'interesse sociale generale, piuttosto che degli azionisti di controllo o di riferimento, garantendo una maggiore efficienza nella gestione del consiglio, portatore di interessi eterogenei; iii) una maggiore tutela dei soci risparmiatori, essendo probabile che la lista di minoranza sia presentata o votata da investitori istituzionali, generalmente più interessati del socio risparmiatore ad esprimere la

generali della collettività) e quindi inderogabile, mentre l'atto costitutivo può stabilire, per la nomina alle cariche sociali, delle <norme particolari>; di conseguenza, il disposto del 3° comma dell'art. 2386, c.c., è derogabile da parte dell'assemblea, concernendo lo stesso il funzionamento degli organi direttivi della società dopo la cessazione (e la sostituzione) di alcuni amministratori».

⁴⁰¹ L'art. 147 *ter* T.U.F. prevede il c.d. voto di lista come sistema di elezione dei componenti del consiglio di amministrazione, subordinato alla circostanza che in concreto gli azionisti di minoranza si aggregino nelle percentuali necessarie per superare le soglie di rilevanza per presentare una o più liste di propri candidati.

propria *voice* (stimolando in questo modo, anche se indirettamente, l'investimento azionario).

D'altro canto è innegabile che la clausola che contiene il voto di lista rappresenti una deroga al principio maggioritario e, in tale ottica, il sistema di voto è stato introdotto e ampiamente regolato dal legislatore nelle società quotate. Nelle società chiuse, la sua introduzione deve rispondere, ad un giudizio sulla validità della clausola, all'esigenza di consentire a minoranze qualificate una più agevole partecipazione alla vita sociale, attraverso la garanzia del diritto di rappresentanza.

Altresì innegabile è che la modifica, ivi inclusa la soppressione della clausola che prevede il voto di lista non può non andare a configurare una di quelle modifiche al diritto di voto e di partecipazione che legittimano il recesso del socio (sul punto vedi anche *supra*)⁴⁰².

Nell'introduzione di particolari previsioni statutarie, vengono in rilievo ulteriori clausole che ineriscono la scelta dell'organo amministrativo. Si pensi alla clausola che riguarda i requisiti di eleggibilità dei consiglieri. In tal caso non sarebbe possibile introdurre clausole che fissino requisiti tanto stringenti da rendere in concreto impossibile la revoca o comunque la sostituzione dei componenti l'organo amministrativo, ferma restando l'insopprimibile competenza dell'organo assembleare. Può tuttavia ben configurarsi una clausola che imponga dei requisiti di nomina che interessino una cerchia ristretta di soggetti, purché venga preservata la libertà di scelta dell'assemblea⁴⁰³ e purché tali limitazioni superino il giudizio di coerenza rispetto all'oggetto sociale e, dunque, allo scopo che la società persegue. Ferma

⁴⁰² Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese, 31-07-2015, in *Giur. It.*, 2015, 11, 2398 nota di Pollastro, secondo cui: «Spetta il diritto di recesso al socio di S.p.A. che non abbia contribuito ad approvare la deliberazione che prevede l'eliminazione del meccanismo del voto di lista per la nomina dei componenti del consiglio di amministrazione».

⁴⁰³ Cfr. sul punto SIRONI A., *sub. Art. 2387, Amministratori*, in *Commentario alla riforma delle società*, Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari (diretto da), Milano, 2005, 283.

restando in ogni caso la possibilità di introdurre particolari previsioni consentite dallo stesso codice civile, quali ad esempio la clausola che limiti la nomina a soci (art. 2380 *bis*, comma 2, c.c.) ovvero che vieti la rieleggibilità dei consiglieri eletti (art. 2383, comma 3, c.c.).

Sempre con riferimento all'organo amministrativo non passano inosservate ai nostri fini quelle previsioni che prevedono nelle deliberazioni consiliari la prevalenza del voto del presidente (c.d. *casting vote*), ritenute generalmente valide ogni qualvolta la loro operativa sia subordinata ad una situazione di stallo decisionale in seno al consiglio per parità di voti, ovvero laddove non si riesca a formare una maggioranza, rivelandosi diversamente una deviazione dal principio maggioritario applicabile anche alle deliberazioni consiliari. Una tale clausola potrebbe in concreto essere affiancata dalla riserva nella nomina di una parte degli amministratori da parte della minoranza, anch'essa clausola astrattamente lecita e meritevole di tutela, poiché non soltanto è rispettosa del principio maggioritario, ma in concreto assicura ai soci di minoranza di esprimere la propria *voice* attraverso la nomina di uno o più amministratori (diversamente non garantita).

È la combinazione delle due clausole a destare qualche perplessità, in particolare laddove accada che il presidente cui spetta il *casting vote* sia scelto tra gli amministratori espressione dalla minoranza (perché è previsto nella stessa clausola o perché semplicemente accade). La dottrina, espressasi sul punto, ritiene che un tale assetto renda la previsione invalida, in quanto essa, garantendo al socio di minoranza non soltanto la nomina dei suoi consiglieri, ma addirittura il potere di veto rispetto alle iniziative degli amministratori espressione della maggioranza, vada in concreto a derogare al principio maggioritario⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ Cfr. sul punto FERRI G., *La società per azioni di due soci*, in *Riv. Notariato*, I, 1966, 3, che nega l'adozione generalizzata di maggioranze qualificate rispetto alle deliberazioni del consiglio di amministrazione. L'Autore pur ammettendo la possibilità di introdurre a tutela del socio di minoranza di cautele di salvaguardia, ritiene non

Ancora, non può non farsi menzione della c.d. clausola *simul stabunt simul cadent*, la cui liceità è oggi espressamente prevista dall'art. 2386, comma 4, c.c., il quale attribuisce allo statuto la facoltà di prevedere che a seguito della cessazione di taluni amministratori cessi l'intero consiglio.

Il fine della clausola risponde all'esigenza di mantenere inalterati il bilanciamento di interessi espresso nel consiglio di amministrazione al momento della sua nomina e che dovrebbe rispecchiare gli scopi sociali che si vogliono perseguire e per la cui realizzazione è stato eletto proprio quel consiglio in quella specifica composizione. La clausola non inciderebbe dunque unicamente sulla tutela del socio di maggioranza e sull'assetto da esso delineato e realizzato, ma salvaguarderebbe gli equilibri già costituiti in consiglio tra il gruppo degli azionisti di maggioranza e quelli di minoranza, così come definitisi in funzione delle relative partecipazioni e di eventuali patti *extra* sociali.

Il profilo di tutela delle minoranze è accentuato se si prende in considerazione il caso in cui gli amministratori che vengono a cessare siano proprio quelli nominati dalla minoranza. Infatti, nell'ottica di maggiore tutela delle minoranze, prospettato dal legislatore – anche se non esente da critiche, come evidenziato – l'operatività della clausola sembra confermare e rafforzare il legame fiduciario tra consiglio di amministrazione e assemblea dei soci e potrebbe rappresentare, se usato correttamente, uno strumento di contrattazione ulteriore per arginare il potere esercitato dalla maggioranza a danno della minoranza⁴⁰⁵.

ammissibile scegliere un metodo maggioritario e poi in concreto adottare delle previsioni che da esso si discostino.

⁴⁰⁵ Non possiamo non rilevare come, ogni strumento di tutela possa in astratto prestarsi ad essere utilizzato per perpetrare comportamenti abusivi. Proprio con riferimento alla sostituzione dell'amministratore nominato dalla minoranza, secondo una parte della dottrina, esso dovrebbe avvenire mediante l'utilizzo del principio maggioritario come se si fosse in presenza di una clausola *simul stabunt, simul cadent*, anche se tale clausola non è presente nello statuto. Cfr. sul punto VENTORUZZO M., *La composizione del consiglio di amministrazione delle società quotate dopo il d. lgs. n. 303 del 2006: prime osservazioni*, in *Riv. Società*, 2007, 244.

Diversamente potendo rivelarsi sintomatico di una situazione di abuso dello strumento⁴⁰⁶.

Il novero delle particolari clausole introducibili all'interno dello statuto è dunque molto vario. Tra le più comuni una menzione merita, soprattutto per le questioni sorte nel vigore della precedente disciplina e oggi superate in senso negativo con la riforma, la clausola che prevede la votazione a scrutinio segreto. Infatti una tale modalità risultava – e risulta – in contrasto con le norme che richiedono l'individuazione del socio al fine di consentirgli l'esercizio di ulteriori diritti di *voice* (si pensi al citato art. 2373 c.c., che rende annullabile la delibera assunta con il voto determinante del socio in conflitto di interessi, all'art. 2377 c.c., che attribuisce la legittimazione ad impugnare la delibera ai soci che non abbiano concorso ad approvarla, o all'art. 2437 *ter* c.c., che attribuisce al socio che non ha concorso all'approvazione di talune delibere, il diritto di recesso).

Diversamente, con riferimento alla delibera di nomina delle cariche sociali, se da un lato è stato sostenuto che la votazione a mezzo schede prestampate non fosse illegittima purché fosse data la possibilità al socio di cancellare i nominativi prestampati e sostituirli con altri di proprio gradimento, per salvaguardare il suo diritto di elettorato attivo e di elettorato passivo⁴⁰⁷, dall'altro lato è stata ritenuta legittima la clausola statutaria che introduce la votazione segreta per la nomina delle cariche

⁴⁰⁶ Tribunale Milano Sez. VIII, 25-05-2010 in *Giur. It.*, 2011, 10, 2088 nota di Michieli: “La clausola statutaria che prevede la decadenza automatica dell'intero consiglio di amministrazione per dimissioni della maggioranza dei suoi membri (*simul stabunt simul cadent*), è pienamente valida e lecita ma, nella sua applicazione, incontra l'insuperabile limite della clausola generale di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. Ove, quindi, venga applicata sulla base di presupposti messi in atto quale mero pretesto per procurare un effetto estraneo alla finalità tipica del sistema statutario previsto, si qualifica come negozio indiretto teso a realizzare un interesse giuridicamente non meritevole di tutela, con la conseguenza che sorge un diritto risarcitorio in capo all'amministratore revocato senza giusta causa”.

⁴⁰⁷ Cfr. una per tutti Cass. 19 ottobre 1990, n.10171, in *Foro it.* 1991, I, 2154, in un caso che riguardava una società cooperativa ma con affermazioni estensibili anche alle s.p.a., data la loro portata di principio generale.

sociali, purché essa attribuisca ai soci che lo richiedano il diritto di far risultare dal verbale in maniera palese l'esito della loro votazione o eventualmente la loro astensione⁴⁰⁸.

In pratica ciò che si sostiene è che, per la peculiarità della delibera di nomina delle cariche sociali, la libertà di esprimersi liberamente da parte del socio e di autodeterminarsi, nel rispetto del principio di parità di trattamento, non verrebbe rispettato se non con l'utilizzo dello scrutinio segreto⁴⁰⁹.

3.3. Ampliamento dei poteri di ispezione e controllo

È stata affrontata nel primo capitolo – cui si rinvia – la questione dei poteri di ispezione e di controllo riconosciuti al socio. In particolare si è fatta menzione del diritto, riconosciuto al socio ai sensi dell'art. 2422 c.c., di esaminare ed estrarre copia del libro soci e del libro delle adunanze e delle deliberazioni assembleari, nell'ottica di soddisfare il suo interesse individuale alla conoscenza di fatti societari diversi dalle vicende meramente gestionali.

Abbiamo concluso rappresentando che si tratta di uno schema abbastanza scarno, soprattutto se confrontato con i poteri di controllo che spettano ai soci non amministratori nelle società a responsabilità limitata.

È stato altresì affrontato il diverso tema della configurabilità del diritto di ispezione (e quindi controllo) alla stregua della previsione contenuta all'art. 2388, comma 4, c.c., che attribuisce ai soci la possibilità di

⁴⁰⁸ Cfr. l'orientamento del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili del Triveneto (massima H.B.7 – 1 pubbl. 9/04) in www.notaitriveneto.it/, secondo la quale: «Per le votazioni relative alla nomina dei componenti gli organi sociali, non concretizzandosi nell'espressione di un consenso o di un dissenso bensì nell'espressione di una o più preferenze, è possibile procedere con votazioni segrete, purché la clausola statutaria che introduce tale previsione attribuisca ai soci che lo richiedano il diritto di far risultare dal verbale in maniera palese l'esito della loro votazione o eventualmente la loro astensione».

⁴⁰⁹ Nel senso invece che il voto segreto sia illegittimo anche per la nomina alle cariche sociali GRIPPO G., *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), 16, II, Torino, 1993. Fra gli autori che riconoscono invece la validità dello scrutinio segreto v. DI SABATO F., *Manuale delle società*, op. cit., 453.

impugnare le deliberazioni del consiglio di amministrazione che risultino lesive dei propri diritti, concludendo nel senso che la previsione di un diritto di impugnazione non può non presupporre, includendolo, anche il diritto di ispezionare, ove necessario, il libro delle adunanze e deliberazioni dell'organo gestorio (ottenendone eventualmente copie ai sensi dell'art. 2422 c.c., ritenuto applicabile alla fattispecie).

Naturalmente, all'autonomia statutaria viene lasciata la libertà di ampliare tali poteri di ispezione e controllo, eventualmente riconoscendone anche di nuovi, esercitabili singolarmente da ciascun socio. Nulla osterebbe dunque a riconoscere all'azionista un set di tutele più ampio (similmente a quanto avviene nelle società a responsabilità limitata), purché circoscrivendo la previsione in modo tale che essa non determini un aggravio eccessivo a scapito dell'efficienza organizzativa della società e dei suoi amministratori (e nella pratica una tale previsione è più facilmente inserita in accordi parasociali più che sociali, proprio per evitare il rischio di appesantire l'attività degli organi gestori).

