

Archivio selezionato: Dottrina

(1) SULLA DELIBERA MAGGIORITARIA DI ELIMINAZIONE DELLA CLAUSOLA DI PRELAZIONE DALLO STATUTO DELLE S.P.A.

Banca borsa tit. cred., fasc.2, 2003, pag. 186

Michele Centonze - Dottorando di ricerca in Diritto del commercio interno e internazionale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Classificazioni: SOCIETÀ DI CAPITALI - Assemblea dei soci - - rappresentanza

1. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale di Milano interviene sul problema dell'individuazione delle regole che presiedono alla eliminazione di una clausola di prelazione dallo statuto di una s.p.a.(1). Nel decretare l'applicazione del principio maggioritario anche in occasione di questa specifica modificazione statutaria, la pronuncia, come informano gli stessi giudici, si allinea all'orientamento "costante" presso il Tribunale di Milano(2) e "consolidato" presso la giurisprudenza di legittimità(3). Sotto il profilo dispositivo, dunque, essa non presenta aspetti di particolare significato. Senza dubbio più interessante, invece, è la motivazione che sorregge la decisione.

In via preliminare occorre rilevare che il ragionamento dei giudici milanesi ruota intorno a due passaggi fondamentali: affermazione che la clausola di prelazione ha natura di vera e propria regola sociale(4); negazione che la relazione giuridica inter socios da essa istituita(5) possa costituire un ostacolo all'operatività dei normali meccanismi societari di modificazione dell'atto costitutivo(6). La scelta di articolare la soluzione del problema lungo questa duplice direzione non è certamente casuale. Ed invero, all'interno del complesso schieramento che nega validità o efficacia(7) alla delibera dell'assemblea straordinaria che sopprime a maggioranza una clausola di prelazione, prevalgono due itinerari argomentativi, dei quali l'uno si fonda sulla qualificazione della nostra clausola come mero patto parasociale; mentre l'altro assegna alla clausola natura di vera e propria norma sociale, salvo poi ritenerla sottratta all'operatività del principio maggioritario (in astratto applicabile) a causa della particolare situazione soggettiva attiva da essa costituita in capo ai soci(8). Ciò spiega perché la sentenza, in una visione tutto sommato corretta(9), individui nell'accertamento della natura della clausola di prelazione, e, verificatane la qualifica propriamente sociale, nella definizione della portata degli effetti da essa generati in capo ai soci, i problemi interpretativi essenziali che si annodano intorno alla materia da essa affrontata(10).

Piuttosto, destano non poche perplessità le argomentazioni con cui la sentenza in esame ha inteso risolvere le predette questioni. Per averne contezza, occorre portare un po' più a fondo l'analisi degli orientamenti contrari alla sopprimibilità a maggioranza della clausola, e delle obiezioni che dottrina e giurisprudenza vi hanno opposto.

2. Il primo degli indirizzi innanzi richiamati(11) (quello che riconosce natura parasociale al patto di prelazione accolto nell'atto costitutivo) muove dalla premessa secondo cui, per distinguere le ipotesi in cui una clausola statutaria costituisca parte del contratto sociale, e le ipotesi in cui, viceversa, essa si configuri come negozio autonomo dal (anche se collegato al) contratto medesimo(12), occorrerebbe fare assegnamento sulla direzione del vincolo costituito dalla clausola statutaria(13), e riconoscere natura parasociale a quella clausola che crei rapporti giuridici vincolanti esclusivamente i soci tra di loro (cd. criterio della direzione del vincolo). Sicché, constatato che la clausola di prelazione statutaria è fonte di un vincolo giuridico corrente direttamente tra soci, l'indirizzo in esame(14) conclude(15) che "con la clausola di prelazione non si incide sul contratto sociale, ma si inserisce nel contratto un patto che ha e conserva una sua natura, del tutto estranea al contratto stesso". Di conseguenza, "la regola maggioritaria risulta inapplicabile [proprio] perché la clausola di prelazione costituisce una fattispecie contrattuale estranea _ seppur collegata _ al contratto sociale"(16). L'insopprimibilità a maggioranza della clausola di prelazione discenderebbe dunque, secondo questa tesi, dalla non riconducibilità della fattispecie indagata a quelle in astratto assoggettabili alla regola maggioritaria.

3. L'attribuzione alla clausola di prelazione del rango di patto parasociale rappresenta, tuttavia, un'opzione interpretativa senza dubbio minoritaria: raccoglie infatti più vasto consenso(17) l'opinione, alla quale si uniforma anche la sentenza in epigrafe, secondo cui l'essere la clausola fonte di una relazione giuridica corrente direttamente tra i soci non costituisce un ostacolo alla sua ricomprensione nell'ambito delle vere e proprie regole sociali(18).

Le ragioni poste a fondamento di tale conclusione sono eterogenee, sul problema specifico dell'inquadramento della clausola di prelazione riflettendosi le incertezze che affliggono, in generale, la distinzione del sociale dal parasociale(19). Delle molteplici proposte esistenti(20), la sentenza in esame sembra accogliere quella che fa perno sull'interesse soddisfatto dalla clausola statutaria, e riconosce natura sociale soltanto alla norma dello statuto che sia diretta a soddisfare (se non esclusivamente, per lo meno anche) un interesse comune al gruppo dei soci(21). Scrivono, infatti, i giudici milanesi che la clausola di prelazione è "una regola organizzativa della società" (cioè, ha natura di vera e propria regola sociale) poiché tende "a realizzare la coesione tra i soci e quindi una certa stabilità delle componenti decisionali e funzionalità dell'assemblea". Il che equivale a riconoscere che la clausola di prelazione, mercé la predisposizione di uno strumento capace di paralizzare l'ingresso di terzi estranei nella società, preserva l'omogeneità della compagine azionaria; e, quindi, essendo orientata (anche) al perseguimento di un interesse del gruppo (dei soci uti socii, cioè, non dei soci uti singuli), merita l'assegnazione del rango di norma sociale.

Benché sia lecito nutrire non poche perplessità sulla fondatezza del ragionamento abbracciato dalla pronuncia in esame(22), ritengo comunque che la sostanziale coincidenza di vedute in ordine all'inquadramento giuridico della clausola di preferenza(23) autorizzi a non soffermarsi ulteriormente sulla questione(24), e a proseguire senz'altro con la disamina della nostra sentenza e delle tematiche ad essa connesse.

4. Accertato che la clausola di prelazione pone una regola sociale vera e propria, e che da essa sorge, per ciascun socio, il diritto ad essere preferito ai terzi nell'acquisto delle azioni che altro socio intenda alienare (in definitiva: che essa opera su due piani, quello sociale e quello interindividuale), sorge, per l'interprete, il delicato problema di verificare, ai fini dell'individuazione della disciplina che ne regola la soppressione(25), quale dei due piani abbia (per usare l'espressione adoperata dalla sentenza in esame) la "prevalenza"(26). Il dubbio nasce perché una parte (minoritaria) della giurisprudenza e della dottrina ritiene che il profilo intersoggettivo della clausola di prelazione sia in grado di paralizzare l'operatività dei normali meccanismi assembleari (in astratto suscettibili di applicazione), precludendo la sopprimibilità a maggioranza della clausola medesima(27). Si giunge così all'analisi del secondo degli itinerari argomentativi, cui si accennava in principio, attraverso cui si è approdati all'affermazione della necessità del consenso unanime dei soci per eliminare una clausola di prelazione dallo statuto di una società(28).

Il fondamento concettuale della tesi in esame è rappresentato, come noto, dalla teoria dei diritti individuali(29), che proprio nella materia che ci occupa resiste alle tendenze dissoltrici che l'affliggono ormai da lungo tempo. Ed invero, si sostiene che il diritto costituito con la clausola statutaria di preferenza andrebbe qualificato come diritto individuale del socio(30) (a) perché concorre a definire i caratteri essenziali della posizione del socio all'interno della società(31); oppure (b) perché, lungi dal costituire, al pari delle altre posizioni del socio all'interno del gruppo, "un mero riflesso dell'organizzazione sociale", si tratta di un diritto attribuito "al singolo socio in virtù di una specifica clausola" dell'atto costitutivo(32).

L'insopprimibilità a maggioranza della clausola di prelazione discenderebbe dunque dall'indisponibilità, da parte degli organi sociali, del diritto da essa generato; e l'indisponibilità del diritto sarebbe giustificata, a livello teorico, mercé la categoria dei diritti individuali, nella quale il primo andrebbe ricompreso(33). "La dialettica tra regole di organizzazione, sottoposte al potere dispositivo della maggioranza dei soci, e diritti individuali dei soci"(34) è risolta, così, a favore dei

secondi.

5. Tuttavia, secondo l'opinione pacifica presso la giurisprudenza di legittimità e oramai prevalente presso la giurisprudenza di merito e la dottrina, la specificità degli effetti prodotti dalla clausola di prelazione non priva l'assemblea straordinaria del potere di sopprimere la clausola medesima mediante le maggioranze richieste dalla legge o dall'atto costitutivo (35).

La dimostrazione dell'assunto è, però, variamente argomentata. Esaminiamo le proposte ermeneutiche avanzate da dottrina e giurisprudenza(36), prendendo le mosse dalla sentenza in epigrafe.

Il tribunale di Milano si limita ad affermare che la clausola di prelazione, in quanto regola organizzativa, "prevale" sulla sua "rilevanza anche parasociale" e a confortare la soluzione proposta evidenziando, da un lato, la portata generale del principio maggioritario(37), e, dall'altro, il ripristino del regime legale di libera circolazione delle azioni che consegue alla soppressione della clausola(38). Se si prescinde dalla coppia di argomenti richiamati per ultimi (che comunque non hanno, da sé soli, efficacia persuasiva)(39), la pronuncia sembra osservare un inopportuno silenzio in merito alle ragioni che dovrebbero convincere che il socio, contrariamente a quanto opinato dall'indirizzo avverso, può essere privato, senza il suo consenso, del diritto ad essere preferito a terzi nell'acquisto delle azioni che altro partecipante intenda alienare. Ed infatti, la mera affermazione della "prevalenza" del profilo sociale su quello parasociale, quando, come nel nostro caso, non si accompagni né all'illustrazione delle ragioni che consentono, a due profili tradizionalmente ritenuti alternativi, di coesistere in seno ad una medesima vicenda, né all'indicazione delle ragioni che dovrebbero fondare la prevalenza dell'uno sull'altro profilo, finisce inevitabilmente per risolversi in una petizione di principio.

Così, per comprendere le ragioni su cui si fonda la pronuncia, l'interprete deve volgere lo sguardo alla tesi cui i giudici ambrosiani sembrano essersi ispirati nella decisione della controversia(40). L'opinione, pur autorevolmente rappresentata e recepita da un arresto della S.C., occupa una posizione minoritaria nell'ambito del vasto orientamento favorevole alla sopprimibilità a maggioranza della clausola di prelazione(41). Essa muove dal riconoscimento (pressoché pacifico) della duplicità di ambiti di rilevanza della clausola di prelazione (quello sociale e quello interindividuale)(42), ma, negando che la vicenda intersoggettiva possa essere riguardata in una prospettiva societaria(43), giunge, scomponendo "il valore" della clausola in coerenza con la rilevata complessità ontologica della stessa, ad assegnarle il "duplice significato di regola statutaria e di patto parasociale"(44), e a riconoscere, così, alla vicenda azionata dalla clausola di prelazione, una duplice contestuale "collocazione", sul piano dei rapporti sociali e sul piano dei rapporti parasociali. Secondo questa prospettiva, cioè, la clausola di prelazione si atteggia, al tempo stesso, come fonte di una normativa che concerne l'assetto organizzativo dell'ente (ed in quanto regola organizzativa rileverebbe alla stessa stregua di ogni altra norma limitativa della circolazione della partecipazione azionaria)(45); e (questa è la particolarità) come fonte di un rapporto che, coinvolgendo esclusivamente gli interessi individuali dei soci (dei soci uti singuli, cioè, non uti socii, come accade con riguardo al primo profilo), giace su un piano esterno a quello propriamente societario, anche se con questo collegato (ed in quanto patto parasociale la clausola opererebbe secondo gli schemi propri dei rapporti obbligatori di diritto comune)(46). Da qui consegue, in punto di disciplina, la coesistenza di due distinte normative, quella societaria (per quanto attiene al profilo organizzativo), e quella di diritto comune (per quanto concerne il rapporto obbligatorio inter socios)(47).