Tuttavia, per quanto l'introduzione di una tale previsione sia di certo auspicabile, non possiamo non rilevare come essa appaia di difficile applicazione. La presenza nello statuto di una tale clausola potrebbe essere determinata dalla concessione da parte della maggioranza ad un socio, per quanto di minoranza, particolarmente qualificato, che quindi, si suppone, abbia la forza non soltanto di imporre una tale previsione, ma di avere una influenza anche di altro tipo sulla gestione.

D'altro canto neppure riterremo che una tale previsione possa essere inclusa in quelle la cui soppressione determina il diritto di recesso del socio che non vi ha concorso, non potendo rientrare tra i diritti di partecipazione la cui eliminazione può determinarne l'esercizio, di tal che la maggioranza potrebbe in ogni momento deliberare la modifica statutaria che sopprime la relativa clausola.

3.4. Clausole di co-vendita

È prassi invalsa e sempre più frequente l'introduzione nello statuto di c.d. clausole di covendita, ovvero di *drag along*, di *bring along* e di *tag along*, pattuizioni che prevedendo un vero e proprio vincolo al trasferimento delle partecipazioni⁴¹⁰.

Tali previsioni, nate come pattuizione parasociale, sono poi divenute oggetto di trasposizione in ambito sociale, probabilmente in seguito all'introduzione dei limiti di durata dei patti parasociali⁴¹¹, avvenuto con la Riforma del 2003, ai sensi dell'art. 2341 bis c.c.⁴¹²

La clausola *tag along* è una disposizione prevista a tutela dei soci di minoranza.

Nel caso il socio di maggioranza voglia cedere il proprio pacchetto azionario, la clausola *tag along* permette ai soci di minoranza di vendere le proprie azioni alle medesime condizioni e allo stesso prezzo concordati dal socio alienante con l'acquirente, sfruttando, dunque, la forza contrattuale del socio di maggioranza. Essa prevede, infatti, che il terzo – acquirente della partecipazione di maggioranza – si renda cessionario anche delle partecipazioni dei soci di minoranza, e determina la

⁴¹⁰ SANGIOVANNI V., *Le pattuizioni di co-vendita quali limiti alla circolazione di azioni e quote*, in *Notariato*, 6, 2013, 695.

⁴¹¹ Consiglio Notarile di Roma, Massima n. 7, Clausole di co-vendita e di trascinamento: tipologia e limiti di validità, luglio 2013: «la clausola attribuisce un diritto potestativo al solo socio di maggioranza (o suoi aventi causa) ed inconseguenza impone un soggezione al socio di minoranza. Il socio di maggioranza rimane infatti libero di alienare la propria partecipazione senza trascinare con sé anche il socio di minoranza, ma se lo ritiene opportuno a suo insindacabile giudizio, può operare tale trascinamento indipendentemente dal concorso della volontà del socio di minoranza. Quest'ultimo dunque perde il diritto di alienare autonomamente o non alienare la propria partecipazione. Tale clausola assolve dunque alla funzione di consentire al socio di maggioranza di: agevolare la cessione del pacchetto di maggioranza laddove il possibile acquirente non intenda effettuare l'investimento se non acquistando l'intero capitale sociale; - valorizzare meglio la propria partecipazione laddove in base allo statuto sociale alle minoranze spettino particolari diritti di voice (anche in ragione del rafforzamento dei quorum assembleari legali) che renderebbero meno solida e dunque meno appetibile la posizione del socio di maggioranza. Per tale ragione si tratta di clausole sovente richieste dal c.d. partner industriale, vale a dire da colui che sia in senso economico il vero e proprio soggetto imprenditoriale attivamente partecipe alla gestione sociale».

⁴¹² DIVIZIA P., *Clausole statutarie di covendita e trascinamento*, in *Notariato*, 2009, 157.

sospensione dell'efficacia della vendita azionaria da parte del socio di maggioranza per un certo periodo di tempo, durante il quale i soci di minoranza decidono se avvalersi della facoltà loro concessa dalla clausola ed alienare le loro azioni in favore dell'acquirente delle azioni del socio di maggioranza.

Nel caso in cui i soci di minoranza decidano di esercitare il diritto derivante dalla clausola *tag along*, verrà definita una nuova proposta di vendita da proporre all'acquirente.

Al contrario, la clausola di trascinamento, c.d. *drag along*, attribuisce ad uno o più soci (nella prassi, il socio di maggioranza) il diritto, al ricorrere di talune condizioni, di obbligare gli altri soci (nella prassi i soci di minoranza) a cedere le loro partecipazioni ad un determinato prezzo, ad un terzo acquirente, che diventerà così titolare dell'intera partecipazione sociale.

Diversamente con la clausola di *tag along* il socio di maggioranza che intende alienare le proprie partecipazioni si impegna a garantire ai soci di minoranza l'impegno da parte del terzo acquirente interessato all'acquisto delle sue quote, anche all'acquisto delle quote di minoranza ed alle stesse condizioni economiche. Le due clausole hanno una differente funzione. Mentre la seconda è posta a tutela del socio di maggioranza, che può sfruttare al massimo il valore del pacchetto azionario negoziando con il terzo interessato, l'acquisto della totalità del pacchetto azionario escludendo di fatto i soci sgraditi, la prima è posta a tutela del socio di minoranza, che può decidere di non volere più far parte della società se vi entra un socio sgradito, cedendo la propria partecipazione ad un valore che tiene conto del premio di maggioranza, garantendone dunque l'*exit*, che altrimenti non potrebbe esercitare.

La clausola che contiene il patto di trascinamento, c.d. *bring along*, similmente al *drag along*, è volta a tutelare il socio di maggioranza, che intenda alienare il proprio pacchetto azionario, nei casi in cui i soci di minoranza – o anche solo taluni di essi – detengano taluni diritti

particolari o abbiano la possibilità di esercitare una certa influenza. È il caso di quelle clausole statutarie che attribuiscono ai soci di minoranza un diritto di veto su talune delibere assembleari o ad esempio sulla nomina di alcuni amministratori. In questi casi, la presenza di soci di minoranza con tali diritti potrebbe scoraggiare i potenziali acquirenti della partecipazione.

Anche tale clausola, pone in uno stato di soggezione i soci di minoranza e riconosce al socio di maggioranza, che intende cedere le sue azioni (totalmente o in parte), il diritto di obbligare i soci di minoranza ad alienare le proprie (totalmente o proporzionalmente), consentendo di preservare il premio di maggioranza.

In entrambi i casi la circostanza che tali clausole vengano introdotte all'interno dello statuto piuttosto che in un accordo di tipo parasociale, gli attribuisce una efficacia reale, ciò determinando, vista la particolarità intrinseca di tali clausole legata alla loro atipicità, la necessità di circoscriverle entro ben precisi paletti di efficacia, soprattutto per evitare il rischio di abuso del socio di maggioranza, rispetto al suo diritto di obbligare il socio di minoranza a vendere la partecipazione al prezzo dallo stesso concordato con il terzo acquirente⁴¹³.

In mancanza di una espressa disciplina codicistica di tali clausole, si è detto, atipiche, la giurisprudenza ritiene che la loro ammissibilità debba essere valutata applicando analogicamente le norme che regolano la soggezione delle azioni ad un potere di riscatto, potendo essere assimilate più che ad un limite alla circolazione delle partecipazioni, alla fattispecie delle azioni riscattabili espressamente prevista dall'art. 2437 *sexies* cod. civ.⁴¹⁴.

⁴¹³ È pacifica l'efficacia obbligatoria e non reale del patto di covendita che non sia stato inserito in statuto. Cfr. una per tutti *Cass. civ.*, 3 giugno 2014, n. 12370, in *Notariato*, 2014, 390 e in dottrina D'ALESSANDRO A., *Patti di co-vendita, tag along e drag along*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 373.

⁴¹⁴ In questo senso Trib. Milano, 1 aprile 2008, in *Giur. It.*, 2009, 381, con nota di Weigmann. Di diverso avviso DIVIZIA P., *Clausole di tag-along e drag-along e modalità di introduzione nello statuto*, in *Notariato*, 2011, 401.

In pratica, la clausola statutaria di c.d. *drag along* può essere ricostruita, conformemente alla giurisprudenza più recente, come una concessione da parte del socio di minoranza (promittente) al socio di maggioranza (stipulante) di "un'opzione call a favore di terzo" 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 maggioranza⁴¹⁵.

Si tratta della tipologia più critica rispetto alla tutela del socio di minoranza (così come la clausola di *bring along*, che ne è parente stretta), tanto che è stata variamente risolta la questione della necessità o meno dell'armonizzazione della clausola con il "principio di equa valorizzazione della partecipazione obbligatoriamente dismessa"⁴¹⁶.

La questione maggiormente dibattuta riguarda la ammissibilità o meno della introduzione del diritto del socio di maggioranza di "forzare" la vendita del socio di minoranza (non in sede di costituzione della società ovvero comunque con il consenso di tutti i soci ma) in via di delibera assembleare adottata a maggioranza, eventualmente con il voto contrario dei soci destinati ad essere "forzati" alla vendita. La soluzione, secondo la giurisprudenza, non può che essere negativa, poiché una tale clausola non sarebbe riconducibile al *genus* di clausole recanti meri vincoli alla circolazione delle azioni ma risulta invece incentrata sulla previsione di un ben più rilevante congegno di "vendita forzata" delle azioni di minoranza, innescato ad iniziativa unilaterale del solo socio di

⁴¹⁵ In questo senso Tribunale Milano Ord., 31-03-2008, nota di DI BITONTO, in *Società*, 11, 2008, 1373, il quale ritiene altresì che «Condizione primaria di validità della clausola di c.d. "drag-along" è che non determini un effetto espropriativo della differenza tra il valore effettivo delle azioni alienande e il valore convenzionalmente fissato per il loro trasferimento; ciò implica che essa dovrebbe garantire che sia offerto al socio costretto alla dismissione almeno il valore che gli sarebbe spettato in caso di recesso, determinato secondo quanto stabilito nell'art. 2437 ter, commi 2 e 4, c.c. ».

⁴¹⁶ Sulla necessità della armonizzazione di è espresso il Tribunale di Milano, ord. 31/3/2008 cit.

maggioranza. Il contenuto della clausola, dunque, pur incidendo sulla libera disponibilità della propria partecipazione in capo ai soci di minoranza, determinerebbe nella pratica la privazione dei soci destinatari dell'obbligo di vendita di ogni potere dispositivo. Ciò determina altresì la conseguenza che una tale clausola, pur essendo in astratto assimilabile alla tipologia di clausole di cui all'art. 2355 *bis* c.c., che introduce particolari condizioni per il trasferimento azionario, non comporta comunque la soggezione di determinati soci a iniziative di vendita altrui e la loro soggezione alla altrui decisione, ma appare se mai assimilabile, come anticipato, rispetto alla fattispecie delle azioni riscattabili prevista dall'art. 2437 *sexies* cod. civ.⁴¹⁷.

Sul punto anche il Notariato aveva sostenendo che l'introduzione di clausole di tal fatta richiederebbe il consenso dei titolari delle azioni che, all'esito della modifica statutaria, sarebbero soggette al potere di riscatto, parallelamente ritenendo che la deliberazione assembleare a maggioranza potrebbe comunque essere ritenuta sufficiente ove «la riscattabilità sia prevista quale condizione in cui qualsiasi azione può incorrere al verificarsi di particolari situazioni e, al momento dell'inserimento, nessuno degli azionisti si trovi in tali situazioni (ad esempio, qualora sia previsto che il riscatto possa operare in caso di

⁴¹⁷ In questo senso sempre Tribunale Milano Sez. VIII, Sent., 24-03-2011 secondo il quale: «La omogeneità tra le clausole di riscatto e le clausole di trascinamento forzoso quale quella in esame è discussa in giurisprudenza e in dottrina (cfr. la motivazione dei provvedimenti citati sopra nella nota 3), in particolare da taluni rilevandosi come nel caso di trascinamento forzoso con previsione di prelazione - a favore del socio "forzabile" quest'ultimo possa sempre evitare il trascinamento esercitando il diritto di prelazione, cosicché, in sostanza, la soggezione alla iniziativa altrui non sarebbe in questo caso inevitabile, come invece accade nell'ipotesi di riscatto: tali osservazioni non paiono determinanti al Tribunale ai fini che qui interessano, per l'assorbente rilievo che la previsione di prelazione lascia comunque esposto il socio "forzabile" a variabili relative alle proprie disponibilità finanziarie nel momento della iniziativa altrui, cosicché il meccanismo della prelazione non pare di per sé idoneo in linea generale a sottrarre il socio "forzabile" alla soggezione al potere di vendita altrui».

superamento di una determinata soglia di possesso azionaria, e nessuno degli azionisti possieda, al momento dell'inserimento, quella quota)»⁴¹⁸.

Ciò nondimeno si ritiene che la clausola di *drag along* sia introducibile a maggioranza qualora sia strutturata come clausola che attribuisce il diritto del socio titolare del *drag* di decidere lo scioglimento anticipato della società, ponendo a termine l'investimento nel capitale sociale della società da parte di tutti i soggetti che siano soci al momento in cui il diritto viene esercitato⁴¹⁹.

Ciò purché tale clausola preveda la contestuale cessione di tutte le azioni e la liquidazione ai soci di una somma di importo non inferiore a quella che percepirebbero in caso di recesso, in condizioni di parità di trattamento tra tutti i soci. Tutto nel rispetto del principio di buona fede

⁴¹⁸ Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 99, in www.consiglionotarilemilano.it.

⁴¹⁹ Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima H.I.19 - Limiti di validità delle clausole statutarie che obbligano determinati soci a cedere le proprie azioni nel caso in cui altri soci decidano di alienare le loro - 1° pubbl. 9/06 – modif. 9/17 – motivato 9/17 in <http://www.notaitriveneto.it>: «Qualora le clausole statutarie di drag-along (quelle cioè che attribuiscono a determinati soci il diritto di vendere unitamente alle loro azioni anche quelle dei restanti soci) non siano strutturate come un diritto di opzione call ma come l'attribuzione ai soci di maggioranza del diritto di porre termine all'investimento comune effettuato da tutti i soci, le stesse appaiono introducibili nello statuto con le maggioranze richieste per la sua modifica (cfr. Trib. Milano, sez. VIII, decr. 22 dicembre 2014). Così strutturate, infatti, le clausole di drag-along non attribuiscono ai soci di maggioranza un diritto nuovo e individuale non previsto dall'ordinamento, ma si limitano a prevedere una particolare modalità di liquidazione di tutti i soci (la vendita diretta della società anziché del suo contenuto) all'esito dell'esercizio di un diritto tipico già codificato: quello di deliberare a maggioranza in qualsiasi momento lo scioglimento anticipato della società, cioè il disinvestimento collettivo. All'esito di una delibera di scioglimento anticipato, infatti, i soci che non condividono tale decisione sono comunque costretti a subirla, vedendo mutati i loro diritti partecipativi nel diritto alla liquidazione secondo le regole eventualmente predeterminate nell'atto costitutivo o nello statuto ai sensi dell'art. 2487, comma 1, c.c.. Affinché una clausola di drag-along abbia le caratteristiche di una disposizione statutaria che, per quanto atipica, si limiti a contemplare una particolare modalità di liquidazione dei soci all'esito di una decisione di disinvestimento collettivo senza attribuire alcun diritto di opzione call, la stessa deve necessariamente prevedere: a) la cessione contestuale di tutte le azioni; b) che sia garantito ad ogni socio il diritto ad essere liquidato con una somma non inferiore a quella che si determinerebbe all'esito della liquidazione formale della società (dunque con una somma almeno pari a quella determinata ai sensi dell'art. 2437 ter c.c.); c) che sia garantita la parità di trattamento tra soci. Qualora la clausola di drag-along non abbia tali caratteristiche, la stessa potrà essere inserita nello statuto soltanto con il consenso di tutti i soci».

al quale devono essere improntate le dinamiche endosocietarie, di tal che sarebbe viziata la delibera che modificando lo statuto sociale sia preordinata all'unico fine di indebolire la posizione del socio di minoranza⁴²⁰.

Dunque, se le clausole di covendita possono essere introdotte a maggioranza, si impone l'esigenza di tutelare il socio dissenziente, facendo applicazione del citato principio di equa valorizzazione delle quote, utilizzando la disciplina del riscatto, diversamente potendo rivelarsi, tale meccanismo, un esproprio⁴²¹.

In ogni caso le clausole che obbligano alla vendita devono assicurare al socio obbligato una valorizzazione equa, intendendosi per tale quella che sia almeno almeno pari a quella spettante in caso di recesso, della partecipazione oggetto dell'obbligo di cessione⁴²².

⁴²⁰ In questo senso MAGLIULO F., *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nelle nuove s.p.a.*, Milano, 2004, 111.

⁴²¹ In questo senso testualmente ABRIANI N., *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, in *Giur. It.*, 2010, 2228.

⁴²² Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 88, Clausole statutarie disciplinanti il diritto e l'obbligo di "covendita" delle partecipazioni (artt. 2355-bis e 2469 c.c.), 22 novembre 2005: «La prassi sta dimostrando interesse per l'inserimento, nello statuto sociale, di clausole di covendita, (dette anche di "trascinamento", ovvero anche "tag along" o "drag along"). Si tratta, in buona sostanza, delle clausole che prevedono (in via alternativa ovvero in combinazione tra loro) il diritto: (a) di alcuni soci (in genere, la minoranza) nel caso di vendita da parte di altri (in genere, la maggioranza), di cedere a loro volta le partecipazioni possedute, a condizioni economiche predeterminate (in genere, ma non necessariamente, a parità di condizioni); (b) di alcuni soci (in genere, la maggioranza) di costringere altri soci (in genere la minoranza) a cedere a condizioni economiche predeterminate (in genere, ma non necessariamente, a parità di condizioni) le partecipazioni possedute, nel caso di alienazione da parte dei primi. Il limite di durata massima che la riforma ha disposto anche per i patti parasociali delle società non quotate è, assai probabilmente, circostanza che concorre al nuovo interesse per l'inserimento in statuto di questo genere di pattuizioni; esse, infatti, avevano finora avuto sede naturale, almeno di massima, negli accordi tra i soci, e della loro validità, nel contesto di tali accordi diretti, dotati di efficacia limitata alle parti contraenti, non si era sostanzialmente dubitato. Il giudizio nei confronti della clausola di covendita merita nuova riflessione allorché la stessa, nelle sue varie configurazioni contenutistiche, assurga a regola statutaria. Le conseguenze che ne derivano in termini di opponibilità alla generalità dei soci (attuali ma soprattutto futuri) ed ai terzi, esigono infatti che essa si conformi alle regole che l'ordinamento fissa per la validità delle clausole statutarie limitative alla circolazione delle partecipazioni, tenendo conto altresì del concorrente principio

Le stesse preoccupazioni rappresentate per il caso di clausole di covendita valgono, *mutatis mutandis*, per la c.d. *russian roulette*, clausola che, al ricorrere di talune situazioni, prevede l'uscita forzata di uno dei soci. Può trattarsi di ipotesi di stallo decisionale (c.d. *dead-lock*), ovvero di mancato rinnovo del patto alla scadenza.

Ad esempio si tratta della clausola che al verificarsi di specificate disposizioni di stallo decisionale, consente ad un socio di determinare (autonomamente e senza dover seguire criteri predeterminati) il prezzo della propria partecipazione e di invitare l'altro o gli altri soci, in capo ai quali sarebbe sorta un'obbligazione alternativa ai sensi dell'art. 1285 c.c., ad acquistarla ovvero, alternativamente e a sua discrezione, a cedere al socio alienante la propria partecipazione per il medesimo prezzo.

3.5. Clausole di prelazione propria e impropria

Come anticipato, la disciplina positiva consente all'autonomia privata di inserire all'interno dello statuto sociale clausole limitative del trasferimento azionario. Tali clausole possono prevedere un diritto di prelazione di tipo "tradizionale" a favore di determinati o di tutti i soci

secondo il quale, al venir meno (forzato) della qualità di socio, deve accompagnarsi il riconoscimento del giusto valore della partecipazione dismessa. Che la clausola possa concretamente atteggiarsi a limitazione del potere di disporre è dimostrato già ove si consideri l'ipotesi sopra indicata sub a), posto che il socio che aspira alla vendita è tenuto a rendere conto anche agli altri soci partecipi dell'operazione programmata; egli, in buona sostanza, patisce un onere, non soddisfacendo il quale gli resta impedito di alienare la propria partecipazione. La clausola che, secondo quanto esposto sub b), obbliga poi alcuni soci ad alienare la propria partecipazione alle condizioni pattuite da altri soci, (oltre a concretare anch'essa, come è evidente, limitazione al diritto di disporre autonomamente), non può d'altra parte, nei suoi contenuti concreti, essere incompatibile con il principio della equa valorizzazione della partecipazione stessa: sembrano in tal senso deporre le norme in materia di azioni riscattabili (si veda l'art. 2437-sexies c.c., con riferimento alla s.p.a.) e quelle in materia di esclusione (si veda l'art. 2473-bis c.c., con riferimento alla s.r.l.). In entrambi i casi, infatti, si tratta - come è per questo tipo di clausola di covendita - di situazioni idonee a determinare, forzatamente, la perdita della qualità di socio, ed appare significativo che il legislatore, nei due casi anzidetti, si preoccupi di affermare, mediante rinvio alle modalità di determinazione del valore spettante al recedente, il diritto alla esatta soddisfazione patrimoniale».

(c.d. prelazione propria), ovvero possono prevedere che il trasferimento avvenga ad un corrispettivo quantitativamente o qualitativamente diverso rispetto a quello concordato con il terzo acquirente. In tale seconda ipotesi si parla di prelazione impropria, sia rispetto al valore di acquisto, che rispetto alla natura dei negozi cui essa si riferisce. Si tratta di limitazioni al trasferimento delle partecipazioni che vanno ad integrare quelle particolari condizioni di cui all'art. 2355 *bis* c.c. (e per le s.r.l. all'art. 2469 c.c.) e sono pertanto soggette alla relativa disciplina, incluso il limite temporale di cinque anni.

Le questioni inerenti la validità di tali clausole deve essere affrontata sotto diversi profili. Infatti, ancora la giurisprudenza recente affronta la questione della introduzione di tali clausole (soprattutto con riferimento alle s.r.l.) a maggioranza piuttosto che all'unanimità⁴²³, già ammessa prima della riforma del diritto societario, per quanto si trattasse di questione a lungo dibattuta⁴²⁴⁴²⁵.

423 Cfr. Tribunale Milano Decr., 22-12-2014, in *Giur. It.*, 2015, 5, 1157 nota di Lucato, Goitre, secondo cui: «E' ammissibile l'introduzione a maggioranza, nello statuto di una società a responsabilità limitata, di una clausola di covendita, in base alla quale un socio abbia il diritto di procurare la vendita a un terzo delle partecipazioni di uno o più degli altri soci, purché, al momento dell'introduzione di tale clausola, nessuno dei soci si trovi nelle condizioni che gli consentirebbero di esercitare la covendita e purché tale clausola garantisca ai soci obbligati a cedere le proprie quote una loro equa valorizzazione». Per una ricostruzione della questione cfr. Meli V., *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, 1991, 212.

424 Per l'orientamento maggioritario prima della riforma, che riteneva necessaria l'unanimità dei consensi, cfr. *ex multis*, Cass. civ., 8 gennaio 1970, n. 52, in *Giust. Civ.*, 1970, I, 7; Id., 14 gennaio 1977, n. 171, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 131; Id., 9 novembre 1993, n. 11057, in *Vita Notar.*, 1994, 820 e in dottrina ASCARELLI T., *Sui limiti statutari alla circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Banca Borsa*, I, 1953, 281; FERRI G., *Soppressione a maggioranza del diritto di prelazione attribuito ai soci nello statuto sociale?*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1980, 255. Per l'orientamento minoritario prima della riforma, che aveva ritenuto sufficiente la maggioranza richiesta per le modifiche statutarie per l'introduzione delle clausole di prelazione cfr. per le S.r.l., App. Bologna, 15 settembre 1993, in *Società*, 1994, per le S.p.A. Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292, in *Dir. Fall.*, 1961, II, 302.

425 Cfr. sul punto Cass. civ., 19 agosto 1996, n. 7614, in *Società*, 1997, 4, 390 con nota di Nazzicone e in *Giur. It.*, 1997, 7, con nota di Desana secondo cui «Può ammettersi, infatti, che una clausola di prelazione non possa essere introdotta a maggioranza nello statuto della società, se prima essa non sia stata approvata da tutti i soci, perché la sua

Altra questione inerisce poi il meccanismo per determinare il valore di cessione in presenza di quelle clausole di prelazione, c.d. impropria, che rimettono ad un terzo arbitratore il compito di determinare il prezzo delle quote, qualora quello offerto dal terzo risulti inadeguato. L'obiettivo della clausola è di impedire che, mediante l'offerta di acquistare la quote ad un prezzo eccessivamente oneroso, il terzo possa rendere impossibile agli altri soci l'esercizio del diritto di prelazione⁴²⁶. Dunque, la validità di tale clausole è subordinata al fatto che esse garantiscano al socio cedente il giusto prezzo, da individuare con riferimento al valore di mercato della partecipazione⁴²⁷.

Nulla quaestio circa la loro validità nel caso in cui esse, pur eccedendo il limite temporale di cinque anni, prevedano un corrispettivo che sia almeno pari a quello che si sarebbe determinato nell'ipotesi di recesso; diverso il caso in cui il meccanismo di determinazione porti ad un risultato significativamente inferiore, laddove si ritiene che dette clausole determinino una limitazione al trasferimento, sostanzialmente assimilabile ad un mero gradimento. In tal caso l'efficacia della clausola è subordinata alla circostanza che esse prevedano espressamente una ipotesi di recesso⁴²⁸.

ineliminabile valenza parasociale ne costituisce il necessario presupposto di operatività, solo in presenza del quale assume significato l'inserire una tal clausola nello statuto per attribuirle anche valore organizzativo e conseguente efficacia reale. Ma nulla impone, invece, di ritenere necessario il consenso unanime dei soci per eliminare dallo statuto sociale una clausola di prelazione a suo tempo regolarmente stipulata ed inserita, a fini organizzativi dell'ente, in detto statuto" la stessa giurisprudenza afferma l'efficacia reale della clausola di prelazione, stabilendo che: "la clausola statutaria di prelazione avrebbe efficacia reale ed i suoi effetti sarebbero opponibili anche al terzo acquirente: perché, appunto, si tratta di una regola del gruppo organizzato alla quale non potrebbe non sottostare chiunque volesse entrare a far parte di quel gruppo».

⁴²⁶ Cfr. sul punto STANGHELLINI L., *I limiti statuari alla circolazione delle azioni*, Milano, 1997.