Ora, "la portata per così dire ambivalente della clausola di prelazione" e la circostanza che ciascuno dei profili che la compongono è assoggettato alla disciplina ad esso proprio, convincono la dottrina in esame della sopprimibilità a maggioranza della clausola di prelazione. "Se si condivide [la riferita] ricostruzione, può essere infatti agevole osservare che una deliberazione di modifica dell'atto costitutivo è soltanto in grado di incidere sul piano sociale", eliminando "il vincolo statutario risultante dalla clausola", ma "non è in grado di eliminare il vincolo

(parasociale) intercorrente tra i soci, e ciò in quanto tale vincolo, caratterizzandosi in termini di estraneità rispetto ai temi organizzativi, si pone per definizione al di fuori di quella competenza" (48). Insomma: atteso che la società ha (ovviamente) soltanto la capacità di disporre delle materie che attengono all'organizzazione dell'ente, la delibera dell'assemblea straordinaria che sopprime a maggioranza una clausola di prelazione produce il solo effetto di eliminare le condizioni che devono essere osservate dai soci affinché il trasferimento abbia rilevanza nei confronti della società stessa, mentre non tocca il diritto dei singoli partecipanti ad essere preferiti a terzi nell'acquisto delle azioni poste in vendita da altro socio (detta delibera è inefficace, da questo punto di vista). La società, soggetto terzo, è priva, infatti, della legittimazione a disporre delle situazioni inerenti ai rapporti che interessano i soci uti singuli, per cui, una volta soppressa la clausola statutaria di prelazione, rimane in vita il solo sindacato di blocco, secondo la disciplina ad esso propria(49).

Se, sulla scorta di queste informazioni, torniamo adesso ad analizzare la motivazione della sentenza in epigrafe, essa ci appare non più soltanto ermetica ed anodina, ma anche, e soprattutto, inadeguata a sorreggere la soluzione decretata, perché l'argomento che dovrebbe costituirne il fondamento ("prevalenza" della rilevanza sociale su quella anche parasociale della clausola) sembra inconciliabile con le premesse dogmatiche dalle quali (implicitamente) la sentenza prende le mosse. Ed invero, una volta che si collochino le due componenti effettuali della clausola di prelazione (organizzativa e interindividuale) su piani diversi (endosociale, la prima; extrasociale, l'altra) non si può poi affermare la "prevalenza" dell'un piano sull'altro senza contraddire il reale significato giuridico della contrapposizione predicata: il (un) rapporto sociale e il (un) rapporto parasociale, infatti, non sono l'uno (il secondo) in condizione di subordinazione rispetto all'altro (il primo), ma, come puntualmente chiarisce l'autore cui si deve la paternità della tesi evocata dal Tribunale di Milano, sono ovviamente autonomi nella dinamica della vita societaria, in regime di connessione bensì, ma comunque e sempre di separazione, ciascuno continuando a rilevare secondo gli schemi concettuali consentanei alla rispettiva indole e ad essere assoggettato al proprio regime normativo. Del resto, a confronto della inconsistenza del concetto di "prevalenza" ove riferito al rapporto tra sociale e parasociale, mi sembra militare la evidente impossibilità normativa di formulazione del relativo giudizio: riesce difficile, cioè, capire in virtù di quale disposizione sia lecito affermare che (in fase di soppressione della clausola statutaria)(50) il sociale abbia la "prevalenza" sul parasociale(51).

Tanto, basta, credo, per dubitare dell'adeguatezza della nostra sentenza a rappresentare una meditata ricezione della tesi (dunque solo istintivamente) abbracciata, e dell'idoneità a porsi come valido precedente giudiziale e a segnare l'inizio di un nuovo corso da parte del foro ambrosiano.

6. Del resto, la tesi che si è visto fare da sfondo alla sentenza in epigrafe è stata sottoposta ad un attento vaglio critico da parte della migliore dottrina, che ne ha censurato la premessa teorica (non poter originare dal sociale un rapporto diritto _ obbligo riguardante esclusivamente i soci tra di loro), e la conseguente collocazione della relazione inter socios a livello parasociale(52). La dottrina e la giurisprudenza prevalenti situano, infatti, il diritto di prelazione in un ambito interno al sociale, e giustificano in altro modo l'affermazione della sopprimibilità a maggioranza della clausola di prelazione.

Innanzitutto, una qualificata opinione(53) nega che la posizione soggettiva che deriva in capo al socio dalla mera previsione nello statuto di una clausola di prelazione sia qualificabile come vero e proprio "diritto soggettivo". Si badi: questa prospettiva non revoca in dubbio l'idoneità della clausola di prelazione a costituire diritti in capo ai soci; solo, ritiene che tale non sia l'effetto immediato dell'inserimento della clausola nello statuto(54), il momento genetico di tale diritto essendo individuato non già nella disposizione statutaria, quanto, piuttosto, sulla scorta dei risultati conseguiti dalla dottrina civilistica(55), nella decisione (rectius: nella manifestazione della decisione) del socio di vendere le azioni. Prima di allora, si precisa, la vicenda della clausola di prelazione si risolve nell'esistenza, da un punto di vista oggettivo, di una norma dello statuto che pone delle particolari condizioni per l'ingresso di terzi in società(56), e, da un punto di vista

soggettivo, di un mero interesse degli altri soci (potenziali acquirenti) al mantenimento di quella norma(57). Logico corollario, si conclude, è che, se è vero che il diritto soggettivo di prelazione nasce solo in dipendenza del verificarsi, in un preciso momento storico, di una determinata fattispecie concreta(58) (la decisione da parte di un socio di alienare le azioni manifestata attraverso la denuntiatio agli altri partecipanti)(59), si deve riconoscere che la delibera che sopprime a maggioranza la clausola di prelazione (al pari, del resto, della delibera che dispone l'esclusione del diritto di opzione o la non distribuzione degli utili) non si configura come atto di disposizione di un diritto altrui(60): quella delibera, infatti, "non incide direttamente sul diritto del singolo, impedendogli di far valere una sua attuale pretesa rivolta verso un altro socio, ma agisce sull'ordinamento sociale espellendone la regola dalla quale il diritto del socio trae origine"(61).

7. Pur presentando, la tesi appena illustrata, elementi di indubbio fascino(62), la strada correntemente seguita per giungere ad affermare la sopprimibilità a maggioranza della nostra clausola è, tuttavia, un'altra: il diritto di prelazione, si sostiene(63), non può essere ricondotto entro l'area dei diritti individuali(64), segnatamente, non può essere qualificato come "diritto essenziale alla qualità di socio", tale potendo essere considerata soltanto quella situazione soggettiva di cui il socio risulti titolare in virtù di una norma imperativa di legge (65); il diritto ad essere preferito ai terzi nell'acquisto delle azioni che altro socio intenda alienare, invece, è un riflesso dell'ordinamento statutario(66), e, quindi, al pari di tutte le altre posizioni soggettive che derivano in capo ai soci dallo statuto, è "destinato ad estinguersi quando l'ordinamento muti"(67).

Giova precisare, tuttavia, che un simile itinerario concettuale non sempre è percorso con nitore dalla nostra giurisprudenza, che talvolta così motiva: "il diritto di prelazione non può ritenersi un diritto individuale del socio in senso tecnico [e quindi insopprimibile dagli organi sociali] dato che non è essenziale ed esclusivo alla posizione giuridica del socio", e non è essenziale perché di costituzione soltanto facoltativa; non è esclusivo "in quanto interessa anche la società"(68). Ora, premessa l'inconsistenza del riferimento all'interesse della società (e alla conseguente affermazione della non esclusività del diritto di prelazione in capo ai soci)(69), a me sembra che l'altra illazione (essere il diritto di prelazione sopprimibile a maggioranza in quanto diritto di costituzione soltanto facoltativa), pur vivacemente censurata dalla giurisprudenza di segno opposto(70), non significhi altro che il diritto di prelazione, non derivando certamente in capo al socio da una norma imperativa di legge (ché altrimenti esso sarebbe, appunto, essenziale alla posizione giuridica di socio; cioè, di costituzione necessaria), non assurge a situazione soggettiva sottratta alla normale operatività dei meccanismi assembleari(71). Mi sembra, in altre parole, che, sebbene con formulazione a prima vista anodina, sia comunque sancita una regula iuris coincidente con quella prima esaminata (secondo cui l'autonomia statutaria non può essere fonte di posizioni giuridiche cristallizzate ed indisponibili dalla maggioranza(72)), e sia confermato (nella sostanza) l'insegnamento, generalmente accolto, per cui di diritti essenziali "si può parlare solo riguardo a quelle posizioni espressamente riconosciute e garantite per legge"(73).

Una volta assodato che il diritto statutario di prelazione non è un diritto essenziale alla posizione di socio per la ragione che solo la legge, e non anche lo statuto, è capace di costituire situazioni giuridiche indisponibili, durante società, da parte degli organi sociali, sembra cadere anche l'altro tentativo di collocazione della clausola di prelazione nell'ambito dei diritti individuali del socio, quello, cioè, fondato sull'illazione che "non si possono limitare o sopprimere quelle situazioni soggettive [tra cui si ricomprende, appunto, il diritto di prelazione] che siano state attribuite al singolo socio in virtù di una specifica clausola e che non costituiscono un mero riflesso dell'organizzazione sociale, ma gli sono riconosciute su base individuale"(74). Ed infatti, pur volendo prescindere dalle riserve che suscita l'affermazione secondo cui il diritto di prelazione non è un riflesso dell'organizzazione sociale(75), e pur trascurando il rilievo che, opinando nel senso appena riferito, si ripropongono tutti gli inconvenienti imputati alla teoria dei diritti individuali(76), la tesi sembra risolversi in una petizione di principio, poiché "resta comunque da dimostrare...che, nel caso di specie, la tutela della posizione contrattuale di un socio di una società il cui statuto contenga una clausola di prelazione comporti per lui il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo a non veder peggiorata, senza il suo consenso, una propria posizione di

vantaggio derivantegli dal regime di circolazione delle azioni"(77).

8. Venuta meno la possibilità di "giustificare una tutela rafforzata del diritto di prelazione stabilito dallo statuto"(78), è evidente che gli strumenti di garanzia a disposizione del socio che dissenta dalla delibera che a maggioranza elimini dallo statuto una clausola di prelazione sono quelli previsti in generale dal legislatore(79). Al riguardo, preme soltanto richiamare l'attenzione del lettore su una non più recente decisione del Tribunale di Bari(80), che, pur riconoscendo alla società il potere di sopprimere a maggioranza la clausola di prelazione, richiede, tuttavia, per la validità della decisione, che la delibera contenga l'indicazione delle ragioni che giustificano la modificazione dell'atto costitutivo, in applicazione analogica dell'art. 2441, comma 5°, c.c. Come si è avuto modo di verificare, il confronto tra prelazione statutaria e diritto legale di opzione è un "tema classico" nella materia che ora ci occupa; solo questa pronuncia, a quanto consta, ne ha però dedotto la riferita conclusione. Rispetto alla quale credo sia sufficiente osservare che, una volta ricondotta l'eliminazione della clausola di prelazione al rango di normale modificazione statutaria, in quanto tale insuscettibile di collocarsi in una posizione speciale rispetto ad ogni altra, viene meno la premessa teorica che potrebbe convincere della opportunità di intraprendere il tentativo (dagli esiti comunque incerti) di immaginare speciali strumenti di tutela del socio dissenziente(81).

Con riguardo alla prima, il Tribunale di Milano afferma la liceità di una delibera di soppressione della clausola di prelazione adottata da una società oramai sciolta, perché, scrivono i giudici, detta delibera "non appare di per sé configgente o incompatibile con lo stato di liquidazione dell'ente".

La questione se sia modificabile, nella fase liquidativa, il regime di circolazione delle azioni (su cui non constano precedenti giurisprudenziali editi; in dottrina v. Niccolini, Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni, in Trattato delle società per azioni, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 7***, Torino, 1997, 453), si iscrive nell'ambito del più vasto problema della definizione degli effetti che sui poteri dell'assemblea produce il verificarsi di una causa di scioglimento, ex art. 2451 c.c. (di recente, cfr. Montagnani, Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie, Milano, 1999). Benché permangano incertezze sul trattamento normativo da riservare ad alcune ipotesi specifiche (per ogni riferimento, anche giurisprudenziale, v. Montagnani, Deliberazioni, 76 ss.), dal risalente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'interpretazione della norma citata (da taluni, per vero, ritenuta superflua: Frè, Società per azioni, in Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, 874) emergono alcune indicazioni di carattere generale sulle quali si registra oramai un quasi unanime consenso (non di rado implicito, soprattutto in giurisprudenza: cfr., ad es., Trib. Bergamo, 22 gennaio 1971, in Riv. dir. comm., 1972, II, 53; App. Roma, decr. 12 giugno 1982, in Giur. comm., 1983, II, 428; Trib. Udine, decr. 6 ottobre 1986, in Foro it., 1987, I, 229), e che appaiono idonee a confortare la soluzione patrocinata dal Tribunale di Milano: a) in linea di principio, modifiche dell'atto costitutivo sono consentite anche durante la fase liquidativa della società, perché la funzionalizzazione dell'attività sociale al soddisfacimento dei creditori sociali e alla ripartizione dell'attivo residuo (per tutti, Cavallo Borgia, Lo scioglimento e la liquidazione nella società per azioni, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, 17, Torino, 1985, 149 ss.) "non elimina il potere dell'assemblea sullo statuto sociale" (Niccolini, Scioglimento, 453 nt. 85; in senso contrario, isolatamente, Ferri, Manuale di diritto commerciale¹⁰, Torino, 2000, 450, ma sulla base dell'idea _ ormai datata e da tutti respinta _ che il verificarsi di uno degli eventi previsti dall'art. 2448 c.c. determini lo scioglimento del contratto di società, onde l'assemblea, che pure "rimane sovrana nelle decisioni attinenti la liquidazione", non potrebbe, però, "modificare un contratto oramai sciolto"); b) non tutte le modifiche dell'atto costitutivo sono valide, ma solo quelle "compatibili" con lo stato di liquidazione (art. 2451 c.c.); c) pena la "completa paralizzazione della vita sociale" (Buonocore, Sulla trasformazione delle società lucrative durante lo stato di liquidazione, in Riv. soc., 1962, 1012), l'ambito delle delibere "compatibili" non può essere circoscritto a quelle "strettamente finalizzate allo stato in cui la società si trova" (cd. delibere a scopo liquidatorio tipico: sulla scia di Greco, Le società nel sistema legislativo italiano, Torino, 1959, 433 ss., v., per tutti, Buonocore, Sulla trasformazione, 1006 ss. _ da cui è tratto il virgolettato; Gallesio Piuma, I poteri dell'assemblea di società per azioni in liquidazione, Milano,

1986, 191 ss.; Moro Visconti, La liquidazione delle società, Roma, 1985, 141 ss.; Amadio, La trasformazione a fini liquidativi, in Riv. not., 1987, I, 270 ss.; Maisano, Lo scioglimento delle società, Milano, 1974, 250 ss.; Simonetto, Della trasformazione e della fusione, in Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 121 ss.; Niccolini, Scioglimento, 448 ss., ove opportuni riferimenti; in senso contrario, isolatamente, sembrano orientati, in dottrina, Galgano, La società per azioni, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, Padova, 1988, 416; in giurisprudenza, Trib. Roma, 3 novembre 1986, in Riv. not., 1988, II, 783); d) il giudizio di "compatibilità" di una delibera assembleare con lo stato di liquidazione si risolve, piuttosto, in una valutazione di non contrarietà del contenuto della delibera con le finalità proprie della fase liquidativa del patrimonio sociale (v., in particolare, Niccolini, Scioglimento, 451 ss.; Alessi, I liquidatori di società per azioni, Torino, 1994, 149 ss.; Galesio Piuma, I poteri, 201 ss.; Di Sabato, Manuale delle società, 2000, 385 ss.; Maisano, Lo scioglimento, 252; Marasà, Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 6*, Torino, 1993, 37 nt. 15; Tantini, Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni, Padova, 1973, 250; Montagnani, Deliberazioni, 41 ss.; Cabras, Le trasformazioni, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7***, Torino, 1997, 106 ss.).

Il verificarsi di una causa di scioglimento, in conclusione, "non toglie all'assemblea il suo potere di deliberare e di adottare... tutte le misure e le modifiche reputate convenienti per l'interesse della società" che non ostacolano la liquidazione del patrimonio sociale (Buonocore, Sulla trasformazione, 1012, che riprende un'osservazione di Cass., 31 ottobre 1955, n. 3567, in Riv. dir. comm., 1956, II, 418 ss.). Si deve allora senz'altro condividere l'esclusione della delibera di soppressione della clausola di prelazione dal raggio di azione del divieto posto dall'art. 2451 c.c.: l'ampliamento del regime di circolazione delle azioni, infatti, non contrasta con le esigenze poste dallo scioglimento della società, rispetto ad esse ponendosi, tutt'al più, in rapporto di neutralità, o indifferenza. D'altronde, la casistica giurisprudenziale dimostra che un problema di compatibilità sorge solo per le deliberazioni che incidono, o possono incidere, sulla consistenza patrimoniale della società (aumento di capitale a pagamento; riduzione del capitale per esuberanza o per perdite; autorizzazione al compimento di nuove operazioni), o che compromettono la persistenza stessa dello stato di liquidazione (cd. revoca della liquidazione; trasformazione della società), non anche per le modifiche dell'atto costitutivo che, come quella oggetto della vertenza in esame, non riverberano i propri effetti sugli aspetti della vita sociale coinvolti dall'ingresso dell'ente nella fase di liquidazione (es.: cambiamento della denominazione sociale, trasferimento della sede sociale all'interno del territorio nazionale). Ché poi, risponde ad un'esigenza logica, prima ancora che giuridica, che lo scioglimento non comprima i poteri sociali in misura ultronea rispetto alle esigenze poste dalla fase liquidativa.

Maggiori difficoltà sorgono dalla terza massima in commento. L'attore fonda la domanda di annullamento della delibera sulla carenza, in capo al liquidatore della società partecipante, del potere di votare, in nome e per conto della stessa, la soppressione della clausola di prelazione dallo statuto della società partecipata. Il Tribunale di Milano respinge la richiesta, ma senza prendere posizione sul merito della questione, giudicandola irrilevante ai fini della soluzione del caso concreto. Scrivono, infatti, i giudici ambrosiani che "la carenza di poteri in capo al liquidatore della Unione Fiammiferi intervenuto alla assemblea Elle. Bi." è questione "attinente al rapporto interno tra socio e suo rappresentante _ sicché l'attore [il socio dissenziente] non è legittimato a far valere l'eventuale vizio". Così disponendo, la sentenza induce, però, a misurarsi col diverso problema se la partecipazione alle operazioni di voto del falsus procurator si riverberi, e a quali condizioni, sulla validità della delibera assembleare (ovviamente, il punto è pacifico, quando il suo voto risulti determinante per l'adozione della delibera).

Il citato passo della sentenza può essere inteso in due modi: a) la sorte della delibera assembleare è insensibile alle patologie della rappresentanza azionaria; b) il difetto di rappresentanza determina invalidità della delibera, ma unico legittimato ad agire in giudizio per l'annullamento è il socio rappresentato.

A) La prima proposizione è smentita dall'opinione pressoché unanime in giurisprudenza e in dottrina (in senso contrario v. una ormai desueta pronuncia di Trib. Milano, 25 novembre 1968, in *Giur. merito*, 1970, I, 191, con nota di Buonocore). Ed invero, non si dubita che i vizi della rappresentanza azionaria (si pensi alla violazione delle norme contenute nell'art. 2372 c.c., o negli artt. 138 ss. d. lgs. 58/98; ma non solo: v. la giurisprudenza citata immediatamente oltre) invalidano la delibera assembleare (per tutti, Frè-Sbisà, *Della società per azioni*⁶, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1997, 691; Sacchi, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a.*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 3*, 1994, 434; Jaeger, *La nuova disciplina della rappresentanza azionaria*, in *Giur. comm.*, 1974, I, 572; Lener-Tucci, *L'assemblea nelle società di capitali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, XVII, 2000, 193; Palmieri, *Art. 137. Disposizioni generali*, in *Testo Unico della Finanza*, diretto da G.F. Campobasso, Torino, 2002, 1134; in giurisprudenza, v. Cass., 4 gennaio 1966, n. 45, in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, 395, con nota di Giorgianni; Trib. Milano, 3 gennaio 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, 100; Cass., 30 luglio 1960, 2231, in *Dir. fall.*, 1960, II, 854; Trib. Milano, 24 settembre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 512; Cass., 27 gennaio 1967, n. 233, in *Giust. civ.*, 1967, I, 471, con nota di Giannattasio). Ed altrettanto pacifica è l'invalidità della delibera quando "il delegato non sia in realtà fornito del potere di rappresentanza oppure ecceda, nell'esercizio del voto, rispetto al potere di rappresentanza conferitogli" (Sacchi, *L'intervento*, 435, secondo il quale l'esorbitanza del delegato dai poteri conferitigli lede l'esigenza, propria dell'ordinamento societario, "che, se il socio non interviene direttamente in assemblea, l'intervento del rappresentante avvenga in base a delega e venga rispettata la volontà manifestata...dal socio", con la susseguente operatività "della sanzione di diritto societario costituita dall'invalidità delle deliberazioni assunte dall'assemblea"; Frè-Sbisà, *Della società*, 691; Galgano, *La società per azioni*, 243; Scorza, *Osservazioni in tema di assemblea totalitaria*, in *Riv. soc.*, 1967, II, 1222; Sfameni, *Art. 143. La responsabilità*, in *La disciplina delle società quotate*, a cura di P. Marchetti e L. A. Bianchi, Milano, 1999, 1490; Silveti, *Assemblea di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 836; Ferri, *La delega all'esercizio del diritto di voto*, in *Dir. fall.*, 1975, I, 368; Cavalli-Marulli-Silveti, *Le società per azioni*³, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, II*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1996, 150; Gatti, *La rappresentanza del socio nella assemblea*, Milano, 1975, 103 ss., il quale equipara l'intervento e il voto del falsus procurator all'intervento e al voto di un non socio; Ferrara-Corsi, *Gli imprenditori e le società*¹¹, Milano, 1999, 526; prospetta l'alternativa tra invalidità della delibera e mera responsabilità del rappresentante verso il socio rappresentato, senza tuttavia risolverla, Cian, *In tema di deleghe di voto secondo il decreto Draghi*, in *Corr. giur.*, 1999, 125; in giurisprudenza, v. Trib. Milano, 14 novembre 1974, in *Riv. not.*, 1976, III, 266, con nota di Buonocore). Se, quindi, è certo che la partecipazione alla delibera del falsus procurator del socio si riflette sulla regolarità del procedimento assembleare, è, però, dubbio quale sia la fase procedimentale viziata, e quale il tipo di invalidità che affligge la delibera.

Per quanto concerne il primo punto: secondo alcuni (Ferri, *La delega*, 367; Frè-Sbisà, *Della società*, 690; Buonocore, *Assemblee totalitarie e rappresentanza dei soci*, in *Riv. not.*, 1976, III, 276 ss.; Galgano, *La società per azioni*, 244; Nobili-Vitale, *La riforma delle società per azioni*, Milano, 1975, 214) si tratterebbe di un vizio attinente al quorum deliberativo: alla lesione dei "principi della generale disciplina privatistica della rappresentanza" (Sacchi, *L'intervento*, 436) consegue, infatti, l'inefficacia, e, quindi, la sottrazione dal calcolo del quorum deliberativo, dei voti espressi dal falsus procurator (e v. anche Trib. Milano, 24 settembre 1990, cit., con riguardo ad un'ipotesi di difetto di legittimazione per invalidità del mandato); secondo altri (Gatti, *La rappresentanza*, 73 ss.), la delibera adottata con il voto del falsus procurator paleserebbe un vizio del procedimento consistente nella irregolare verifica, da parte della società, della ricorrenza della legittimazione del rappresentante a prendere parte alle operazioni di voto; secondo altri ancora (Trib. Milano, 14 novembre 1974, cit.; ma v. Buonocore, *Assemblee totalitarie*, 273 ss.; contra anche Frè-Sbisà, *Della società*, 691), si avrebbe un'irregolare costituzione dell'organo assembleare (nello stesso senso v. pure Cass., 30 luglio 1960, n. 2231, cit., ma con riguardo ad un'ipotesi in cui il difetto di legittimazione derivava dall'invalidità del mandato; e Giorgianni, *In tema di rappresentanza del socio nell'assemblea*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, 397 ss., con riguardo

all'ipotesi di potere rappresentativo conferito a soggetto inidoneo).