⁴²⁷ Cfr. sul punto CAVANNA S., *L'omologazione dell'atto costitutivo delle società di capitali*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Milano, 1998, 447 e in giurisprudenza Trib. Vicenza, 25 gennaio 1993, in *Società*, 1993, 371.

⁴²⁸ Cfr. sul punto STANGHELLINI L., *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, in *Azioni*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Grezzi E M. Notari, Milano, 2008, p. 585, il quale rappresenta come, la clausola,

Poniamo il caso dell'art. 2355 *bis* c.c. che prevede, per il caso di previsione statutaria che, introducendo particolari condizioni limitative del trasferimento azionario, lo subordini al mero gradimento di organi sociali o di altri soci e che non preveda, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante al prezzo (o al valore di liquidazione) individuato applicando la disciplina sul recesso. Eppure la giurisprudenza e la prassi hanno affermato nel corso del tempo che la *ratio* della norma sia quella di non rendere prigioniero il socio della società, consentendogli di uscire anche laddove la società non gradisca l'acquirente. In tal caso appunto il diritto di *exit* del socio è garantito dall'obbligo legale a carico della società di acquistare la partecipazione ad un prezzo predeterminato. Diversamente è ritenuta valida anche una clausola che preveda l'obbligo della società di procurare acquirente "gradito", in sostituzione di quello "non gradito", ovvero di una clausola che fissi il corrispettivo per la partecipazione nello stesso prezzo concordato con il terzo. In tali casi la clausola di gradimento resta pienamente valida ed efficace purché consenta la piena soddisfazione del diritto del socio, anche se diversamente ottenuta rispetto alle previsioni di una norma di legge⁴²⁹.

ancorché formalmente configurata come una prelazione, laddove preveda un prezzo irrisorio di acquisto, sia nella sostanza equiparabile ad una clausola di gradimento "a rifiuto garantito". Infatti i beneficiari del diritto di prelazione saranno portati a impedire l'acquisto del terzo, appropriandosi delle azioni del socio. Cfr. sul punto altresì Consiglio Notarile di Milano, Massima 85 del 15 novembre 2005, Limiti di efficacia della clausola di prelazione c.d. "impropria" negli statuti di s.p.a. e Massima 86 del 15 novembre 2005, Clausola di prelazione c.d. "impropria" negli atti costitutivi di s.r.l..

⁴²⁹ Cfr. in questo senso Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 32 Condizioni di efficacia delle clausole di mero gradimento nella s.p.a. (art. 2355 *bis* c.c.) (19 novembre 2004), secondo cui: «Le clausole di mero gradimento contenute nello statuto di s.p.a. sono efficaci anche nel caso in cui (pur non prevedendosi il diritto di recesso ovvero l'obbligo, per la società o per gli altri soci, di acquistare le azioni al valore stabilito per il recesso, come prevede l'art. 2355 *bis* c.c.) contemplino l'obbligo per la società o per gli altri soci di acquistare "a parità di condizioni", cioè al prezzo che l'alienante ha concordato con il terzo non gradito, ovvero l'obbligo, per la società, di procurare altro acquirente gradito, che acquisti al valore stabilito per il recesso o "a parità di condizioni».

Sempre in tema di clausole statutarie di intrasferibilità, ben potrebbe la clausola stessa limitare la sua applicazione, attraverso l'esclusione ad alcune fattispecie negoziali di trasferimento (ad esempio in caso di pegno o di donazione, o di trasferimenti operati a favore di determinati soggetti o categorie di soggetti).

Nel caso in cui la clausola (inserita nello statuto di s.p.a. con azioni nominative o non emesse) vieti il trasferimento delle partecipazioni salvo il consenso degli altri soci, la sua efficacia è subordinata alla circostanza che il divieto sia contenuto nel limite temporale di cinque anni (e nelle s.r.l., può essere accompagnata all'esclusione del diritto di recesso nel limite temporale di due anni). Ciò in quanto l'incidenza del vincolo apposto in tali ipotesi alla circolazione della partecipazione (consenso degli altri soci o, se si vuole, mero gradimento) è comunque di grado inferiore al divieto assoluto di trasferibilità. In mancanza di limiti temporali di operatività conformi a quelli di cui all'articolo 2355 *bis* c.c., la clausola sarà efficace unicamente nell'ipotesi in cui sia prevista l'applicazione, per il caso di mancato consenso al trasferimento, dei "correttivi" indicati nell'art. 2355 *bis* c.c., ovvero obbligo di acquisto a carico della società o degli altri soci oppure diritto di recesso dell'alienante⁴³⁰.

In ogni caso, secondo la giurisprudenza più recente, l'acquisto effettuato in violazione della clausola di prelazione attribuisce il diritto,

⁴³⁰ In questo senso si è espresso il Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 92, Deroga al divieto statutario di trasferimento delle partecipazioni (artt. 2355 *bis* - 2469 c.c.) (18 maggio 2007), che così recita: «Non è sufficiente il consenso dei soci, espresso al di fuori di un'assemblea straordinaria (nella s.p.a.) o di un'assemblea che deliberi con le maggioranze e con le forme necessarie per modificare l'atto costitutivo (nella s.r.l.), per trasferire con effetto verso la società le azioni o le partecipazioni la cui circolazione è vietata dallo statuto in conformità al disposto degli articoli 2355 *bis*, comma 1, o 2469 c.c.. Nella s.p.a. è comunque legittima la clausola che - nel limite temporale di cinque anni previsto dall'art. 2355 *bis*, comma 1, c.c. - preveda il divieto del trasferimento delle azioni e nel contempo l'ammissibilità del trasferimento stesso in presenza del consenso dei soci. Nella s.r.l. la medesima clausola determina il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 2469, comma 2, salva la possibilità di escluderlo limitatamente ad un periodo massimo di due anni».

al socio pretermesso di richiedere il risarcimento del danno subito, ma non di ottenere il riscatto delle azioni alienate in violazione della clausola⁴³¹.

4. Un confronto tra prassi statutarie e clausole parasociali: sguardo di sintesi e rinvio

Non è infrequente che le particolari pattuizioni di cui si è finora discusso non vengano inserite all'interno dello statuto sociale, ma siano consacrate in un separato accordo tra i paciscenti, a cui rimane estranea la società e i soci non aderenti⁴³². Appare ormai superata la questione circa l'invalidità di tali patti in assoluto⁴³³, nonché circa la loro effettiva efficacia, circoscritta ai rapporti di tipo obbligatorio e non reale, se non una volta che la relativa pattuizione venga inserita all'interno dello

⁴³¹ Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese Ord., 09-03-2015, in *Quotidiano Giuridico*, 2015 nota di Ferrari, che testualmente afferma: "In caso di violazione del patto di prelazione, il socio pretermesso può chiedere il risarcimento del pregiudizio subito, ma non può ottenere un provvedimento di sequestro giudiziario delle azioni, non essendo configurabile un suo diritto di riscatto della partecipazione oggetto della cessione".

⁴³² Esplicative e ancora attuali sul punto sono le parole del primo autore che si è occupato dell'argomento nel lontano 1942 e che, definiva i patti parasociali come «quelle convenzioni con cui i soci o alcuni di essi attuano un regolamento di rapporti difforme o complementare rispetto a quello previsto dall'atto costitutivo o dallo statuto della società» (OPPO G., *Contratti parasociali*, Milano, 1942).

⁴³³ La Giurisprudenza ha riconosciuto l'ammissibilità, anche con riferimento alle s.r.l. dei patti parasociali, sul rilievo che, (anche se al di fuori delle ipotesi di società a responsabilità limitata "controllanti" società per azioni, cui sono direttamente applicabili gli articoli 2341 *bis* e 2341 *ter* c.c.) la relazione al d.lgs. n. 6/2003 espressamente prevede come la disciplina dei patti parasociali «inserita nel capo relativo alle società per azioni, ha inteso regolare la fattispecie con riferimento a quel tipo sociale, perché in esso è più sentita l'esigenza di garantire regole certe e definite in considerazione della maggiore rilevanza per il pubblico e per il mercato finanziario; essa, ovviamente, non intende escludere la possibilità che analoghi patti riguardino altre forme di società, per le quali ovviamente resterà applicabile la disciplina generale dell'autonomia privata e dei contratti, così per esempio per le società a responsabilità limitata, come anche per le società di persone». In questo senso Cass. civ. Sez. I, 01-06-2017, n. 13877, in *Giur. It.*, 2018, 2, 398 nota di Luoni.

statuto. È ormai altresì pacifico che tali patti possano essere conclusi tra tutti i soci, tra alcuni di essi, tra soci e non soci⁴³⁴.

L'ipotesi più comune è quella dei sindacati di voto, ovvero di quei patti parasociali con i quali taluni soci disciplinano in via convenzionale l'esercizio del diritto di voto in assemblea. Non facendo parte del contratto sociale, le pattuizioni para sociali operano su di un piano meramente obbligatorio, di tal che la loro violazione può determinare unicamente il risarcimento del danno contrattuale derivante dall'inadempimento all'accordo, non potendo al contrario riflettersi sulla validità della delibera assembleare assunta in violazione delle previsioni del patto⁴³⁵.

La validità di tali pattuizioni, in linea generale ammissibili, deve essere valutata alla luce della conformità delle previsioni medesime rispetto a disposizioni imperative e quindi, trattandosi di contratto atipico, operando la valutazione di meritevolezza in conformità all'art. 1322, comma 2, c.c., risultando in concreto illegittime laddove violino tali norme imperative, ovvero laddove siano volte ad eludere quelle norme o principi generali dell'ordinamento che ad esse sono sottese⁴³⁶.

⁴³⁴ Cfr. Cass. civ. Sez. I Sent., 18-07-2007, n. 15963 (rv. 600414), in *Mass. Giur. It.*, 2007, secondo cui: «È valido l'accordo negoziale stipulato tra soci e terzi avente ad oggetto la ricapitalizzazione di una società a responsabilità limitata e la sua trasformazione in società per azioni anche se la delibera societaria possa astrattamente ritenersi viziata perché assunta sulla base di una situazione patrimoniale non corrispondente a quella reale. I patti parasociali, in quanto destinati a disciplinare convenzionalmente l'esercizio di diritti e facoltà dei soci, non sono vietati e possono essere stipulati non solo tra soci ma anche tra soci e terzi. Pur essendo vincolanti esclusivamente tra le parti contraenti e non potendo incidere direttamente sull'attività sociale, i patti parasociali devono ritenersi illegittimi solo quando il contenuto dell'accordo si ponga in contrasto con norme imperative o sia idoneo a consentire l'elusione di norme o principi generali dell'ordinamento inderogabili ma non quando sia destinato a realizzare un risultato pienamente consentito dall'ordinamento. (Rigetta, App. Torino, 26 Novembre 2003)».

⁴³⁵ Sul punto cfr. LIBERTINI M., *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del codice civile*, ivi, vol. 4, Torino, 2007, 459.

⁴³⁶ La stessa Relazione alla Riforma del Diritto Societario, ammettendo l'impossibilità di tipizzare un contenuto dei patti, demanda la valutazione circa la loro meritevolezza

È il caso della pattuizione parasociale che impegna i paciscenti a non deliberare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori. Una tale previsione è infatti nulla perché volta ad eludere gli articoli 2392 e 2393 c.c., che sanciscono l'inderogabilità ed esclusività della competenza assembleare in merito alla rinuncia o alla transazione dell'azione⁴³⁷.

In generale, quindi, le pattuizioni valide perché non avendo efficacia reale non violano il principio di libera determinazione al voto o al corretto funzionamento dell'assemblea (la volontà sul voto può formarsi anche al di fuori della adunanza assembleare)⁴³⁸, diventano invalide se

alla giurisprudenza, scegliendo di non regolarli, se non nei noti limiti di durata e di pubblicità, rappresentando come: «la molteplicità delle situazioni di cui si sarebbe dovuto tener conto ha sconsigliato un intervento legislativo in materia di sindacati azionari [...]. Ma di fronte a questi sindacati si è dovuto considerare che l'apprezzamento dipende molto dall'esame delle situazioni concrete e spetta quindi più al giudice che al legislatore».

⁴³⁷ Secondo Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese, 16-06-2014, in *Giur. It.*, 2015, 3, 674 nota di Petrazzini «Alla luce di tutte le considerazioni così proposte pare innanzitutto di dover escludere, in via generale, che l'ordinamento possa riconoscere meritevoli di tutela ex art 1322 negozi atipici espressamente volti ad eludere disposizioni inderogabili di legge, come tale da reputarsi viziati già ab origine secondo la disciplina comune dei contratti (come appunto in ipotesi di accordi programmaticamente rivolti ad addossare l'impegno "privatistico" dei contraenti a non esercitare l'azione di responsabilità direttamente sull'ente titolare del diritto risarcitorio secondo modalità diverse da quelle previste ex art 2393 cc)». Più di recente, in senso parzialmente difforme Tribunale Roma Sez. spec. in materia di imprese, 28-09-2015, in *Corriere Giur.*, 2016, 10, 1258 nota di Carlizzi, secondo cui: «Devono ritenersi invalide sia le deliberazioni assembleari di preventiva rinuncia all'azione di responsabilità o di esonero dalla responsabilità, sia eventuali clausole statutarie che perseguano il medesimo risultato mentre, al contrario, deve considerarsi valido l'impegno a non votare l'azione di responsabilità, assunto dai soci ai termine dell'incarico dell'amministrazione».

⁴³⁸ Esplicativa in questo senso è Cass. civ. Sez. I, 23-11-2001, n. 14865, in *Giur. Comm.*, 2002, II, 666 nota di Costi secondo cui: «I patti parasociali (e, in particolare, i cosiddetti sindacati di voto) sono, nella loro composita tipologia (che non consente, pertanto, la riconduzione ad uno schema tipico unitario), accordi atipici, volti a disciplinare, in via meramente obbligatoria tra i soci contraenti, il modo in cui dovrà atteggiarsi, su vari oggetti (nella specie, circa la nomina di amministratori societari), il loro diritto di voto in assemblea. Il vincolo che discende da tali patti opera, pertanto, su di un terreno esterno a quello dell'organizzazione sociale (dal che, appunto, il loro carattere "parasociale" e, conseguentemente, l'esclusione della relativa invalidità "ipso facto"), sicché non è legittimamente predicabile, al riguardo, né la circostanza che al socio stipulante sia impedito di determinarsi autonomamente all'esercizio del voto in assemblea, né quella che il patto stesso ponga in discussione il corretto funzionamento

determinano una sostanziale elusione delle forme prescritte inderogabilmente dal legislatore per l'adozione di talune particolari delibere, posto che una tale previsione è posta a tutela dei soci di minoranza, il cui voto contrario impedisce la transazione, obbligando dunque la maggioranza a concordare con la minoranza il contenuto della transazione medesima.

Il diritto di voto, infatti, per quanto attribuito al socio, non ha carattere strettamente personale, potendo essere esso attribuito al creditore pignoratizio o all'usufruttuario, né vi è nell'ordinamento alcuna norma imperativa che imponga al socio di determinare la propria decisione di voto solo dopo essere intervenuto in assemblea e aver ascoltato il dibattito, potendo il socio ben partecipare alla deliberazione a mezzo di rappresentante, decidendo anche prima dell'assemblea come votare (e il diritto di informazione del socio, alla cui relativa trattazione si rimanda, dovrebbe consentire in assoluto al votante di arrivare in assemblea avendo contezza della decisione che gli si sottopone)⁴³⁹.

Ulteriori ipotesi di previsione parasociale è quello avente ad oggetto un sindacato di blocco, ovvero quel patto che introduce una limitazione alla circolazione delle azioni, con l'obiettivo di mantenere omogenea la composizione della compagine sociale. Anche tali pattuizioni, così come avviene per i sindacati di voto, non hanno alcuna valenza sociale e dunque non sarà opponibile né all'acquirente a titolo universale, né all'acquirente a titolo particolare. In effetti la rilevanza di tale tipologia

dell'organo assembleare (operando il vincolo obbligatorio così assunto non dissimilmente da qualsiasi altro possibile motivo soggettivo che spinga un socio a determinarsi al voto assembleare in un certo modo), poiché al socio non è in alcun modo impedito di optare per il non rispetto del patto di sindacato ogni qualvolta l'interesse ad un certo esito della votazione assembleare prevalga sul rischio di dover rispondere dell'inadempimento del patto».

⁴³⁹ Sul punto cfr. FAUCEGLIA G., *Patti parasociali*, in ED, V agg., Milano, 1998, 810. Anche RESCIO G.A., *La disciplina dei patti dopo la legge delega*, in RS, 2002, che rileva come non esista alcuna norma imperativa da cui possa desumersi «l'illiceità di uno spontaneo assoggettamento a questa forma di condizionamento delle proprie future determinazioni di voto», poiché la dichiarazione di voto, ancorché determinata in base ad un accordo separato, è pur sempre una dichiarazione voluta.

di accordi può dirsi ridimensionata in seguito alla possibilità di introdurre, all'interno dello statuto, vincoli al trasferimento dei titoli azionari ai sensi dell'art. 2355 *bis* c.c., pur garantendo parallelamente il recesso del socio dissenziente ai sensi dell'art. 2437 c.c.

La funzione dei patti parasociali, sovente individuata nella stabilizzazione degli assetti sociali può nondimeno avere la funzione di rafforzare la posizione del socio o dei soci di minoranza che, legati da un apposito accordo, possono esercitare più facilmente la propria *voice*. Tali accordi, di certo leciti ove superino il sindacato di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., potrebbero integrare un ottimo strumento volto a consentire ai soci che singolarmente non potrebbero, di accordarsi per avvalersi di tutti quegli strumenti che richiedono un *quorum* minimo (si pensi, uno per tutti, alla impugnazione delle delibere assembleari).

Tornando alla questione della efficacia dei patti parasociali, appare sostanzialmente pacifico il principio in base al quale essi abbiano una efficacia meramente obbligatoria, vincolando soltanto i paciscenti. Quindi, gli atti compiuti in violazione del patto restano pienamente validi ed efficaci e determinano un inadempimento, con conseguente responsabilità contrattuale e possibilità di ricorrere agli altri rimedi previsti dall'ordinamento in materia contrattuale, quali ad esempio la risoluzione o l'eccezione di inadempimento. La violazione del patto non è opponibile ai terzi e il patto in sé non ha alcuna rilevanza nei confronti della società, non avendo efficacia corporativa.

Ciò in contrapposizione alla regola sociale, che ha rilevanza o efficacia reale sia per quanto riguarda l'estensione del vincolo a tutti i soci presenti e futuri nonché ai terzi che con la società entrano in contatto, sia per quanto riguarda le conseguenze della sua violazione, talvolta l'invalidità, talvolta l'inefficacia.

Ci si chiede tuttavia se, alla luce delle ultime evoluzioni dottrinarie e giurisprudenziali, possa ritenersi che i patti parasociali possano, in taluni

casi, acquisire una efficacia di tipo reale, o comunque interferire in qualche modo rispetto alla regola corporativa.

In effetti la giurisprudenza, con riferimento alle società a responsabilità limitata ha mostrato una qualche apertura in questo senso, riconoscendo efficacia corporativa ad un sindacato di blocco stipulato da alcuni soci⁴⁴⁰, ordinando in via di urgenza al socio inadempiente di votare in conformità al patto. Ancora, sempre in tema di società a responsabilità limitata, la giurisprudenza⁴⁴¹ ha ritenuto legittimo il ricorso al provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* per ottenere l'ordine del giudice di votare nell'assemblea della società in conformità agli obblighi assunti con il patto parasociale. Così come è stato ritenuto opponibile alla società un patto parasociale stipulato tra tutti i soci sempre di una società a responsabilità limitata avente ad oggetto l'offerta in prelazione delle quote della società⁴⁴².

Sulla scorta dell'apertura dimostrata della giurisprudenza, anche la dottrina⁴⁴³, sempre in tema di società a responsabilità limitata, ha ritenuto che un accordo tra i soci possa modificare lo statuto anche se non formalizzato in delibera di esso modificativa, laddove: i) il patto sia stato stipulato da tutti i soci; ii) l'accordo non rilevi rispetto a terzi o a soci

⁴⁴⁰ Tribunale di Genova ordinanza dell'8 luglio 2004, in *Società*, 2004, 1265 nota di Semino, secondo cui «Va accolta la domanda cautelare che ordini al socio (e alla società fiduciaria che detenga le relative partecipazioni), inadempiente agli obblighi scaturenti da un sindacato di voto e di blocco e che abbia posto in essere una cessione in violazione di una clausola di prelazione statutaria, di esprimere il voto in assemblea in conformità alle delibere adottate a maggioranza dagli aderenti al patto di sindacato».

⁴⁴¹ Trib. Milano con ord. 20 gennaio 2009, in *Società*, 2009, 9, 1129 nota di Cartolano, Cella, secondo cui: «E' legittimo il ricorso ai provvedimenti d'urgenza di cui *all'art. 700 c.p.c.* per ottenere - in adempimento a un patto parasociale - l'ordine del giudice diretto ad alcuni soci aderenti al patto di votare nell'assemblea della società in conformità agli obblighi assunti».

⁴⁴² Lodo arbitrale 29 marzo 2007, in *Riv. Dir. Soc.* 2007, 171 con nota di Tucci.

⁴⁴³ SPERANZIN M., «Deroga» all'atto costitutivo di s.r.l. in tema di liquidazione del socio receduto e conversione della decisione in patto parasociale, in *Liber Amicorum Abbadessa*, 2, Torino, 2014, 1959.

futuri; iii) il patto determina una modifica temporanea dello statuto medesimo. Su questo filone è stata ammessa altresì la possibilità di ottenere una sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.* in presenza di sindacati di voto.

Esempio classico è il caso in cui i soci decidano, *una tantum* e senza modificare formalmente lo statuto, di consentire la circolazione della partecipazione in deroga al divieto statutario di circolazione *ex art. 2469 c.c.*, legittimando così l'acquirente all'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese.

In considerazione di quanto finora rappresentato non ci si può esimere dal chiedersi se, in effetti, sia arrivato il momento di superare la storica distinzione tra parasociale e sociale⁴⁴⁴. In particolare, ci si chiede se quanto finora osservato con riferimento alle società a responsabilità limitata possa essere trasposto anche con riferimento alle società per azioni in generale o almeno per quelle che hanno una base azionaria tanto ristretta ed una organizzazione tanto personalistica, da potere quasi essere assimilate per il loro funzionamento alle società a responsabilità limitata. Proprio con riferimento alla tipologia di società per azioni chiuse a ristretta base azionaria, non vediamo la motivazione per non estendere anche ad esse le considerazioni finora riferite alle s.r.l..

Occorre tuttavia fare una considerazione conclusiva, ovvero valutare perché i soci abbiano deciso di stipulare un patto parasociale, anziché inserire quelle stesse pattuizioni all'interno dello statuto. Sicuramente motivi di riservatezza possono indurre i soci a non pubblicizzare quell'accordo, ma le motivazioni potrebbero essere anche altre, tra cui la possibilità che il patto parasociale sia considerato invalido per contrarietà a una norma o a un profilo inderogabili, oppure la ragione è proprio quella di volere evitare le conseguenze vincolanti dell'introduzione del

⁴⁴⁴ In generale l'ammissibilità della efficacia corporativa dei patti parasociali è stata ammessa anche da PORTALE G.B., *Patti parasociali con "efficacia corporativa" nelle società di capitali*, in *Riv. Società*, 1, 2015.

patto all'interno dello statuto. In tutti questi casi sarebbe contraddittorio invocare l'effetto *eccezionalmente reale della pattuizione parasociale*. Pertanto, come evidenzia la dottrina citata, la questione merita di essere circoscritta a casi piuttosto marginali, cioè quando il patto tra tutti i soci non sia stato stretto sul piano sociale, pur potendo esserlo, rimanendo rilegato al piano parasociale esclusivamente per la volontà dei paciscenti, animata dalle più svariate ragioni.

CONCLUSIONI

Fin dalle premesse ci siamo prefissi di analizzare il *set* di tutele a disposizione del socio di minoranza, con particolare riferimento alle società per azioni chiuse.

In questa ottica vengono in rilievo le tutele di tipo legale che l'azionista ha a disposizione sia in una fase antecedente alla adozione della delibera, dal punto di vista della sua informazione e del controllo, così come le regole di formazione della volontà assembleare, specie per ciò che attiene ai *quorum*, alle materie di competenza dell'assemblea e al loro riparto rispetto alle competenze dell'organo amministrativo, nonché alla disciplina del conflitto d'interessi, tutti temi analizzati nel primo capitolo.

Siamo quindi passati alla analisi dei rimedi legali di tipo successivo a disposizione del socio rispetto alle violazioni da parte della maggioranza assembleare o dell'organo amministrativo del procedimento di formazione della volontà sociale. Sono stati passati in rassegna i rimedi di tipo impugnatorio, di tipo risarcitorio, i poteri di denuncia al tribunale e al collegio sindacale, verificando la possibilità di riconoscere al socio una tutela ulteriore e preventiva rispetto all'impugnazione della delibera (comunque) già formata, quale il ricorso ai provvedimenti cautelari atipici di urgenza.

Abbiamo poi affrontato la questione della possibilità di riconoscere al socio, a fronte di una delibera formalmente ineccepibile, ma ispirata da motivi che si discostano dai principi generali di correttezza e buona fede, applicabili anche alla materia societaria, la tutela impugnatoria, esaminando altresì la questione della legittimazione ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Il terzo capitolo ha quindi affrontato la possibilità per il socio di sottrarsi a decisioni sgradite recedendo dalla società ed i relativi criteri di rimborso delle azioni e sono state infine affrontate nel quarto capitolo

le tutele di cui il socio può fruire grazie alla scelta della autonomia statutaria di derogare alla disciplina legale attraverso l'ampiamiento dei diritti individuali dei soci, la previsione di modalità di formazione ed elezione degli organi amministrativi e di controllo più favorevoli, ovvero il riconoscimento di ulteriori diritti particolari.

Solo al termine di questa analisi, che non ha pretesa di esaustività, siamo ora in grado di capire il perché della tutela dei soci di minoranza e le sue implicazioni.

Come anticipato sin dalle prime battute, all'interno della società, intesa come *nexus of interests*, sussiste un delicato equilibrio fra le istanze della maggioranza e l'esigenza di proteggere gli interessi del singolo socio. Il principio di maggioranza, pur rappresentando il trionfo del sistema democratico all'interno della compagine societaria, cionondimeno non è esente da potenziali distorsioni, derivanti da possibili abusi, nonché dalle peculiarità di quel sistema.

Occorre, infatti, tenere in considerazione, le variabili connesse alla proprietà: ci riferiamo ad un modello di società concepito come struttura di finanziamento per l'impresa, da parte di soci (con o senza diritto di voto) o di non soci (finanziatori obbligazionisti e strumentisti disposti a correre rischi equivalenti a quelli degli azionisti, ottenendo diritti partecipativi limitati), ovvero da investitori istituzionali interessati unicamente alla massimizzazione del profitto in una prospettiva di breve periodo.