Senz'altro più delicata appare, invece, la questione del tipo di invalidità che colpisce la delibera adottata con il voto determinante del falsus procurator. Ed invero, non sorgerebbe alcun problema (annullabilità della delibera) ove si rimanesse aderenti al sistema di invalidità descritto dagli artt. 2377-2379 c.c. (e v., in giurisprudenza, Trib. Milano, 14 novembre 1974, cit.; in dottrina, v. Sacchi, Frè-Sbisà, Galgano, Scorza, Sfameni, Silveti, Ferri, Cavalli-Marulli-Sileveti, Gatti, cit. supra). Invece, per la nota prassi giurisprudenziale di colpire i vizi di procedimento (ritenuti particolarmente gravi con la sanzione dell'inesistenza della delibera (per tutti, Campobasso, Diritto commerciale 2. Diritto delle società⁵, Torino, 2002, 362 ss.), la situazione si complica. Ed infatti, la qualificazione in termini di inesistenza della delibera adottata con il voto determinante del delegato che ripeta i propri poteri da un atto invalido (v. Cass., 30 luglio 1960, n. 2231, cit.; Cass., 27 gennaio 1967, n. 233, cit.; Trib. Milano, 24 settembre 1990, cit.; in dottrina, v. Giannattasio, Azione per l'invalidità del mandato a partecipare all'assemblea in nome del socio minore e per far dichiarare l'inesistenza giuridica della deliberazione, malgrado il sopravvenuto fallimento della società, in Giust. civ., 1967, I, 474 ss.; Giorgianni, In tema di rappresentanza, 410 ss.), pone l'interrogativo (risolto negativamente, ma in maniera non appagante, da Sacchi, L'intervento, 439: cfr., infatti, Gatti, La rappresentanza, 105), se sia del pari inesistente (per mancanza del quorum costitutivo o deliberativo) la delibera adottata con il voto decisivo di un rappresentante che esoriti dai poteri conferitigli (così Zanarone, L'invalidità delle deliberazioni assembleari, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 3^{**}, 1993, 209; per l'annullabilità v., invece, Trib. Milano, 14 novembre 1974, cit. In questo secondo senso appare orientato anche il legislatore della riforma della disciplina della società per azioni, che sanziona con la semplice annullabilità la deliberazione assembleare adottata nonostante il difetto del quorum costitutivo o di quello deliberativo: cfr. art. 2377, comma 4°, n.1 e n. 2, c.c., nel testo dello schema di decreto delegato pubblicato da Il Sole 24 Ore il 4 ottobre 2002). Ed invero, potrebbe ipotizzarsi (cfr. Grippo, L'assemblea nella società per azioni, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, 16, 1985, 415) che in tal caso al delegato faccia difetto la cd. legittimazione primaria (egli non ha, infatti, il "potere di concorrere alla formazione della deliberazione"), e non, invece, la mera legittimazione secondaria (situazione che ricorre quando il "vizio [concerne] l'esercizio del diritto di cui il soggetto è investito e che ha il potere di esercitare", e a cui consegue, nel sistema giurisprudenziale delle invalidità, l'annullabilità della delibera: Cass., 4 gennaio 1966, n. 45, cit., da cui è tratto anche il virgolettato precedente, e che ritiene annullabile la delibera adottata con il voto determinante di persona priva dei requisiti necessari per essere rappresentante; nello stesso senso anche Trib. Milano, 3 gennaio 1987, cit.).

Tuttavia, l'opinione assolutamente dominante in dottrina, fortemente critica verso la categoria della inesistenza (per gli opportuni riferimenti, cfr. Gatti, La rappresentanza, 103 ss.; Sacchi, L'intervento, 437 ss.; Campobasso, Diritto commerciale 2., 362 ss.), esclude un differente trattamento sanzionatorio per il difetto di legittimazione primaria e per il difetto di legittimazione secondaria, e, come accennato, stima annullabile la delibera adottata con il voto determinante del falsus procurator.

B) Ove si ammetta che il difetto o l'eccesso di rappresentanza si traduce in mera annullabilità della delibera, sorge per l'interprete il problema di chiarire se legittimato a far valere l'inefficacia dell'atto compiuto dal falsus procurator sia, secondo la disciplina di diritto comune, il solo socio rappresentato (e di questo indirizzo potrebbe essere ritenuta espressione la sentenza in epigrafe, ove intesa nella seconda delle accezioni innanzi indicate), o, secondo la regola generale di diritto societario, anche ciascuno dei soggetti indicati dall'art. 2377 c.c. (un problema di individuazione dei soggetti legittimati ad impugnare la delibera invalida non si pone, invece, nelle ipotesi di violazione delle norme che disciplinano specificamente l'istituto della rappresentanza azionaria: per tutti, v. Sacchi, L'intervento, 439 ss.).

Al riguardo la dottrina appare divisa. Nella prima delle direzioni indicate, si è sostenuto che "l'interesse da tutelare è quello del socio rappresentato e la difesa di questo interesse individuale

non può pregiudicare l'interesse sociale alla stabilità delle deliberazioni oltre i limiti dell'annullamento del voto da parte del soggetto leso", onde "l'impugnazione potrà essere proposta solo dall'interessato" (così, sulle orme di Buonocore, *Assemblee totalitarie*, 276, Frè-Sbisà, *Della società*, 691; v. anche Ferri, *La delega*, 367, ma l'affermazione sembra stridere con le premesse da cui muove l'A., il quale, del resto, patrocinava una conclusione opposta rispetto a quella appena indicata quando si tratti di far valere "quei vizi che derivano dalla incapacità del rappresentante, della mancanza in lui della qualità richiesta e così via"). In senso diverso, oltre la giurisprudenza (Trib. Milano, 14 novembre 1974, cit.), si colloca chi, più di quello intrasoggettivo, valorizza, invece, il profilo organizzativo della rappresentanza azionaria (sulla rilevanza organizzativa, e non meramente intrasoggettiva, dell'istituto della rappresentanza azionaria v., soprattutto, Gatti, *La rappresentanza*, 63 ss.; Ferri, *La delega*, 367 ss.; e v. anche Sfameni, Art. 143, 1490). Così, si argomenta la legittimazione ad impugnare dei soggetti di cui all'art. 2377 c.c.: a) dalla natura sociale degli interessi incisi dalla vicenda (si è osservato – Sacchi, *L'intervento*, 441 – che "in ipotesi di mancanza di delega di voto o di esercizio del voto da parte del delegato al di là e al di fuori dei poteri di rappresentanza a lui conferiti...risulta leso non solamente l'interesse del socio rappresentato...ma anche l'interesse di diritto societario a che, se il socio esercita il diritto di voto mediante rappresentante, la rappresentanza sia effettivamente conferita nell'osservanza dell'art. 2372 c.c., e sia rispettata la volontà relativa al contenuto del voto del rappresentante manifestata dal socio nella forma scritta prevista dall'art. 2372 1° comma, c.c., in modo che sia assicurata la sia pur indiretta partecipazione del socio in assemblea"); b) dalla natura procedimentale del vizio della delibera: poiché "ogni vizio procedimentale rende impugnabile la delibera da qualsiasi socio assente o dissenziente, ovvero dagli amministratori o dai sindaci...può concludersi che anche il vizio conseguente all'errata ammissione al voto di falsus procurator, in quanto pur esso vizio di procedimento" sia impugnabile secondo le regole poste dall'art. 2377 c.c. (Gatti, *La rappresentanza*, 77; e v. anche 103 ss.). E poco importa, sotto il profilo ora in esame, il momento procedimentale che si ritenga viziato (costituzione; verifica della legittimità; deliberazione: v. supra). D'altronde, si è osservato, "diversamente opinando [cioè: assegnando solo al socio rappresentato la legittimazione ad impugnare] si verrebbe ad affermare la possibilità che un solo socio sia arbitro esclusivo della permanenza di una delibera affetta da vizi procedurali, laddove dal testo dell'art. 2377 c.c., specie avuto riguardo all'incondizionata legittimazione all'impugnativa riconosciuta ad amministratori e sindaci, appare evidente che l'error in procedendo sfugge...alla disponibilità del singolo" (Gatti, *La rappresentanza*, 78 nt. 5).

Che questa indicata per seconda sia la prospettiva preferibile, sembra discendere anche da un altro ordine di considerazioni. Se, come è pacifico (v. supra), la legittimazione ad impugnare la delibera invalida spetta a tutti i soggetti indicati dall'art. 2377 c.c. quando siano violate le disposizioni contenute nell'art. 2372 c.c. (invalido conferimento di poteri), tale legittimazione non la si potrà certo negare (a fortiori) a quegli stessi soggetti quando la procura manchi addirittura (mancanza di conferimento di poteri); e se la si riconosce in questa seconda ipotesi, sembra contraddittorio negarla nell'altra, in cui il delegato partecipi al voto anche nelle deliberazioni diverse da (ultronee rispetto a) quelle per cui la procura gli è stata conferita, e rispetto alle quali egli può ben dirsi, come nell'ipotesi precedente, mancante dei poteri necessari.

Alla questione fin'ora delibata se ne ricollega, infine, un'altra (Silvetti, *Assemblea*, 836), concernente la possibilità per il socio rappresentato di ratificare l'operato del falsus procurator. Questione risolta affermativamente da quanti, individuando in quello del socio l'unico interesse leso dalla vicenda, attribuiscono solo a costui il potere di impugnare la delibera invalida (Frè-Sbisà, *Della società*, 691); negativamente da coloro che, viceversa, stimando la rappresentanza azionaria fenomeno prevalentemente societario, assegnano a tutti i soggetti indicati dall'art. 2377 c.c. la legittimazione ad agire in giudizio per l'annullamento della delibera (Gatti, *La rappresentanza*, 75 ss.; Sfameni, Art. 143, 1491; anche se in base ad argomenti differenti, v., in giurisprudenza, Trib. Lecce, decr. 30 giugno 1988, in *Società*, 1988, 63, che fonda la conclusione su una pretesa incompatibilità del potere di ratifica con i principi che governano la formazione della volontà sociale; in senso contrario, v. però, Salafia, *Partecipazione all'assemblea del marito della socia con quote costituite in dote*, ivi, 65). Tuttavia non sempre vi è correlatività, nelle

opinioni della dottrina, tra riconoscimento al solo socio rappresentato della legittimazione ad impugnare la delibera invalida e ammissibilità del potere di ratifica. Secondo un autore, infatti, pur seguendo la disciplina della legittimazione le regole generali del diritto societario (art. 2377 c.c.), il socio potrebbe comunque ratificare l'operato del rappresentante, con la conseguenza di precludere la possibilità di impugnativa da parte degli altri soggetti legittimati (Sacchi, L'intervento, 441). Ammettono la possibilità di ratifica anche Salafia, Partecipazione, 65; Scorza, Osservazioni, 1224; Nobili-Vitale, La riforma, 213.

Con riguardo a quest'ultima problematica, basti qui osservare che, con riferimento alla vicenda oggetto della sentenza in epigrafe, in cui l'attore contesta l'esistenza del potere rappresentativo in capo al liquidatore della società, per avere questi violato la norma di diritto societario che gli vieta di compiere nuove operazioni, se si ammettesse (ma non si dovrebbe) la fondatezza nel merito della doglianza dell'attore, il problema della ammissibilità della ratifica da parte della società (socio rappresentato) dell'operato del rappresentante (liquidatore) si complicherebbe ulteriormente, poiché verrebbe a confondersi con la questione se la società possa, e con quali effetti, autorizzare il liquidatore al compimento di nuove operazioni (su cui cfr. Montagnani, Deliberazioni, 111 ss.)

La vicenda oggetto della sentenza in epigrafe si caratterizza per lo stato di liquidazione sia della società che delibera la soppressione della clausola di prelazione, sia della società che ne detiene la partecipazione maggioritaria. Basandosi su questa situazione, l'attore (socio di minoranza) chiede l'annullamento della deliberazione, in via subordinata rispetto al motivo della mancanza del consenso unanime dei soci, per incompatibilità con lo stato di liquidazione dell'ente deliberante; ovvero (sembra potersi dedurre dalla lettura della sentenza, mancando indicazioni più precise), in via ulteriormente subordinata, per carenza, in capo al liquidatore della società partecipante, del potere di votare, in nome e per conto della società che egli rappresenta, la soppressione della clausola di prelazione dallo statuto della società partecipata. Le massime in esame respingono entrambe le pretese.

Note:

(1) Le delibere che modificano il regime di circolazione delle azioni incidono in maniera significativa sui tratti caratterizzanti la fisionomia della struttura societaria scelta dai soci, poiché l'introduzione o la soppressione di una clausola che limiti la circolazione delle azioni "trasforma" la società, rispettivamente chiudendola o aprendola al mercato, con inevitabili e rilevanti ripercussioni sulla posizione (amministrativa e patrimoniale) di ciascun socio. Ciò spiega perché dette delibere suscitino tante preoccupazioni circa i poteri della maggioranza assembleare. Cfr., sul punto, Meli, La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni, Napoli, 1991, 260 s. Si noti che il problema è destinato a venire meno in seguito alla riforma della disciplina delle società per azioni (attualmente in corso di elaborazione), ove fosse confermata la scelta di concedere il diritto di recesso ai soci che non concorrono all'approvazione delle deliberazioni riguardanti l'introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari (art. 2437, comma 2°, c.c., secondo la formulazione dello schema di decreto delegato pubblicato da Il Sole 24 Ore il 4 ottobre 2002): il diritto del socio dissenziente di uscire dalla società presuppone, infatti, il potere della maggioranza assembleare di disporre del regime di circolazione delle azioni consacrato nello statuto sociale. Resta comunque ferma la necessità di un'analisi della giustificazione teorica che assiste la scelta (che sarà) operata dal riformatore

(2) Salvo un isolato arresto di App. Milano, 7 febbraio 1989, in Giur. comm., 1990, II, 562 ss., con nota di Squillace, La prelazione societaria. Affermano la sopprimibilità a maggioranza della clausola di prelazione, anche se con sfumature differenti e argomentazioni non sempre coincidenti, App. Milano, 24 aprile 1959, in Foro pad., 1959, I, 700 ss.; Trib. Milano, 12 febbraio 1987, in Giur. comm., 1990, II, 562 ss.; Trib. Milano, 26 febbraio 1987, in Foro it., 1988, I, 1725 ss.; Trib. Milano, 8 febbraio 1988, in Società, 1988, 616 ss.; Trib. Milano, 23 novembre 1988, in Giur. comm., 1990, II, 562 ss. Per opposti orientamenti di altri tribunali v. nota 7. Si occupa solo incidenter tantum della soppressione della clausola Trib. Milano, 4 novembre 1993, in Giur. comm., 1994, II, 866 ss., che risolve esclusivamente il problema della disciplina dell'introduzione della clausola di prelazione