L'ordinamento è quindi chiamato a creare sistemi di controllo e bilanciamento, al fine di garantire la legittima affermazione di taluni interessi, ma al contempo prevenire che ciò non conduca alla irragionevole frustrazione di altri.

Il legislatore della riforma, ancorché non si sia prefisso di affrontare il tema della tutela delle minoranza in maniera organica né esplicita, sembra senz'altro sia stato ispirato dalla ricerca di un nuovo

assetto della disciplina dei rapporti tra maggioranza e minoranza, nell'ottica di tutelare quest'ultima.

Disegnare i rapporti tra maggioranza e minoranza, oltre che operazione particolarmente complessa, significa rimodellare un complesso e articolato sistema di *checks and balances*, in cui si contrappongono, da un lato, i poteri del socio e le loro modalità di esercizio e, dall'altro lato, le corrispondenti forme di soggezione.

Il legislatore, con gli interventi apportati in sede di riforma, sembra aver dimostrato un indubitabile *favor* verso la stabilità degli assetti societari, riducendo il più possibile il proliferare di azioni di mero disturbo da parte della minoranza, a vantaggio della posizione del gruppo di controllo.

Tale deve considerarsi l'interesse prevalente, in quanto espressione della linea economico-imprenditoriale della società. Tuttavia, al tempo stesso, il legislatore mira a prevenire che questo diventi un interesse dominante in senso assoluto e quindi prevaricante rispetto alle legittime ragioni comunque presenti all'interno della società. A tale scopo quindi il legislatore si affida alle cosiddette *Gegenkräfte* ("controforze").

In questo senso deve leggersi l'introduzione di una maggiore procedimentalizzazione del processo di adozione delle delibere assembleari, la cui violazione costituisce invalidità della deliberazione. Tuttavia, l'intervento non è da solo sufficiente a garantire il socio di minoranza dal perpetuarsi di abusi da parte della maggioranza assembleare o da parte dell'organo di gestione, che della maggioranza è pur sempre l'espressione. L'azione per far valere in giudizio l'invalidità della delibera può infatti essere esperita solo da una minoranza qualificata, entro un lasso di tempo prestabilito (salvo il caso di delibere nulle perché modificano l'oggetto sociale introducendo attività illecite o impossibili) ed è soggetta a tutti i noti problemi interpretativi che sono stati affrontati (e al ridimensionamento anche

della gravità della sanzione collegata, con l'eliminazione della inesistenza e l'appiattimento tra ipotesi di nullità e annullabilità). A ciò si aggiunga che, anche laddove dovesse trattarsi di delibera effettivamente viziata, essa in ogni caso potrebbe essere sostituita, sempre ad opera della maggioranza, con altra valida, paralizzando così l'azione del socio.

Sembra che il socio sia disincentivato da questa riduzione delle tutele invalidatorie a ricorrere a quel mezzo di tutela, che minerebbe la stabilità dell'organizzazione societaria, sia nei rapporti interni che nei rapporti con i terzi. In altre parole, se la legge si preoccupa più della stabilità di quell'atto che di tutelare le ragioni e le reazioni di chi, per adottare quell'atto ha violato le norme che sono poste a tutela del procedimento, i contorni della tutela di tipo reale (impugnatoria) devono necessariamente essere ridimensionati.

Sembra, dunque, che l'attuale impostazione vada a preferire l'utilizzo di mezzi di prevenzione o di reazione di tipo obbligatorio, rispetto a mezzi di impugnazione di tipo reale⁴⁴⁵.

In questa ottica il socio ha diritti di informazione e controllo e la garanzia del procedimento (tuttavia tutte tutele che, come rappresentato, potrebbero essere ampliate e migliorate in termini di efficacia e di efficienza) e gli rimane la tutela risarcitoria. Vero che una tale impostazione eviterebbe all'azionista che ha una partecipazione minima di minare la stabilità dell'atto sociale, talvolta di importante rilievo economico e rivolto a molteplici destinatari e che tale rischio viene meno utilizzando unicamente la tutela di tipo risarcitorio, ma residuano dubbi circa l'effettiva portata di tale tutela obbligatoria.

A parte gli evidenziati profili circa la difficoltà di quantificare il danno e le peculiarità processuali dell'esercizio dell'azione (ricordiamo

⁴⁴⁵ Per una approfondita disamina delle tutele reali in contrapposizione alle tutele risarcitorie cfr. D'ALESSANDRO F., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, 6, 10707.

che il termine per esercitare l'azione è lo stesso previsto per impugnare la delibera), l'operatività del rimedio risarcitorio opera comunque attraverso un meccanismo da taluni definito paradossale: è, infatti, la società a pagare con il proprio patrimonio per le decisioni adottate dal gruppo di controllo e, conseguentemente, il socio viene risarcito intaccando un bene (il patrimonio sociale) di cui egli stesso è titolare *pro quota*, non ottenendo quindi mai un ristoro "completo"⁴⁴⁶.

In aggiunta, come osservato, i "contrappesi" predisposti dal legislatore a salvaguardia degli interessi del socio, operano anche rispetto agli abusi dell'organo di gestione. Una minoranza qualificata può sempre adire il tribunale denunciando gravi irregolarità, una minoranza - anche meno consistente - può, invece, adire il collegio sindacale, che ha l'obbligo di attivarsi. Al socio che non possiede il numero minimo di azioni rimane la sola strada di adire il collegio sindacale che, tuttavia, in questo caso, non ha alcun obbligo di attivarsi a fronte della denuncia (e ciò spiega il minimo utilizzo che è stato fatto dello strumento).

Di tal ché, al socio rimane l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2393 *bis* c.c., laddove ne ricorrano i presupposti, peccato che l'esperimento di una simile azione imponga quale requisito il possesso di almeno un quinto del capitale sociale (salvo diversa previsione statutaria). Certo, anche in tal caso rimane impregiudicato il diritto al risarcimento del danno attribuito al singolo socio (come al terzo), che tuttavia deve provare, ai sensi dell'art. 2395 c.c., di essere stato direttamente danneggiato da atti colposi o dolosi degli amministratori. Se non *ad impossibilia*, il socio pare quantomeno chiamato ad una prova diabolica.

⁴⁴⁶ RENNA L., *Note in tema di invalidità delle delibere assembleari e di recesso nella società per azioni nella disciplina societaria riformata (Parte Prima)*, in *Giur. It.*, 5, 2007.

Di fronte a un quadro così delineato sembra proprio che il socio debba ricercare altrove la propria tutela, ma lo strumento che rimane a sua disposizione è, per così dire, estremo, determinandone l'uscita dalla società e quindi la perdita definitiva della qualità di socio⁴⁴⁷.

Proprio lo strumento del recesso sembra il favorito dal legislatore, che, da un lato, ne ha ampliato l'ambito di applicazione, legittimando lo statuto a prevedere ipotesi ulteriori, mentre dall'altro, ha introdotto il recesso parziale e modificato i criteri di determinazione del valore della quota di liquidazione a vantaggio del recedente, imponendo di rendere nota la quotazione già prima dell'assemblea che lo legittima.

Così, con tutte le informazioni a sua disposizione, il socio può operare una scelta irrevocabile, *in* o *out*; tuttavia qui riemergono le istanze di stabilità che guidano il legislatore nella riforma e la maggioranza può sempre revocare la delibera, determinando il venire meno dei presupposti per l'*exit*. Riemerge dunque ancora una volta il *favor* del legislatore verso la conservazione degli atti societari e verso la tutela della maggioranza in generale, a cui corrisponde la tutela volta a garantire al socio un'uscita sostenibile.

Certo non può negarsi il valore di negoziazione endosocietaria che può assumere il nuovo istituto del recesso: la maggioranza sa che se il socio recede dovrà liquidare la sua quota e sa che il valore è prestabilito e paragonabile a quello di mercato, sa anche che, laddove

⁴⁴⁷ Per il recesso inteso come forma di disinvestimento alternativa, cfr. Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese, 31-07-2015, in *Quotidiano Giuridico*, 2015 nota di Cengia, secondo cui: «E' configurabile il diritto di recesso in capo al socio di una società per azioni chiusa che non abbia acconsentito alla delibera recante la modifica statutaria della soppressione della previsione del meccanismo del voto di lista per la nomina dei membri del consiglio di amministrazione; ciò in quanto, in tale tipo societario, il recesso del socio va considerato non più un rimedio di ultima istanza a tutela della posizione del socio di minoranza, ma una ipotesi di disinvestimento alternativa, per il socio di minoranza dissenziente rispetto a vicende sociali significative, alla cessione delle azioni sul mercato, essendo correlativamente previsto un procedimento di liquidazione 'a scalare' volto a limitare l'impatto del recesso sulla consistenza patrimoniale della società e, quindi, sulle ragioni dei creditori sociali (offerta delle azioni del socio receduto in opzione agli altri soci; collocamento delle azioni presso terzi; acquisto di azioni proprie da parte della società; da ultimo, per il caso di infruttuosità delle ipotesi precedenti, riduzione del capitale sociale)».

la società non disponga delle risorse necessarie, l'esercizio massivo del recesso potrà portare alla sua liquidazione.

D'altro canto, non è escluso che chi voglia recedere abbia anche titolo per impugnare o chiedere il risarcimento dei danni e che i rimedi possano convivere, consentendo al socio di scegliere ponderatamente quale utilizzare. Non possiamo tuttavia esimerci dal rilevare che le finalità perseguite sono profondamente diverse.

La legittimazione all'impugnativa, così come la richiesta di risarcimento del danno e gli altri rimedi che sono stati affrontati, presuppongono, infatti, che il socio dimostri interesse alla gestione della società e intenda dunque uniformarsi al volere della maggioranza, laddove esso sia conforme alla legge e allo statuto, attivandosi in caso contrario per l'impugnativa della delibera che non ha concorso ad approvare, ovvero ricorrendo agli altri strumenti di denuncia e tutela a sua disposizione.

Il socio che decida di esercitare il proprio diritto di recedere dalla società, manifesta invece il proprio disinteresse nella gestione sociale e sceglie dunque di uscirne, manifestando al contrario il proprio interesse prevalente verso la liquidazione della quota.

Discorso a parte merita il caso del recesso *ad nutum*: qui il socio a fronte di scelte non condivise della maggioranza potrebbe sempre decidere per l'*exit*, che non assume così solo il ruolo di strumento di disinvestimento, ma diventa tutela preventiva della sua posizione e del suo ruolo, attribuendo forza tutta nuova alla sua *voice*.

Ci si chiede, tuttavia, se il riconoscimento di un tale potere ai soci di minoranza non possa essere controproducente rispetto agli interessi della società, trasformandosi da strumento di contro-bilanciamento a minaccia per il regolare andamento della stessa. Senza volersi qui addentrare nel noto dibattito circa l'individuazione dell'interesse sociale che vede contrapposte la teoria contrattualistica e la teoria istituzionalistica tra prospettive di redditività e crescita *long-term* e

short-term, non può non rilevarsi come il sistema di governo societario postuli un coinvolgimento attivo da parte degli investitori-azionisti, i quali tuttavia, dimostrano spesso un disinteresse verso gli obiettivi di gestione. Ciò si tramuta spesso in un atteggiamento passivo, determinato dalla ricerca di profitti immediati, atteggiamento non sempre in linea con il comune interesse ad una crescita sostenibile e durevole del valore dell'impresa.

L'attivismo degli azionisti comporta che gli stessi svolgano nei confronti dell'amministratore della società un'attività di monitoraggio ed intervento realizzata attraverso l'esercizio dei diritti sociali, primo tra tutti il diritto di voto. L'attivismo del socio è animato, in linea generale, dall'intento di incidere sulla gestione della società e, quindi, di migliorarne i risultati, sia sul piano della redditività della quota che del suo valore di mercato, risultati che al socio di minoranza convengono maggiormente se ottenuti in un lasso di tempo contenuto, in un'ottica di breve periodo appunto.

Forse occorre allora volgere la prospettiva verso l'idea di accrescere l'efficienza del modello di *governance*, valorizzando le istanze volte ad accentuare il ricorso a precetti quali la buona fede e la correttezza, che laddove oggetto di specifica disciplina e di paletti certi, limiterebbero senz'altro ipotesi di abuso (siano esse da parte della maggioranza, tramite la deliberazione assembleare o per mezzo dell'organo gestorio che ad essa risponde, che della minoranza).

D'altro canto, l'esigenza di tutela delle minoranze, auspicata dal legislatore – non sempre in maniera efficace – e oggetto della presente analisi, non può trovare la sua giustificazione unicamente nella esigenza di protezione del contraente debole, come avviene nella materia consumeristica (in cui vi è identità soggettiva e funzionale tra le parti), né potrebbe trovare la sua ragione nella riduzione dei costi di transazione, che troverebbe una giustificazione, come osserva una attenta dottrina, in una disciplina dispositiva, non in quella imperativa.

Forse allora è condivisibile ritenere che, non essendoci per le società chiuse un mercato esterno delle partecipazioni, per definizione negoziabili innanzitutto tra gli altri soci, ciò potrebbe determinare atteggiamenti opportunistici di sfruttamento della situazione di monopolio (si pensi alle società con due soci o comunque poco più, che come anticipato nell'introduzione rappresentano un campione significativo delle società per azioni esistenti) e non aiutare la negoziazione.

In questa ottica una soluzione potrebbe essere quella di distribuire i diritti che vadano a controbilanciare una tale situazione e che incentivino la negoziazione, ripartiti tra minoranza e maggioranza in modo tale da essere indisponibili in via preventiva ma rinunciabili in via successiva (si pensi al diritto di opzione), in tal modo evitando che la minoranza possa imporre la negoziazione alla maggioranza. Si tratta di ausiliare quelle negoziazioni che altrimenti non avverrebbero⁴⁴⁸.

Conclusivamente, possiamo dunque osservare come, anche nella nuova prospettiva rappresentata, forse l'equilibrio di tutele delineato dal legislatore non sia tuttora pienamente soddisfacente. L'ordinamento predispone un *set* di tutele, ma l'esercizio di tale armamentario è

⁴⁴⁸ In questo senso ANGELICI C., *La tutela delle minoranze, Convegno di studi - Alba, 21 novembre 1998*, in *Società*, 7, 1999, 786, secondo cui: «La risposta provvisoria e non soddisfacente che riesco a dare è che per le società non quotate non vi è un mercato esterno relativo alle partecipazioni, per cui i diritti dei soci, per definizione, sono difficilmente negoziabili, o meglio, sono negoziabili solo tra i soci. Il mercato delle società non quotate, quindi, è limitato ai soli soci e, per così dire, in una situazione di monopolio. Infatti, quando la società è composta di soli due soci, quello che vuole vendere la propria quota è l'unico potenziale venditore, mentre l'altro socio risulta l'unico possibile acquirente. Questo crea una situazione monopolistica che comporta una serie di problemi. [...] tale situazione potrebbe incentivare atteggiamenti opportunistici di sfruttamento della situazione di monopolio e non la negoziazione. Questo rende indispensabile che all'allocazione dei diritti provveda, almeno in parte, l'ordinamento in via imperativa, dal momento che tali diritti non sono negoziabili tra i soggetti o non sono negoziabili da soli. [...] Certo, l'attribuzione imperativa di posizioni giuridiche ai soci, e quindi anche alla minoranza, da una parte può consentire la negoziazione di posizioni giuridiche, ma dall'altra può essere uno strumento tale da consentire alla minoranza di imporre la negoziazione alla maggioranza. Tale meccanismo, perché funzioni, dunque, dovrebbe essere previsto da norme indisponibili in via preventiva, cioè all'atto della costituzione della società, ma dovrebbe essere caratterizzato anche da una disponibilità in epoca successiva. Un esempio di tale sistema è previsto, nel nostro ordinamento, per la fattispecie del diritto di opzione. Infatti, il diritto di opzione non può certo essere escluso nell'atto costitutivo, ma è possibile farne oggetto di rinuncia e questo ovviamente implicherà, in determinati contesti, una negoziazione».

tuttavia condizionato dal ricorrere di una serie di presupposti, legati allo specifico rimedio prescelto, che talvolta appaiono eccessivamente gravosi.

Pensiamo ancora una volta alla circostanza che il legislatore, riconoscendo la tutela reale ad una maggioranza qualificata, abbia dato per presupposto che tutte le azioni esperite dal socio con una partecipazione inferiore a tale soglia siano azioni di disturbo, limitandone di fatto la portata (situazione che potrebbe ben valutare il giudice in sede di verifica dell'interesse ad agire e di condanna per lite temeraria). Certo, in mancanza del prescritto numero di azioni, rimane al socio la possibilità di agire per il risarcimento del danno, che però è rimedio ben diverso della tutela impugnatoria reale e con le note difficoltà processuali. Quanto agli altri strumenti previsti e volti a sollecitare il ripristino della legalità, anch'essi richiedono una percentuale minima di azioni (salvo la denuncia al collegio sindacale, che non ha però l'obbligo di provvedere se sollecitato dal socio che non possiede la percentuale richiesta). In pratica il socio di minoranza che non possieda il numero di azioni richiesto, ma che cionondimeno voglia tutelare un proprio interesse qualificato dovrà necessariamente riuscire a trovare altri soci che si sentano parimenti lesi, con un sensibile aumento dei costi di negoziazione. Altrimenti egli potrà agire da solo per il risarcimento, con le ancor più note difficoltà, oppure potrà optare per la scelta (in questa ottica quasi obbligata) di recedere (se il diritto gli è riconosciuto *ad nutum* ovvero laddove ricorrano le condizioni per farlo e, pur sempre, fintanto che la società non decida di revocare la delibera che lo legittima). Il tutto laddove le tutele preventive e le cautele adottate statutariamente o in sede parasociale non siano state sufficienti ad impedire l'adozione dell'atto che si assume lesivo (circostanza non così peregrina, come rappresentato).

In altre parole, sembra che in una situazione in cui siano presenti più soci con una quota minima di capitale insufficiente ad azionare le

tutele esposte e vi sia un gruppo di controllo (anche a maggioranza relativa) stabile, il socio di minoranza che voglia fare sentire la propria *voice* nella società che ha finanziato (non dimentichiamolo), trovi la soluzione più semplice e priva di costi di gestione e di negoziazione nell'esercizio del recesso.

Allora appare auspicabile un ampliamento, che consenta al socio di minoranza di avviare quanto meno una negoziazione, degli strumenti di tutela di tipo preventivo, quali i diritti di ispezione e controllo, nonché la previsione (per quanto essa sia soggetta sempre ad una approvazione della maggioranza) degli strumenti che all'autonomia statutaria è consentito di utilizzare, auspicando, soprattutto con riferimento a questi ultimi, che nella pratica l'autonomia attribuita alle parti venga gestita utilmente, in modo che quello che potrebbe essere uno strumento di tutela delle minoranze non si trasformi in un'occasione di abuso a danno della maggioranza.

Dunque, le preoccupazioni circa il rischio di una tutela non effettiva del socio di minoranza non sono poi così singolari e accentuano il bisogno di una legislazione realmente suscettibile di raccogliere le istanze di tutela rappresentate e proporre rimedi preventivi più che successivi, che apprestino strumenti di garanzia concreti ed efficaci in grado di favorire le negoziazioni endosocietarie, rendendo il sistema di *governance* sempre maggiormente rispondente alle esigenze della struttura sociale e di un mercato in continua crescita ed evoluzione.

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA P., *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. Comm.*, Supplemento al numero 3/2004, *Contributo alla riforma delle società di capitali*;
- ABBADESSA P., *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, Colombo, Portale (diretto da), III, 1, Torino, 1994;
- ABRIANI N., *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, in *Giur. It.*, 2010;
- ABRIANI N., *Azioni a voto plurimo e maggiorazione del diritto di voto degli azionisti fedeli: nuovi scenari e inediti problemi interpretativi*, Approfondimento del 29 settembre 2014, in *giustiziacivile.com*;
- AIELLO M., *Gli amministratori di società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), XVI, 6, Torino, 2013;
- ANGELICI C., *La società per azioni, I, Principi e problemi*, in *Tratt. Schlesinger*, Milano, 2012;
- ANGELICI C., *Note minime su "Libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. Comm.*, I, 2009;
- ANGELICI C., *La tutela delle minoranze*, *Convegno di studi - Alba, 21 novembre 1998*, in *Società*, 7, 1999;
- ASCARELLI T., *Sui limiti statutari alla circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Banca Borsa*, I, 1953;
- ASQUINI A., *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1947;
- BALZARINI P., *sub art. 2422*, in *Comm. Bonfante, Corapi, Marziale, Rordorf, Salafia*, Milano, 2004;
- BARACHINI F.-PINTO V., *sub art. 2388, Commentario del codice civile, D. U. Santosuosso* (a cura di), Milano, 2016;

- BARCELLONA E., *La separazione tra proprietà e gestione nelle società di capitali, Società, Banche e Crisi d'Impresa*, in *Liber amicorum Pietro Abadessa*, I, 2014;
- BARTALENA A., *Le Competenze dell'Assemblea*, in *Società*, 2005, 9;
- BELLEZZA E., *La nuova disciplina del recesso*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Rossi (a cura di), Milano, 2003;
- BENAZZO P., *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Società*, 2004;
- BERTOLOTI A., *Società per azioni - Collegio sindacale. Revisori Denuncia al tribunale*, Torino, 2015;
- BIANCA C. M., *Formalità di convocazione delle s.r.l.*, in *Riv. Soc.*, 1990;
- BIANCA M., *Diritto civile*, 3, Milano, 2000;
- BIANCHI G., *Le operazioni sul capitale sociale*, Padova, 2007;
- BINI M., *Il valore di liquidazione delle azioni di società non quotate a fini di recesso*, in *Società*, 2014, 11 Supplemento;
- BIONE M., *Le azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G. B. Portale, Torino, 1991;
- BOGGIO L., *"Modificazione" di clausole arbitrali statutarie: un nuovo caso di recesso?*, nota a Coll. Arbitrale, 27 ottobre 2010, n. 86203, in *Giur. It.*, 2011, 12;
- BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1986;
- BONOTTO L., *sub art. 2370, 2373, Assemblea*, Picciau (a cura di), in *Commentario alla riforma delle società*, P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), Milano, 2008;
- BUSANI A., SAGLIOCCA M., *Le azioni non si contano, ma si "pesano": superato il principio one share one vote con l'introduzione delle azioni a voto plurimo e a voto maggiorato*, in *Società*, 10, 2014;
- BUTTURINI P., *Le fattispecie legali di recesso introdotte dalla riforma delle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, 2, 2008;

- CAGNASSO O., *La società a responsabilità limitata*, in *Cottino (diretto da), Trattato di diritto commerciale*, V, Padova, 2007;
- CAGNASSO O., *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (a cura di), IV, Torino, 1991;
- CAGNASSO O., *Le modificazioni statutarie e il diritto di recesso*, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, Volume IV, Tomo I, Padova, 2010;
- CALANDRA BONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Gco*, I, 2003;
- CALANDRA BUONAURA V., *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, I, 2005;
- CALIFANO G. V., *Brevi note alle ipotesi di recesso previste dall'art. 2497 quater, lett. A, c.c.*, in *Società*, 3, 2010;
- CALLEGARI M., *sub art. 2437 bis*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario diretto da Cottino G.-Bonfante G.-Cagnasso O.-Montalenti P.*, Bologna, 2004;
- CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, II, Torino, 2012;
- CAMPOBASSO G., *La riforma delle società di capitali e delle società cooperative*, Torino, 2003;
- CAPPIELLO S., *Commento all'art. 2437*, in *Codice commentato delle nuove società*, G. Bonfante-D. Corapi-G. Marziale-R. Rordorf-V. Salafia (a cura di), Milano, 2004;
- CARMIGNANI S., *Commento agli artt. 2437-2437sexies*, in *La riforma delle società*, M. Sandulli V. Santoro (a cura di), Torino, 2003;
- CARULLO G., *Brevi osservazioni in merito alla legittimazione attiva del socio alla legittimazione delle delibere assembleari*, in *Giur. Comm.*, 2, 2010;

- CAVANNA S., *L'omologazione dell'atto costitutivo delle società di capitali*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Milano, 1998;
- CERAMI V., *Il controllo giudiziario nelle società di capitali*, Milano, 1954;
- CERRATO S., *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il «sovrano» ha veramente abdicato?*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, II;
- CHIAPPETTA F., *sub art. 2377, 2379, Assemblea*, Picciau (a cura di), in *Commentario alla riforma delle società*, P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), Milano, 2008;
- COLOMBO G.E., *I libri sociali*, in *Tratt. Colombo, Portale*, VII, Torino, 1994;
- CONFORTINI C., *Sul recesso dalle società per azioni*, in *Contratto e Impr.*, 1, 2016;
- CORSI F., *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 59;
- COTTINO G., *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. Soc.*, 2005;
- COTTINO G., *Dal "vecchio" al "nuovo" diritto azionario: con qualche avviso ai naviganti*, in *Giur. Comm*, I, 2013;
- COTTINO G., *Diritto societario*, I, 2, Padova, 2006;
- D'ALESSANDRO F., *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, 6, 10707;
- D'ALESSANDRO F., *La "provincia" del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv.Soc.*, 2003;
- D'ALESSANDRO A., *Patti di co-vendita, tag along e drag along*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010;
- DE ANGELIS L., *Esercizio del diritto di recesso e cessazione dello «status socii»*, in *Società*, 1994;
- DE CRESCENZO N., *sub art. 2391 bis, Codice Commentato delle S.p.A.*, in Fauceglia G.- Schiano di Pepe G. (a cura di), Torino, 2007;

- DI AMATO S., in *La riforma del diritto societario. Società per azioni. Azioni, società collegate e controllate, assemblee* (artt. 2346-2379 ter c.c.), Lo Cascio (a cura di), Milano, 2003;
- DI CATALDO V., *Il recesso del socio di società per azioni*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), III, Torino, 2007;
- DI GIROLAMO F., *sub art. 2377, Commentario del codice civile, D. U. Santosuosso* (a cura di), Milano, 2016;
- DI LIZIA A., *Il diritto di recesso: Casi legali e convenzionali, modalità di esercizio e di rimborso*, in AA. VV., *La riforma delle società. Aspetti Applicativi*, A. Bartoluzzi (a cura di), Torino, 2004;
- DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2005;
- DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995;
- ENRIQUES L.-MUCCIARELLI F.M., *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Abbadessa P.-Portale G.B. (diretto da), I, Torino, 2007;
- DIVIZIA P., *Clausole di tag-along e drag-along e modalità di introduzione nello statuto*, in *Notariato*, 2011;
- DIVIZIA P., *Clausole statutarie di covendita e trascinamento*, in *Notariato*, 2009;
- FARNETI M., *Equo apprezzamento e manifesta iniquità dell'arbitraggio*, in *Nuova Giur. Comm.*, II, 2006;
- FAUCEGLIA G., *Patti parasociali*, in ED, V agg., Milano, 1998;
- FERRARA F. JR.-CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011;
- FERRI G., *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2005;
- FERRI G. JR.-GUIZZI G., *In tema di recesso ex art. 2497 quater, lett. C., c.c.*, in *Società*, 11 Supplemento, 2014;
- FERRI G. JR., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001;