(3) Cfr., anche se con diverse motivazioni, Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292, in Riv. dir. comm.,

1961, II, 332 ss., con nota di Foschini (v. oltre n. 7); Cass., 15 luglio 1993, n. 7859, in Corr. giur., 1994, 91 ss., con commenti di Blandini e Anelli (v. oltre nt. 39); Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, in Società, 1997, 390 ss. (v. oltre n. 5); Cass., 26 novembre 1998, n. 12012, in Giur. it., 1999, 1436 ss., con nota di Reviglione, e in Giust. civ., 1999, I, 407 ss., con nota di Salafia. Come emergerà nel corso dell'analisi, il quadro delle opinioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito si presenta, invece, più frastagliato, anche se può dirsi oramai consolidato l'indirizzo che ammette la legittimità della delibera maggioritaria di soppressione della clausola

(4) "La clausola di prelazione inserita nello statuto", scrivono i giudici milanesi, "tendente a realizzare la coesione tra i soci e quindi una certa stabilità delle componenti decisionali e funzionalità dell'assemblea, attiene ad una regola organizzativa della società". Sul punto v. infra n. 3

(5) È acquisizione "pressoché pacifica" (così Rescio, La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali), in Riv. soc., 1991, 612, nt. 40) che il "contenuto specifico ed essenziale" (Anelli, Prelazione societaria e poteri della maggioranza, in Riv. soc., 1991, 1084) della clausola di prelazione, e ciò che ne costituisce il connotato peculiare rispetto alle "normali clausole statutarie" (Angelici, La circolazione della partecipazione azionaria, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2*, Torino, 1991, 197, il quale muta opinione rispetto a Id., La partecipazione azionaria nella società per azioni, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, 16, Torino, 1985, 312 ss.), risiede nella costituzione di un rapporto obbligatorio corrente direttamente tra i soci. Cfr., oltre agli autori appena citati, Meli (nt. 1), 105 ss., e Stanghellini, I limiti statutari alla circolazione delle azioni, Milano, 1997, 48 ss.; in giurisprudenza, limitando le citazioni alla giurisprudenza di legittimità, oltre alle pronunce indicate alla nt. 3, per tutte, Cass., 10 ottobre 1957, n. 3702, in Dir. fall., 1958, II, 46 ss.; Cass., 21 ottobre 1973, n. 2763, in Giur. comm., 1975, II, 23 ss., con nota di D'Alessandro. Nega, invece, che "la trasposizione del patto di prelazione nel contesto di un contratto associativo lasci integro l'effetto della prelazione tipico dei contratti di scambio, e cioè la nascita di un rapporto diritto-obbligo tra promittente e prelazionario" solo Farenga, Spunti ricostruttivi in tema di prelazione convenzionale societaria, in Riv. dir. comm., 1989, II, 276 (su cui v. anche oltre nt. 14 e nt. 36)

(6) Secondo la sentenza, infatti, la portata organizzativa della clausola di prelazione "prevale sulla sua rilevanza anche parasociale", ciò che, per le ragioni che saranno illustrate al n. 5, ne consentirebbe la soppressione a maggioranza

(7) È dubbio, infatti, se la delibera maggioritaria sia nulla (Trib. Perugia, 18 marzo 1978, in Riv. dir. comm., 1979, II, 343 ss.; Trib. Roma, decr. 27 settembre 1979, in Giur. comm., 1980, II, 403 ss.; Trib. Salerno, 14 gennaio 1980, ibid.; Trib. Perugia, 8 marzo 1982, ibid., 1983, II, 308 ss., con nota di Arato, e in Riv. not., 1983, II, 204 ss.; Trib. Udine, decr. 30 ottobre 1982, ibid.; Stanghellini (nt. 5), 433), annullabile (App. Bari, 4 dicembre 1959, in Foro it., 1960, I, 1757 ss.), o inefficace (De Ferra, La circolazione delle partecipazioni azionarie, Milano, 1964, 258 ss., Tantini, Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni, Padova, 1973, 108). Sul punto cfr. anche Belviso, Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, 17, Torino, 1985, 65; Di Sabato, Manuale delle società, Torino, 1999, 357; Anelli (nt. 5), 1118. Per ulteriori indicazioni, anche bibliografiche, v. Marasà, Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 6*, Torino, 1993, 117 ss

(8) Pur approdando al medesimo risultato, i due orientamenti operano con strumenti concettuali profondamente diversi: il primo, infatti, colloca la clausola di prelazione in un ambito esterno alle dinamiche societarie, sul piano del diritto generale dei contratti (art. 1372 c.c.); l'altro, invece, si muove entro i confini del sociale (v. Rescio (nt. 5), 648), e mette capo all'affermazione dell'esistenza di limiti all'operatività dei meccanismi che regolano il funzionamento dell'organizzazione (art. 2365 c.c.). Solo ove si aderisca all'indirizzo indicato per secondo sorge, ulteriormente, la necessità di chiarire se per l'eliminazione della clausola debba essere rispettato, o meno, il metodo collegiale. Sulla questione, cfr., per tutti, Anelli (nt. 5), 1110 nt. 119, 1118 ss., e Meli (nt. 1), 213, ove ulteriori necessarie indicazioni bibliografiche

(9) Tuttavia, un'indagine (qual è quella compiuta dai giudici ambrosiani) che sia diretta unicamente ad escludere ripercussioni del "diritto di prelazione" sulla disciplina della clausola di preferenza, benché doverosa, è incompleta, perché non tiene conto degli altri percorsi, (almeno in

parte) autonomi e alternativi rispetto a quelli indicati nel testo, con cui la dottrina ha motivato la necessità del consenso unanime dei soci per la soppressione della clausola (cfr., in particolare, Cerrai-Mazzoni, La tutela del socio e delle minoranze, in Riv. soc., 1993, 22 ss., 53 ss., 65 ss.; Vettori, Soppressione di clausola statutaria di prelazione, in Contr., 1994, 357 ss.; Stanghellini (nt. 5), 425 ss.). Su questi indirizzi v. nt. 28, nt. 31, nt. 75

(10) Per analoga impostazione v. anche App. Milano, 24 aprile 1959, cit.; Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292, cit.; App. Bari, 4 dicembre 1959, cit.; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, cit.

(11) Vedi Ascarelli, Sui limiti statuari alla circolazione della partecipazione azionaria, in questa Rivista, 1953, I, 311 ss. (ma in senso molto dubitativo); Gatti, L'iscrizione nel libro dei soci, Milano, 1969, 106 ss.; Corapi, Gli statuti delle società per azioni, Milano, 1971, 181 ss.; Maccabruni, Clausole statuarie di prelazione, in Giur. comm., 1989, II, 99 ss.; (sembra) Guerra, Contenuto e disciplina del diritto di prelazione nella prassi degli statuti e dei patti parasociali, in Sindacati di voto e sindacati di blocco, a cura di F. Bonelli e P.G. Jaeger, Milano, 1993, 220 ss.; in giurisprudenza, App. Milano, 7 febbraio 1989, cit.; App. Roma, 9 novembre 1992, in Riv. not., II, 1993, 442 ss. Condivisibile l'osservazione di Rescio (nt. 5), 611 nt. 38, che esclude Ferri, Soppressione a maggioranza del diritto di prelazione attribuito ai soci nello statuto sociale, in Riv. dir. comm., 1980, II, 257 ss. dagli esponenti dell'indirizzo in esame (ed infatti, una lettura di questo saggio alla luce dell'opinione che l'A. esprime in Ferri, Manuale di diritto commerciale¹⁰, Torino, 2000, 326 circa i diritti individuali, chiarisce che, secondo il Ferri, il diritto di prelazione è un diritto individuale del socio, in quanto diritto riconosciuto da una specifica norma statutaria: cfr., funditer, oltre n. 4). Giova, alla comprensione della tesi che si esamina nel testo, un rapido cenno al quadro teorico da essa presupposto. Il principio generalissimo per cui più negozi autonomi possono essere contenuti in un medesimo documento si traduce, nel diritto societario, nell'incontrastata affermazione secondo cui non tutto ciò che è inserito nell'atto costitutivo o nello statuto di una società fa parte, perciò solo, del contratto sociale (v., per tutti, Marasà (nt. 7), 8 ss.). Si spiega, così, l'esistenza delle c.d. "clausole statuarie parasociali" (Rescio (nt. 5), 600), vale a dire di patti che, benché siano materialmente inseriti nel documento che racchiude l'atto costitutivo o lo statuto della società, lungi dall'assumere natura sociale, conservano, invece, valore e disciplina parasociale. Quando ricorra tale fattispecie è problema, però, che impegna gli studiosi fin dai primi anni di vita del c.c., né la problematica sembra avere ricevuto definitiva sistemazione da parte della dottrina e della giurisprudenza (v., per tutti, Oppo, Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società, in Riv. not., 1987, I, 650 ss.; Rescio (nt. 5), 601 ss.). Sulle varie proposte di soluzione si tornerà fra breve (n. 3). Ciò che interessa evidenziare fin d'ora, piuttosto, è che, ad onta della molteplicità dei criteri discretivi suggeriti dalla dottrina, e, quindi, della incertezza che regna sulla soluzione della questione di vertice, con specifico riguardo alla prelazione societaria l'entità del problema deve essere decisamente ridimensionata, poiché, quale che sia la convinzione personale di ciascun interprete sulla generale distinzione tra sociale e parasociale, sembra oramai acquisito (per tutti, Anelli (nt. 5), 1102 ss.; Meli (nt. 1), 103 ss.) che un patto di prelazione, se inserito formalmente nell'atto costitutivo o nello statuto di una società, acquisisce natura e disciplina di regola sociale (o organizzativa, che dir si voglia), se a ciò non osta la particolare conformazione del suo contenuto (ad es., si tratta di una prelazione statutaria prevista a carico o a beneficio di alcuni soci: cfr. Anelli (nt. 5), 1106), e salva, ma solo secondo alcuni (Oppo (nt. 11), 654; Rescio (nt. 5), 639) la prova di una diversa volontà concreta dei paciscenti (cfr., in senso critico verso l'attribuzione di una qualche rilevanza alla reale volontà delle parti Anelli (nt. 5) 1080 ss.; Stanghellini (nt. 5), 134 ss.)

(12) Le conseguenze applicative che discendono dalla qualificazione di una convenzione statutaria come sociale ovvero come parasociale non sono così evidenti come potrebbe a prima vista reputarsi (cfr. Rescio (nt. 5), 604). Si pensi, tra l'altro, alle questioni che si annodano intorno a: significato (v., per tutti, Rescio (nt. 5), 641 ss.), fondamento (v., per tutti, Meli (nt. 1), 82 ss.), e, conseguentemente, estensione, della cd. "efficacia reale" della clausola sociale, in generale, e di quella di prelazione, in particolare (sul profilo indicato per ultimo si vedano, ad esempio, App. Milano, 7 febbraio 1989, cit., e le osservazioni critiche, in particolare, di Meli (nt. 1), 64 ss., e Rescio (nt. 5) 610 nt. 35). Sull'argomento, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. anche Anelli (nt. 5), 1097 ss.; Oppo (nt. 11) 650 ss.; Angelici, La circolazione (nt. 5), 194 ss.; Vettori (nt. 9) 357 ss.; Stanghellini (nt. 5), 126 ss.; Farena (nt. 5), 274 ss

(13) La paternità del criterio della direzione del vincolo è, come noto, da attribuire a Oppo, Negozi

parasociali, Milano, 1942, 38 ss., il quale, sulla base della premessa che il contratto sociale "è norma dei rapporti tra soci e società", afferma non potersi assumere "come sociale un rapporto al quale la società _ soggetto necessario del rapporto sociale _ resta estranea, ed in cui il socio assume obblighi o acquista diritti immediatamente ed in proprio verso altro socio". Nell'affrontare il tema specifico della prelazione statutaria, collocano la figura del diritto soggettivo in un'area estranea alle dinamiche propriamente societarie (ma giungendo a conclusioni opposte a quelle formulate dall'indirizzo esaminato nel testo) Angelici, La partecipazione (nt. 5), 314 nt. 68; Id., La circolazione (nt. 5), 192 ss.; e Farenga (nt. 5), 269 ss., ove ulteriori essenziali indicazioni bibliografiche. Critici verso l'asserita incompatibilità tra sociale e diritto soggettivo, oltre la giurisprudenza assolutamente prevalente, che riconosce, come si vedrà, l'esistenza di un "diritto di prelazione" dei soci interno al sociale, in dottrina, tra gli altri, Rescio (nt. 5), 620 ss.; Vettori (nt. 9), 358. Sulla questione si tornerà anche oltre, alla nt. 52

(14) Cfr., in dottrina, per tutti, Gatti (nt. 11), 112: "si tratta di patti parasociali inclusi nello statuto, senza che per il materiale inserimento nello statuto essi vengano a partecipare della natura, della funzione e quindi della efficacia propria delle altre disposizioni statutarie". Come si accennava nella nota precedente, il passaggio non è tuttavia automatico, poiché non tutti coloro che inquadrano nell'ambito del parasociale i rapporti obbligatori inter socios concludono poi per la natura parasociale della clausola di prelazione: e v., in particolare, Farenga (secondo il quale la clausola di prelazione ha natura sociale, ma non produce effetti vincolanti direttamente i soci tra di loro: cfr. anche oltre, nt. 36); e Angelici (su cui si tornerà più approfonditamente in seguito, n. 5)

(15) Sarebbero residuali, nella prassi, le ipotesi in cui la clausola statutaria di prelazione assume l'indole di vera e propria regola sociale. In particolare, ciò si verificerebbe "solo ove si tratti di clausole di prelazione nelle quali è stabilito che l'alienante deve notificare la propria intenzione di alienare la partecipazione sociale alla società per azioni, che ha il diritto di prelazione, o al consiglio di amministrazione, il quale può sostituire alla persona indicata dal socio richiedente altra persona di suo gradimento ..." (Gatti (nt. 11), 113). Nello stesso senso, tra altri, Corapi (nt. 11), 185; Maccabruni (nt. 11), 100. Ma v. Anelli (nt. 5), 1082 ss.; Meli (nt. 1), 29 ss.; Vettori (nt. 9), 358

(16) App. Milano, 7 febbraio 1989, cit. (il corsivo è mio)

(17) V., sia pure con accenti diversi, tra molti, Angelici, La circolazione (nt. 5), 190 ss.; Farenga (nt. 5), 274 ss.; Meli (nt. 1), 90 ss.; Rescio (nt. 5), 639 ss.; Anelli (nt. 5), 1078 ss.; Marasà (nt. 7), 17 ss., 116; Santosuosso, Il principio di libera trasferibilità delle azioni, Milano, 1993, 325 ss.; Stanghellini (nt. 5), 125 ss.; Salafia (nt. 3), 414 ss.; Vettori (nt. 9), 357 ss.; Sbisà, Clausole statutarie sul trasferimento delle azioni, in Contr. e impr., 1996, 1206. In giurisprudenza, v., per tutte, le pronunce della S.C. citate retro alla nt. 3. D'altronde, non si è mancato di osservare che la riconduzione della clausola di prelazione nell'ambito delle regole sociali è pacifica quando si tratti di accertare quali siano le conseguenze dell'alienazione delle azioni in violazione della previsione statutaria (Anelli (nt. 5), 1097, ove opportune indicazioni bibliografiche; App. Bologna, 15 settembre 1993, in Società, 1994, 187 ss.)

(18) Chiaramente, ciò non esclude che talvolta, a causa del suo particolare contenuto (ad es., il diritto di preferenza è riconosciuto ad alcuni soci soltanto), la clausola statutaria di prelazione debba essere qualificata piuttosto come patto parasociale (v. retro nt. 11)

(19) Cfr. Rescio (nt. 5), 608 ss

(20) Prescindendo da quello della direzione del vincolo (variamente criticato in dottrina _ Anelli (nt. 5), 1081; Rescio (nt. 5), 621 ss.; Meli (nt. 1), 78 ss., 113 ss.; Vettori (nt. 9), 359 _, e oramai abbandonato dallo stesso Oppo (nt. 11), 647 ss., anche se talvolta applicato da alcuni giudici _ cfr., da ultimo, Trib. Monza, ord. 23 febbraio 2001, in Società, 2002, 224 ss., con riguardo all'interpretazione di una clausola statutaria compromissoria), e da quello cui si ispira la sentenza in epigrafe, secondo gli altri criteri discretivi indicati dalla letteratura specialistica: (1) una clausola statutaria è sociale solo quando se ne sia accertata l'idoneità a porsi, per il suo contenuto, come regola organizzativa della società (sebbene con posizioni non del tutto coincidenti, cfr. Angelici, La circolazione (nt. 5), 193 ss.; Meli (nt. 1), 82 ss.; Vettori (nt. 9), 358; Santoni, Patti parasociali, Napoli, 1985, 21 ss., 139 ss.; Farenga, I contratti parasociali, Milano, 1987, 131 ss.; Id. (nt. 5), 275 ss.; Stanghellini (nt. 5), 125 ss.; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, cit.) _ per alcuni rilievi critici v. Rescio (nt. 5), 629 ss.; (2) l'unico modo corretto per chiarire la natura di una clausola di dubbia qualificazione risiede nell'indagare sulla volontà dei contraenti, onde accertare

"l'esistenza o no della volontà degli effetti tipici del sociale" (Rescio (nt. 5), 640; Oppo (nt. 11), 654); in senso contrario v., tuttavia, Anelli (nt. 5), 1080; Stanghellini (nt. 5), 135. Si noti, tuttavia, che, non di rado, la giurisprudenza miscela il criterio dell'interesse con quello dell'organizzazione, e deduce la portata organizzativa della clausola dalla natura sociale dell'interesse dalla stessa soddisfatto, onde, nella prassi, la linea di demarcazione dei due criteri tende a sfumare. E un esempio significativo di questa tendenza è offerto proprio dalla sentenza in epigrafe (21) Fanno leva sul criterio dell'interesse, oltre agli autori e alla giurisprudenza citati alla nt. 11, anche De Ferra (nt. 7), 215; Anelli (nt. 5), 1079 ss. (al quale si deve la precisazione, cui si allude nel testo, secondo cui ai fini della identificazione della natura di una clausola dell'atto costitutivo, in generale, e di quella di prelazione, in particolare, ciò che rileva è semplicemente l'idoneità della stessa a realizzare un interesse sociale, non già anche che questa ne costituisca la finalità esclusiva: "quello che si deve piuttosto accertare è se, considerata unicamente sotto il profilo dell'interesse del gruppo, la prelazione possa rispondere ad una finalità rilevante sul piano collettivo, senza riguardo agli ulteriori scopi egoistici dei soci cui essa può simultaneamente corrispondere"; sicché, una volta ammessa l'idoneità della clausola di prelazione a realizzare un interesse sociale, "a nulla rileva poi la astratta idoneità della clausola a rispondere ad ulteriori finalità, questa volta individuali, dei soci" _ 1085 ss.); Salafia (nt. 3), 415; Sbisà (nt. 17), 1206. In giurisprudenza (ferma restando la precisazione fatta alla nota precedente), v., in particolare, Trib. Milano, 4 novembre 1993, cit.; App. Bologna, 15 settembre 1993, cit.; Trib. Bologna, 21 marzo 1995, in Riv. not., 1996, II, 935 ss.; App. Milano, 1 luglio 1998, in Giur. comm., 1999, II, 645 ss., con nota di Bellini

(22) In primo luogo, si deve considerare che, secondo una qualificata dottrina, "sono ipotizzabili sia patti sociali (clausole del contratto sociale) rispondenti ad interessi esclusivamente individuali, sia patti parasociali in cui è presente e giuridicamente rilevante un diretto interesse sociale: donde l'inutilità di un criterio distintivo tra sociale e parasociale fondato sulla natura dell'interesse sottostante" (Rescio (nt. 5), 615, il quale adduce, ad esempio del primo gruppo, gli accordi sulla ripartizione degli utili tra gli azionisti, e la clausola di nomina alle cariche sociali con la tecnica del voto di lista; ad esempio del secondo gruppo, tra altri, il patto parasociale con cui i soci si obbligano l'uno verso l'altro a deliberare ed eseguire un aumento di capitale). Inoltre, ponendo la questione sul piano sostanziale degli interessi perseguiti dalla clausola, si finirebbe inesorabilmente per chiudere il discorso entro un vicolo cieco, poiché, da un lato, è diffusa la tendenza a riconoscere alla clausola di prelazione lo scopo di soddisfare esclusivamente un interesse individuale dei soci (tra molti Gatti (nt. 11), 109; Ascarelli (nt. 11), 311; Maccabruni (nt. 11), 101; App. Milano, 7 febbraio 1989, cit.), mentre, dall'altro, manca un solido criterio che consenta all'interprete di operare una scelta tra le alternative indicate (cfr. anche nt. 31). E, si noti, vi è anche chi, autorevolmente, assegna natura sociale alla clausola di prelazione pur indicando come scopo esclusivo della stessa il perseguimento di un interesse individuale dei soci (Ferri, Soppressione (nt. 11), 275). Sul punto, v. anche Vettori (nt. 9), 358, e Meli (nt. 1), 47 ss., e 83 ss. Per ulteriori indicazioni bibliografiche sulla identificazione dell'interesse protetto dalla clausola di prelazione, cfr. anche oltre nt. 69

(23) Ed infatti, nella prassi, l'attribuzione alla clausola di prelazione del rango di norma sociale, lungi dal rappresentare l'esito di una valutazione della clausola alla luce del criterio preferito, consegue, più semplicemente, dalla mera constatazione del suo inserimento nell'atto costitutivo della società (v., in particolare, Trib. Milano, 8 febbraio 1988, cit.; Trib. Milano, 4 novembre 1993, cit.; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, cit.). D'altronde, l'edulcorazione della rilevanza della questione di vertice con riferimento alla prelazione statutaria è sottolineata anche dalla dottrina specialistica: cfr. retro nt. 11

(24) Come già si è accennato, la qualificazione della clausola di prelazione come regola sociale si accompagna, nella sentenza in commento, alla collocazione della relazione interindividuale tra soci nella sfera del parasociale. Sulle ragioni che fondano questa particolare ricostruzione della prelazione statutaria si tornerà in seguito, al n. 5

(25) Quello che ci occupa in queste pagine è solo uno dei molteplici problemi dogmatici e pratici che sorgono una volta constatato che la clausola di prelazione opera su una duplicità di piani: si pensi alla questione relativa alla struttura della clausola (v. n. 5); alla verifica del rapporto di tipo funzionale tra componente interindividuale e componente organizzativa della stessa (se e come l'attuazione del vincolo obbligatorio tra soci soddisfi la vocazione organizzativa, o, se si

preferisce, sociale, della clausola: per l'affermazione del carattere strumentale del primo rispetto alla seconda, cfr. Anelli (nt. 5), 1094 ss.; Meli (nt. 1), 105 ss.; De Ferra (nt. 7), 215); oppure, ancora, all'accertamento dell'efficacia (se reale o obbligatoria) della clausola (v. Rescio (nt. 5), 639 ss.; Meli (nt. 1), 82 ss.); delle sanzioni che affliggono l'acquisto compiuto in violazione della previsione statutaria (Campobasso, Diritto commerciale. 2. Diritto delle società, Torino, 2002, 242; Meli (nt. 1), 156 ss.); e, infine, all'accertamento delle regole che governano (non solo la soppressione ma anche) l'introduzione successiva della clausola nello statuto (v. Anelli (nt. 5), 1121 ss.; Meli (nt. 1), 209 ss.; in giurisprudenza, da ultimo, Trib. Milano, 5 luglio 2001, in Società, 2002, 605; per una rassegna delle diverse opinioni in materia, v. Vittone, Introduzione e soppressione di clausole di prelazione negli statuti di società di capitali: rassegna critica di giurisprudenza, in Giur. comm., 2000, I, 155 ss.)