- FERRI G., *La società per azioni di due soci*, in *Riv. Notariato*, I, 1966;
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Angelici C.-Ferri G.B. (a cura di), Torino, 2006;
- FERRI G., *Soppressione a maggioranza del diritto di prelazione attribuito ai soci nello statuto sociale?*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1980;
- FIORIO P. M., *sub art. 2366-2367*, in *Comm. Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti*, I, Bologna, 2004;
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004;
- FRÈ G., *sub artt. 2325-2461*, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, A. Scialoja-G. Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1982;
- FRÈ, *sub art. 2367*, in *Frè, Sbisà, Società per azioni*, 1, in *Comm. Scialoja, Branca*, V, Del lavoro, Bologna-Roma, 1997;
- GABELLI M., *S.P.A. - Recesso*, in *Società* (AA. VV.), Milano, 2016;
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 2004;
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990;
- GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, 14, Bologna, 2004;
- GALGANO F., *Il diritto commerciale in 25 lezioni*, Milano, 2007;
- GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, Padova, 2006;
- GALLETTI D., *Il recesso nelle società di capitali*, in *Quaderni giur. comm.*, Milano, 2000;
- GALLETTI D., *sub art. 2473 bis c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, A. Maffei Alberti (a cura di) II, Padova, 2005;
- GIDE C., *Principi di economia politica*, Milano, 1915, 168;
- GIORGIANNI F., in *Commentario Romano al nuovo diritto delle società*, diretto da d'Alessandro, II, 2, Padova, 2011, 65;

- GIUDICI P., *L'azione di responsabilità contro gli amministratori esercitata dai soci di minoranza: i problemi di un legal transplant*, in *Nuova giur. comm.*, II, 2005;
- GOMMELLINI A., *Sulla sospensione dell'esecuzione delle delibere assembleari*, in *Giur. comm.*, I, 1987;
- C., *Il recesso del socio nelle società di capitali alla luce della riforma societaria*, in *Società*, 2, 2004;
- GRIPPO G., *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (diretto da), VI, 1, Torino, 1993;
- GRIPPO G., *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), 16, II, Torino, 1985;
- GUERRERA F., *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 1, 2002;
- GUERRIERI G., *sub art. 2377*, in *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, A. Maffei Alberti (a cura di), vol. I, Padova, 2005;
- GUERRIERI P., *sub art. 2388*, in *Maffei Alberti (a cura di), Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005;
- HIRSCHMAN A.O., *Exit, voice and loyalty*, Harvard, 1970;
- JAEGER P.G., *Il voto divergente*, in *Trattato delle società per azioni*, G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), III, 1, Torino, 1993;
- LENER R., *sub art. 2378*, in *Società di Capitali*, Niccolini G. Stagno d'Alcontres (a cura di), Napoli, II, 2004;
- LIBERTINI M., *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. Dir. Societario*, 2008;
- LIBERTINI M., *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del codice civile*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 4, Torino, 2007;

- LIBONATI B., *Assemblea e patti parasociali*, in *RDCo*, 2002;
- MAGLIULO F., *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nelle nuove s.p.a.*, Milano, 2004;
- MAGLIULO F.-TASSINARI F., *Il funzionamento di assemblea di s.p.a. nel sistema tradizionale*, Milano, 2008;
- MANGANO R., *sub artt. 2421-2422*, in *Comm. Niccolini, Stagno D'Alcontres*, II, Napoli, 2004;
- MARASÀ G., *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (a cura di), VI, 1, Torino, 1993;
- MARCHETTI P., *sub art. 2366-2367*, *Assemblea*, Picciau (a cura di), in *Commentario alla riforma delle società*, P. Marchetti-L. A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari (diretto da), Milano, 2008;
- MELI V., *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, 1991;
- MELONCELLI F., *sub art. 2364-2366*, in *La riforma delle società*, *Commentario al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, M. Sandulli-V. Santoro (a cura di), I, Torino, 2003;
- MINERVINI G., *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, *Riv. Dir. Comm.*, I, 1955;
- MONTAGNANI C., *sub artt. 2363-2366*, in *Società di capitali. Commentario*, G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres (a cura di), Napoli, 2004;
- MONTALENTI P., *Interesse sociale e amministratori*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Milano, 2010;
- MOSCO G.D., *Commento agli artt. 2380-2389*, in G. Niccolini - A. Stagno D'Alcontres (a cura di), *Commentario delle Società di capitali*, Napoli, II 2004;

- MUCCIARELLI F.M., *L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate*, in *Giur.Comm.*, I, 2000;
- NAZZICONE L.-PROVIDENTI S., *sub art. 2393 bis*, in *La riforma del diritto societario, Società per azioni, amministrazione e controlli*, Lo Cascio (a cura di), 5, Milano, 2003;
- NOTARI M., *Le categorie speciali di azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 1, Assago, 2007;
- NUZZO A., *L'abuso della minoranza - Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003;
- OPPO G., *Contratti parasociali*, Milano, 1942;
- PACIELLO A., *Appunti per uno studio del recesso dal gruppo*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, Milano, 2005;
- PASQUARIELLO C., *sub art. 2364-2367*, in *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Maffei Alberti (a cura di), vol. I, Padova, 2005;
- PETRAZZINI B., *sub artt. 2364, 2364 bis*, in *Comm. Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti*, I, Bologna, 2004;
- PIAZZA G., *L'impugnativa delle delibere del nuovo rito societario: prime riflessioni di un civilista*, in *Corriere Giur.*, 2003;
- PINTO V., *La tutela risarcitoria dell'azionista fra «danno diretto» e «danno riflesso»*, Pisa, 2012;
- PINTO V., *sub art. 2388*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società - Commento agli articoli 2380-2451 del codice civile*, F. D'alessandro (diretto da), II, 2, Padova, 2011;
- PISANI MASSAMORMILE A., *Invalidità delle delibere consiliari*, in *AA.VV., Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), II, Torino, 2006;
- PISCITELLO P., *Riflessioni sulla nuova disciplina del recesso nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005;

- PORTALE G. B., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in Abbadessa, Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006;
- PORTALE G.B., *Patti parasociali con “efficacia corporativa” nelle società di capitali*, in *Riv. Società*, 2015;
- PORTALE G.B., *Tra diritto dell’impresa e metamorfosi della .s.p.a., Società, Banche e Crisi d’Impresa*, in *Liber amicorum Pietro Abadessa*, I, 2014;
- PREITE D., *L’“abuso” della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992;
- PRESTI G., *Questioni in tema di recesso nelle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, I, 1982;
- RAGUSA E. V., *Provvedimenti d’urgenza e deliberazioni assembleari*, in *Giur. comm.*, II, 1979;
- REBOA M., *Criteri di stima delle azioni in caso di recesso del socio: alcune riflessioni sull’articolo 2437 ter c.c.*, in *Dialoghi tra giuristi e aziendalisti in tema di operazioni straordinarie*, M. Notari (a cura di), Milano, 2008;
- RENNA L., *Note in tema di invalidità delle delibere assembleari e di recesso nella società per azioni nella disciplina societaria riformata (Parte Prima)*, in *Giur. It.*, 5, 2007;
- RESCIO G.A., *L’assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, in *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese, Atti del Convegno*, Firenze, 16.11.2002, in www.associazionepreite.it;
- Rescio G.A., in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004;
- RESCIO G.A., *La disciplina dei patti dopo la legge delega*, in RS, 2002;

- RIVOLTA G. C., in *Azioni e quote sociali: pegno di usufrutto e di nuda proprietà e diritto di voto*, in *Scritti in Onore di A. Pavone la Rosa*, I, 3, Milano, 1999;
- ROMANO PAVONI G., *Questioni in tema di sospensione dell'esecuzione di deliberazioni assembleari di società di capitali*, in *Giur. it.*, I, 2, 1955;
- RORDORF R., *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Società*, 2003;
- RORDORF R., *L'abuso di potere della minoranza*, in *Società*, 1999;
- RORDORF R., *sub art. 2377-2378*, in *Commentario romano al nuovo diritto societario - Commento agli articoli 2325-2379-ter del codice civile*, F. D'alessandro (diretto da), II, 1, Padova, 2010;
- ROSSI M., *Sulla valutazione delle azioni in caso di recesso*, in *Corriere Giur.*, 11, 2013;
- ROSSI S., *sub art. 2409*, *Commentario del codice civile*, D. U. Santosuosso (a cura di), Milano, 2016;
- RUSSO R., *Profili concernenti il recesso da s.p.a.*, in *Giur. It.*, 3, 2014;
- SACCHI R., *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a. – Profili procedurali*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (a cura di), vol. III, 1, Torino, 1993;
- SACCHI R., *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), II, Torino, 2006;
- SALAFIA V., *Impugnabilità delle Delibere del Consiglio di Amministrazione - Il Commento*, in *Società*, 2015;
- Salafia V., *Il recesso del socio e l'impugnazione della delibera che lo giustifica*, in *Società*, 7, 2011;
- SALAFIA V., *Il recesso dei soci nelle società di capitali*, in *Società*, 4, 2006;

- SALAFIA V., *L'assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Società*, 2003;
- SALAFIA V., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Società*, 2003;
- SAMBUCCI L., *Sub Art. 2393 bis*, in *Commentario del codice civile*, D. U. Santosuosso (a cura di), Milano, 2016;
- SANFILIPPO P.M., *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, in *Liber amicorum Pietro Abbadessa*, M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), I, Torino, 2014;
- SANGIOVANNI V., *Le pattuizioni di co-vendita quali limiti alla circolazione di azioni e quote*, in *Notariato*, 6, 2013;
- SANTORO V., *sub art. 2351*, in *Comm. Sandulli, Santoro*, II, 1, Torino, 2003;
- SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario, Autonomia privata e norme imperative nei DD.Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003;
- SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003;
- SANZO S., *sub art. 2377*, in *Il nuovo diritto societario*, G. Cottino- G. Bonfante- O. Cagnasso- P. Montalenti (a cura di), I, Bologna, 2004;
- SARALE M., *Il nuovo volto dell'assemblea sociale*, in Ambrosini (a cura di), *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, I, Torino, 2005 167;
- SARALE M., *Nota sulla disciplina del recesso nelle società di capitali*, in *Giur. It.*, 2004;
- SAVORANA A., *Il recesso del socio nelle società di capitali*, in *La riforma del diritto societario. Il parere dei tecnici*, A. Danovi (a cura di), Milano, 2003;

- SCALA A., *Profili processuali degli articoli 2377 e 2378*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), II, Torino, 2006;
- SERRA A., *Il procedimento assembleare*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), II, Torino, 2006;
- SERRA A., *L'assemblea: il procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (a cura di), III, 1, Torino 1993;
- SILVETTI M., *sub art. 2379 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, G. Cottino-G. Bonfante- O. Cagnasso- P. Montalenti (a cura di), I, Bologna, 2004;
- SIRONI A., *sub. Art. 2387, Amministratori*, in *Commentario alla riforma delle società*, Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari (diretto da), Milano, 2005;
- SPERANZIN M., *“Deroga” all’atto costitutivo di s.r.l. in tema di liquidazione del socio receduto e conversione della decisione in patto parasociale*, in *Liber Amicorum Abbadessa*, 2, Torino, 2014;
- STAGNO D’ALCONTRES A., *L’invalidità delle deliberazioni dell’assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. Abbadessa-G.B. Portale (diretto da), II, Torino, 2006;
- STANGHELLINI L., *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, in *Azioni*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Grezzi E M. Notari, Milano, 2008;
- TEDESCHI C., *Le azioni a voto plurimo e la maggiorazione del voto*, in *Società*, 10, 2015, 1073;
- TERRANOVA G., *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nella società per azioni*, in Abbadessa - Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, III, Milano, 2007;
- TOFFOLETTO A., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003;

- TOFFOLETTO A., L'autonomia privata e i suoi limiti nel recesso convenzionale del socio di società di capitali, in *Riv. dir. comm.*, I, 2004;
- TRIMARCHI G. A. M., *Autonomia statutaria privata e recesso dalle società di capitali*, in *Notariato*, 2, 2017;
- TRIMARCHI G. A. M., *Il recesso del socio dai tipi societari capitalistici e applicativi notarili*, Consiglio Nazionale del notariato, Studio n. 188-2011/I, www.notariato.it, approvato dalla Commissione studi d'impresa il 1 marzo 2012;
- VASSALLI F., *Alcuni aspetti dell'amministrazione delle s.p.a. nella riforma del diritto societario*, in *Diritto Fallimentare*, I, 2004;
- VENTORUZZO M., *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, in *Riv. Società*, 2005;
- VENTORUZZO M., *La composizione del consiglio di amministrazione delle società quotate dopo il d. lgs. n. 303 del 2006: prime osservazioni*, in *Riv. Società*, 2007;
- VENTORUZZO M., *Recesso e valore delle partecipazioni nelle società di capitali*, Milano, 2012;
- VENTURI C., *Il recesso e l'esclusione dei soci nelle società di capitali, La riforma del diritto societario*, www.tuttocamere.it, 2005;
- VISENTINI B., *Sul frazionamento e sul raggruppamento delle azioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1960;
- VISENTINI G., *L'amministrazione della società per azioni*, Roma, 2016;
- VISENTINI G., *L'assemblea della società per azioni*, Roma, 2017;
- ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, G. E. Colombo-G. B. Portale (a cura di), III, 2, Torino, 1994.