(26) Da un lato, la pressoché pacifica riconduzione della clausola di preferenza nell'ambito della clausole sociali vere e proprie ne implica l'astratta assoggettabilità alla disciplina dettata dal legislatore per le modificazioni statutarie, e quindi, relativamente ai profili che interessano in questa sede, alla regola maggioritaria; dall'altro lato però è noto che il principio maggioritario non ha valore assoluto, ben potendo immaginarsi l'esistenza di limiti all'operatività dei normali meccanismi assembleari (per tutti, v. Marasà (nt. 7), 91 ss.); pertanto, "una volta ammesso che la prelazione statutaria faccia parte dell'organizzazione sociale, occorre confrontarsi con la dinamica interna a tale organizzazione, e valutare se il potere dell'assemblea straordinaria di disporre della clausola, in linea di principio implicito nella natura sociale della prelazione, sussista anche in concreto, cioè con riguardo alla disciplina endosocietaria dei poteri dell'assemblea di modificare le originarie pattuizioni dei fondatori" (Anelli (nt. 5), 1108)

(27) Impostato nei suoi termini corretti, il problema della definizione della disciplina della sopprimibilità della clausola di prelazione non è se sia consentito alla società di disporre di un diritto altrui (quello di preferenza) senza il consenso del titolare (ché la risposta a questo interrogativo non potrebbe che essere negativa), quanto, piuttosto, se sia precluso all'assemblea dei soci di eliminare (con le forme previste dall'art. 2365 c.c.) una norma (la clausola di preferenza) che l'autonomia privata si è data, e da cui quel diritto trae origine. Coglie benissimo il punto già App. Milano, 24 aprile 1959, cit.: "il problema [è] stabilire se il diritto soggettivo del socio alla prelazione sanzionata dall'ordinamento sociale comprende il potere di impedire la modificazione o la soppressione della norma statutaria che lo sanziona". Cfr., tra gli altri, Anelli (nt. 5), 1119 ss

(28) Come si è accennato in principio, seguono un percorso argomentativo (almeno in parte) autonomo rispetto a quello riferito nel testo De Ferra (nt. 7), 257 ss.; Cerrai-Mazzoni (nt. 9), 22 ss.; Vettori (nt. 9), 359 ss. (su queste opinioni ci si soffermerà successivamente); Stanghellini (nt. 5), 430 ss. Secondo l'a. citato per ultimo la clausola di prelazione avrebbe come effetto la costituzione di un rapporto obbligatorio tra la società (soggetto passivo) e ciascuno dei soci (a loro volta reciprocamente obbligati tra di loro a preferirsi a terzi nell'alienazione delle azioni) avente ad oggetto l'obbligo di non dar corso al transfert nell'ipotesi di alienazione delle azioni compiuto in violazione della norma statutaria. "La deliberazione di soppressione di una clausola che attribuisca il diritto di prelazione a tutti i soci, dunque, dispone di qualcosa del quale non può disporre", poiché "la società non può tirarsi fuori [dal rapporto obbligatorio di cui essa è soggetto passivo] senza il consenso di tutti gli altri partecipanti", che di quel rapporto costituiscono il soggetto attivo. La tesi non sembra aver goduto di particolare fortuna. Basti qui osservare che tutta la complicata costruzione cade non appena si consideri che la non iscrizione nel libro dei soci del terzo che abbia acquistato le azioni in violazione del patto (ammesso che la società sia a ciò legittimata: cfr., in senso dubitativo, Rescio (nt. 5), 646) costituisce, per gli amministratori, non già l'adempimento di un obbligo assunto con la clausola dalla società, bensì l'estensione, al caso particolare, di un potere _ dovere attribuito agli amministratori in via generale dalla legge, vale a dire, del potere _ dovere di verificare che siano assolate le condizioni formali e sostanziali per l'ingresso di un terzo in società (Meli (nt. 1), 119; Vettori (nt. 9), 358; Anelli (nt. 5), 1093). Senza considerare, poi, che in giurisprudenza non mancano pronunce che, pur muovendo dalla convinzione che per effetto della clausola di prelazione la società abbia un obbligo specifico nei confronti dei soci di non iscrizione del terzo che abbia acquistato le azioni in violazione della prescrizione statutaria, tuttavia pervengono, con riguardo alle regole che governano la soppressione della clausola, ad una conclusione di segno opposto rispetto a quella predicata da Stanghellini (v., tra le altre, App. Milano, 24 aprile 1959, cit.; Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292,

cit.): la ragione è da ricercare in ciò che la tesi di Stanghellini postula l'esistenza di un diritto soggettivo individuale di ciascun socio verso la società a che essa non esegua il transfert nell'ipotesi prima riferita; ma si tratta di postulato che contrasta con risultati interpretativi oramai largamente acquisiti, sui quali si veda oltre n. 7

(29) Rinviando, per gli opportuni approfondimenti, ai numerosi scritti in materia (in particolare, Bertini, Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti, Milano, 1951, 56 ss.; Buonocore, Le situazioni soggettive dell'azionista, Napoli, s.d., ma 1960, 21 ss.; Mignoli, Le assemblee speciali, Milano, 1960, 165 ss.; Rivolta, La partecipazione sociale, Milano, 1964, 13 ss.; Tantini (nt. 7), 103 ss.; Corapi (nt. 11), 244 ss.; Belviso (nt. 7), 65 ss.; Galgano, Le società per azioni, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, VII, Padova, 1987, 156; Anelli (nt. 5), 1114 ss.; Marasà (nt. 7), 103 ss.; Costa, Le assemblee speciali, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3**, Torino, 1993, 512 ss.; Ferri, Manuale (nt. 11), 326 ss.; Ferrara-Corsi, Gli imprenditori e le società I, Milano, 1999, 506; Di Sabato (nt. 7), 357; e, per un tentativo di rivalutazione della categoria, cfr. Cerrai-Mazzoni (nt. 9), 30 ss.), mi limito ai cenni essenziali alla definizione del contesto teorico all'interno del quale collocare la vicenda della prelazione statutaria. È oramai certo che l'inquadramento nella categoria dei diritti individuali si risolve in una superfetazione con riguardo: a) alle situazioni soggettive che, derivando al socio da norme inderogabili di legge, delineano le caratteristiche essenziali del tipo sociale prescelto (cd. diritti essenziali alla posizione del socio all'interno della società, quali ad es.: diritto di voto nelle assemblee straordinarie delle società non quotate, ex art. 2351 c.c.; diritto di denuncia al collegio sindacale, ex art. 2408 c.c.); e b) alle situazioni che, pur trovando il loro presupposto nella partecipazione sociale, si pongono in posizione autonoma rispetto alla stessa, poiché (così Colombo, Il bilancio e le operazioni sul capitale, in Giur. comm., 1984, I, 846) "sorgono solo a seguito di deliberazioni che attribuiscono agli azionisti posizioni caratterizzate da "terzietà" rispetto all'organizzazione" (es.: diritto agli utili deliberati; diritto di opzione, nel caso di aumento di capitale senza esclusione del diritto stesso). Ed invero, la dottrina unanime (per tutti, di recente, Anelli (nt. 5), 1120; Meli (nt. 1), 242, ove ulteriori indicazioni bibliografiche) ha facile giuoco nel constatare che, in entrambe le accezioni, l'inquadramento della situazione soggettiva nella categoria dei diritti individuali non presenta utilità alcuna, l'indisponibilità a maggioranza della stessa risultando, nel primo caso, dalla sua provenienza da norma imperativa di legge (onde la nullità per illiceità dell'oggetto di una eventuale delibera che disponesse del "diritto" del socio), nel secondo dall'appartenenza del diritto (il termine è assunto questa volta in senso tecnico) alla sfera patrimoniale del socio *uti individuus*, rispetto al quale la società, al pari di qualunque altro terzo, non ha potere dispositivo alcuno (onde l'inefficacia nei confronti del socio di un atto unilaterale di disposizione dell'ente). Ma non solo: si rileva puntualmente che la qualificazione della situazione del socio come diritto individuale, nella prima ipotesi, è anche fuorviante, perché atta a ingenerare la falsa credenza che la situazione soggettiva, indisponibile dalla società, lo sia viceversa da parte del socio che ne è titolare, laddove è evidente che trattandosi di situazioni soggettive che compongono la partecipazione sociale in forza di norme imperative di legge, esse non possono evidentemente essere distrutte da una manifestazione di volontà del beneficiario (v., per tutti, di nuovo, Anelli (nt. 5), 1120 ss.; Meli (nt. 1), 233 ss.). Pertanto, attualmente, la definizione del margine di rilevanza della categoria dei diritti individuali impegna la dottrina con riguardo: c) al cd. diritto alla qualità (o status) di socio (Buonocore (nt. 29), 132 ss.; Tantini (nt. 7), 104; Marasà (nt. 7), 105; Cerrai-Mazzoni (nt. 9), 45 ss., ma entro margini diversi da quelli definiti dagli altri autori, e strettissimi, che l'art. 111, d. lgs. 58/98, dovrebbe comunque aver eliminato); d) al diritto al mantenimento dell'assetto di interessi originariamente configurato nell'atto costitutivo (Marasà (nt. 7), 105; Cerrai-Mazzoni (nt. 9), 41; Ferrara-Corsi (nt. 29), 506; Campobasso (nt. 25), 57); e) ai diritti che sono singolarmente attribuiti al socio in virtù di una specifica clausola dell'atto costitutivo (Ferri, Manuale (nt. 11), 326; Tantini (nt. 7), 106 ss.)

(30) Conferma della perdurante vitalità di tale categoria ("il potere deliberativo delle assemblee dei soci non è assoluto, trovando invece il suo limite nell'esistenza di diritti individuali dei soci": Trib. Salerno, 14 gennaio 1980, cit.) si ricaverebbe dalla (asserita) necessità del consenso unanime dei soci per l'introduzione, nell'atto costitutivo, di una clausola limitativa della circolazione delle azioni: una simile modificazione statutaria, si afferma, limita il diritto (individuale) di ciascun socio a liberamente disporre delle proprie azioni, onde la necessità del consenso di ciascun

partecipante per la sua adozione: cfr., in particolare, Trib. Roma, 27 settembre 1979, cit.; Trib. Salerno, 14 gennaio 1980, cit.; Trib. Perugia, 8 marzo 1982, cit.; App. Bari, decr. 15 aprile 1988, in Foro it., 1989, I, 1231 ss. Si badi, però: a) che l'affermazione dell'esistenza di un diritto individuale del socio alla libera circolazione delle azioni (cfr., da ultimo, Trib. Milano, 5 luglio 2001, cit.) si risolve, a tutto concedere, nella duplice constatazione: in generale, dell'esistenza dei diritti individuali dei soci, e, in particolare, della ricomprensione, in tale categoria, del diritto alla libera circolazione delle azioni, ma non implica certamente la (né rappresenta un indizio a favore della) riconduzione in quella categoria anche del diritto di prelazione (tanto ciò è vero che è diffusa, sia in dottrina sia in giurisprudenza, la tendenza a risolvere in modo differente le due questioni _ cfr., ad es., Marasà (nt. 7), 112 ss.; App. Roma, 4 dicembre 1979, in Riv. dir. comm., 1980, II, 255 ss., con nota di Ferri, Soppressione (nt. 11); Cass., 15 luglio 1993, n. 7859, cit.; Trib. Milano 8 febbraio 1988, cit.; Trib. Verona, 10 novembre 1989, in Giur. it., 1990, I, 2, 578 ss.; App. Bologna, 15 settembre 1993, cit.); b) che la giurisprudenza in esame, con il richiedere il consenso unanime dei soci sia per l'introduzione sia per la soppressione della clausola di prelazione, assume un atteggiamento logicamente contraddittorio, perché finisce per difendere con uguale intensità "e il diritto alla libera circolazione delle azioni e quello a che tale circolazione risulti vincolata a vantaggio del singolo socio" (Meli (nt. 1), 236); c) che dottrina e giurisprudenza moderne risolvono in senso positivo anche la questione della possibilità di introdurre a maggioranza una clausola di prelazione (o di gradimento): Trib. Milano, 4 novembre 1993, cit.; App. Milano, 1 luglio 1998, cit.; Campobasso (nt. 25), 246; Anelli (nt. 5), 1127 ss.; Meli (nt. 1), 234 s.; Salafia (nt. 3), 415; Sbisà (nt. 17), 1203 ss

(31) Cfr., in giurisprudenza, App. Bari, 4 dicembre 1959, cit., Trib. Perugia, 18 marzo 1978, cit.; Trib. Salerno, decr. 28 giugno 1978, in Giur. comm., 1980, II, 403 ss.; Trib. Roma, decr. 27 settembre 1979, cit.; Trib. Salerno, 14 gennaio 1980, cit.; Trib. Perugia, 8 marzo 1982, cit.; Trib. Udine, decr. 30 ottobre 1982, cit.; App. Bari, decr. 15 aprile 1988, cit.; Trib. Ascoli, decr. 22 novembre 1988, in Società, 1989, 186; Trib. Pistoia, decr. 6 agosto 1993, in Società, 1994, 190; in dottrina, Angeloni, Il patto di prelazione fra soci nella vendita di azioni o di quote di società, in Le società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di Angelo Sraffa, Padova, 1961, 7; Tonelli, Sulla soppressione a maggioranza della clausola di prelazione delle partecipazioni azionarie, in Giur. merito, 1981, I, 965; Graziani, Diritto delle società, Napoli, 1962, 268 ss.; (fugacemente) Mignoli (nt. 29), 71. Con alcune precisazioni possono essere ricompresi nell'indirizzo in esame anche Cerrai-Mazzoni (nt. 9), 22 ss., il cui pensiero sul punto mi sembra possa essere così sintetizzato: a) l'interesse del socio al mantenimento della configurazione originaria del sub-tipo di società prescelto (s.p.a. chiusa) deve essere elevato al rango di diritto individuale del socio indisponibile dalla maggioranza (quindi: contrariamente a quanto opina l'indirizzo esaminato nel testo, non è il diritto di prelazione in sé a dover essere qualificato come diritto individuale _ e v. pp. 68 ss. _ , ma l'interesse, che il socio vanta verso la società, alla conservazione della clausola nello statuto _ v. oltre nt. 64); b) detto in altri termini e da una prospettiva diversa, questo vuol dire che la clausola di prelazione costituisce un connotato essenziale e qualificante di quel particolare sub-tipo di s.p.a. che va sotto il nome di "s.p.a. chiusa" (p. 69; così anche Vettori (nt. 9), 359; e v. oltre nt. 75); c) la conclusione patrocinata rappresenta la soluzione più efficiente alla luce dei criteri suggeriti dall'analisi economica del diritto, criteri cui l'interprete deve attenersi quando, come nel caso specifico, i dati positivi siano di incerta intelligenza. Secondo una parte della giurisprudenza richiamata, la clausola di prelazione attribuirebbe al socio sia il diritto soggettivo ad impedire l'intrusione di estranei nella società, sia il diritto ad accrescere proporzionalmente la propria partecipazione sociale acquisendo i titoli posti in vendita (cfr. Trib. Perugia, 8 marzo 1982, cit.; Trib. Ascoli, decr. 22 novembre 1988, cit.). A prescindere dall'infondatezza della qualificazione del diritto di prelazione come diritto individuale indisponibile dagli organi sociali (su cui v. n. 7), l'illazione non ha comunque pregio: l'esclusione di terzi dalla partecipazione alla società, e l'accrescimento della propria partecipazione sociale, non costituiscono oggetto di uno specifico diritto del socio, ma, molto più semplicemente, conseguenze di fatto che derivano dall'esercizio del diritto di prelazione di cui il socio è titolare in virtù della previsione statutaria (cfr. anche Meli (nt. 1), 247). Piuttosto, constatato che l'esercizio del diritto di prelazione produce simili conseguenze, discende l'idoneità della clausola che lo dispone a soddisfare sia un interesse collettivo del gruppo (dei soci uti socii, qual è tipicamente la chiusura della società verso l'esterno) sia un interesse individuale dei soci (dei soci uti singuli:

l'accrescimento dell'entità della propria partecipazione). Da qui, in primo luogo, la contraddittorietà delle pronunce richiamate, che muovono invece dalla premessa che sia estraneo, alle finalità della clausola di prelazione, lo scopo di soddisfare un interesse sociale; in secondo luogo, la correttezza di quelle posizioni dottrinali che riconoscono la poliedricità funzionale della clausola di prelazione (su questo ultimo punto v. anche nt. 69)

(32) V. Ferri, Soppressione (nt. 11), 275 ss.; Id., Manuale (nt. 11), 327 (anche se implicitamente); Tantini (nt. 7), 108, sul presupposto, come si ricorderà (nt. 29), che siano da ricomprendere nella categoria dei diritti individuali anche quelle situazioni soggettive "che non corrispondono ad elementi caratterizzanti (e quindi essenziali) della società, ma che sono state concretamente riconosciute nell'atto costitutivo" (Tantini (nt. 7), 106). Contrariamente a quanto si opina tradizionalmente, non può essere considerato un rappresentante dell'indirizzo in esame De Ferra (nt. 7), 257 ss. A seguito della previsione statutaria, secondo l'A., si instaurerebbe, tra socio e società, non già un rapporto svolgentesi su un piano endosocietario (ciò che solo giustificerebbe, concettualmente, il ricorso alla categoria dei diritti individuali: si noti fin d'ora la somiglianza, sotto questo particolare profilo, della tesi in esame con quella sostenuta da Angelici e ripresa dalla sentenza in epigrafe, su cui v. oltre, al n. 5), ma un rapporto autonomo da quello sociale (anche se "casualmente" collegato ad esso), che, al pari di qualunque altro rapporto instaurato dalla società con terzi soggetti, non rientra nella sfera di unilaterale disponibilità da parte della prima (sulla tesi di De Ferra v. anche nt. 78)

(33) Pertanto, l'orientamento in esame postula che i diritti individuali dei soci possono reperire la loro fonte, indifferentemente, nella legge o nello statuto: molto chiare, sul punto, App. Bari, 4 dicembre 1959, cit.; App. Bari, decr. 15 aprile 1988, cit.; Trib. Salerno, 14 gennaio 1980, cit. Cfr. anche Trib. Roma, decr. 27 settembre 1979, cit.

(34) Anelli (nt. 3), 96

(35) Da una prospettiva congrua con la dottrina dei diritti individuali, lo stesso concetto può essere espresso dicendo che le conseguenze che la modificazione statutaria produce nella sfera giuridica dei soci non sono, per le ragioni che si vedranno appresso, di natura tale da richiedere il consenso di tutti i partecipanti alla modificazione medesima

(36) Prive di seguito sono rimaste: a) la tesi di Farenga (nt. 5), 280 ss., il quale ammette la validità di una delibera maggioritaria di soppressione della clausola di prelazione, ma muovendo dalla _ isolata _ premessa che la clausola di prelazione, avente natura senz'altro sociale, non costituisce diritti in capo ai soci (cfr. retro nt. 5 e nt. 14; in senso contrario si è però visto essere orientata la pressoché unanime dottrina e giurisprudenza: cfr., per tutti, Anelli (nt. 5), 1082; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, cit.); b) la tesi, avanzata da due pronunce del Tribunale di Verona (Trib. Verona, 10 novembre 1989, cit., e Trib. Verona, decr. 22 marzo 1991, in Giust. civ., 1992, I, 3187 ss., con nota di Caliceti, Clausole di prelazione, patti parasociali, contratto a favore di terzo, 3190 ss.), che argomenta la piena legittimità di una delibera maggioritaria di soppressione della clausola di prelazione dalla ricostruzione della clausola stessa come contratto a favore di terzo (in cui la posizione di stipulante è assunta dalla società, e quella di promittente dal socio alienante, il quale si impegna verso la prima a preferire gli altri soci ai terzi nell'acquisto delle azioni poste in vendita _ stessa ricostruzione della clausola di prelazione è operata, come si è visto alla nt. 32, da De Ferra (nt. 7), 256, il quale, tuttavia, giunge a conclusione opposta con riguardo al problema della sopprimibilità della clausola). La tesi non ha, tuttavia, avuto fortuna. Si è osservato (Meli (nt. 1), 110 ss.) in particolare che essa non è idonea a spiegare "a) perché [la società] debba essere concepita come destinataria della prelazione" (soprattutto, si aggiunge, ove si consideri che "risulta difficile ridurre ad un rapporto di scambio ogni relazione socio _ società riconducibile alla partecipazione sociale, il che, impedendo di generalizzare la soluzione, lascia senza prove l'affermazione che un caso del genere debba ricorrere nella vicenda della prelazione"); e "b) come possa il socio beneficiario essere considerato terzo se egli è parte di quel contratto che ha posto l'obbligazione rispetto alla quale si pretende di considerarlo "terzo"". Per ulteriori rilievi critici cfr. anche Caliceti, cit

(37) Secondo un luogo comune per chi afferma l'esistenza del potere dell'assemblea di disporre a maggioranza della clausola di prelazione: per tutti, v. Salafia (nt. 3), 416; Calvosa, La clausola di riscatto nella s.p.a., Milano, 1995, 209; App. Roma, 4 dicembre 1979, cit.; Cass., 21 dicembre 1962, n. 3292, cit.; Trib. Modena 26 gennaio 1984, in Società, 1984, 793 ss.; Trib. Milano, 8 febbraio 1988, cit.; App. Bologna, 15 settembre 1993, cit.; Trib. Bologna, 21 marzo 1995, cit.;

Trib. Aosta, ord. 14 ottobre 1995, in Riv. not., 1996, II, 935 ss. Da questa constatazione la dottrina è solita dedurre che la maggioranza dei soci è investita dalla legge del potere di incidere sulla posizione del singolo partecipante quale originariamente configurata dal contratto sociale, senza che, a fronte di delibere anche pregiudizievoli dei suoi interessi, egli possa vantare la titolarità di un potere di veto (Meli (nt. 1), 255 ss.; Anelli (nt. 5), 1121 ss.; Salafia (nt. 3), 416; Trib. Milano, 4 novembre 1993, cit.), come è confermato, tra l'altro: dalle delibere di modifica dell'oggetto o del tipo sociale; dalla delibera di fusione; dalla circostanza che il titolare di azioni speciali non dispone di speciali mezzi di tutela avverso deliberazioni assembleari che arrechino un pregiudizio (di fatto) alla sua posizione; dalla possibilità (anche se dubbia) che il socio sia escluso dalla società per effetto della riduzione a zero del capitale e di sua contestuale reintegrazione (e, proseguendo lungo questa linea concettuale, una dottrina _ Anelli (nt. 5), 1121; Calvosa, 210 _ si spinge fino al punto di ritenere che i poteri dell'assemblea straordinaria, cioè della maggioranza dei partecipanti, siano, durante società, tanto estesi quanto quelli dei soci fondatori al momento della costituzione della società _ nello stesso, cfr. anche Galgano (nt. 29), 152; Pavone La Rosa, Brevi osservazioni in tema di limiti statuari alla circolazione delle azioni, in Riv. soc., 1997, 644 ss.; Trib. Como, 23 febbraio 1994, in Società, 1994, 678 ss.). Ed a fronte di questo quadro normativo è giocoforza (e v. in tal senso anche la sentenza in epigrafe) assegnare carattere eccezionale alle fattispecie in cui il legislatore richiede il consenso unanime dei soci per l'adozione di una determinata decisione (artt. 2335 c.c., e 2345, c.c.): cfr., per tutti, Meli (nt. 1), 257 ss

(38) Anche questo argomento è tra i più sfruttati nel tentativo di dimostrare l'esistenza in capo alla società del potere di disporre della clausola statutaria di prelazione: cfr. App. Roma, 4 dicembre 1979, cit.; App. Milano, 24 aprile 1959, cit.; Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292, cit.; Trib. Modena, 26 gennaio 1984, cit.; Trib. Milano, 12 febbraio 1987, cit.; Trib. Milano 8 febbraio 1988, cit.; Trib. Aosta, ord. 14 ottobre 1995, cit.

(39) Poiché si limitano a definire la cornice sistematica, ma non rappresentano una diretta smentita della tesi oppugnata (e ciò a prescindere dalle obiezioni che sovente vengono loro mosse: con riguardo al primo degli argomenti riferiti, che il problema consiste proprio nell'accertamento di eventuali limiti all'operatività del principio maggioritario _ cfr., per tutti, Anelli (nt. 5), 1109; con riguardo all'altro, che l'eliminazione del patto di preferenza priva i soci del diritto di impedire l'accesso agli estranei e di aumentare la propria partecipazione: così Trib. Perugia, 8 marzo 1982, cit.; Guerra (nt. 11), 221). Stessa precisazione vale anche per un altro argomento che "tipicamente" concorre a fondare l'affermazione della sopprimibilità a maggioranza della clausola di prelazione (ma al quale la sentenza in epigrafe non fa cenno), vale a dire l'equiparazione della vicenda della soppressione della prelazione statutaria a quella, ritenuta "affine" (Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292, cit.; App. Roma, 4 dicembre 1979, cit.; e v. anche Trib. Verona, 10 novembre 1989, cit.; Trib. Bologna, 21 marzo 1995, cit.; Trib. Bologna, 17 dicembre 1996, in Giur. comm., 1998, II, 417 ss., con nota di Binni, Ancora sulla soppressione ed introduzione della clausola di prelazione statutaria), della soppressione del diritto di opzione ex art. 2441, comma 5°, c.c. (l'indirizzo avverso obietta, da un lato, che l'esclusione del diritto di opzione è solo occasionale, laddove la soppressione del diritto di prelazione ha carattere definitivo e totale; dall'altro, che poiché per escludere il diritto di opzione il legislatore ha avuto "necessità di una specifica norma derogatoria e della previsione di un nuovo elemento aggiuntivo, quale l'esigenza dell'interesse della società" _ Trib. Salerno, 14 gennaio 1980, cit. _, il silenzio del legislatore in materia di prelazione deve essere inteso come volontà dello stesso di fare del diritto di prelazione "un diritto pieno ed esclusivo" _ App. Roma, 9 novembre 1992, cit.). Accentua, invece, oltre misura l'importanza dell'assimilazione delle due fattispecie Cass., 15 luglio 1993, n. 7859, cit. (e v., infatti, Anelli (nt. 3), 96). Per una diversa prospettiva del confronto tra diritto di opzione e diritto di prelazione v. oltre n. 6

(40) Come più volte detto, si tratta della tesi elaborata da Angelici, La circolazione (nt. 5), 190 ss., e seguita poi, in giurisprudenza, da Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, cit., e, in dottrina, da Santosuosso (nt. 17), 325 ss.; Calvosa (nt. 37), 209 ss

(41) Cfr. retro nt. 5

(42) Angelici, La circolazione (nt. 5), 192 ss

(43) Angelici, La circolazione (nt. 5), 192 ss. ("all'ambito del sociale deve considerarsi in realtà estranea la figura stessa del diritto soggettivo"), 194 (la clausola di prelazione "laddove intende attribuire un diritto...di prelazione ai soci individualmente considerati, sembra muoversi secondo

schemi...eterogenei rispetto a quelli" organizzativi), 195 ("il riferimento stesso ad un diritto soggettivo dei soci evidenzia una prospettiva extrasocietaria"), 197 (le situazioni di diritto soggettivo "per definizione estranee all'organizzazione societaria, si collocano necessariamente sul piano dei rapporti obbligatori tra i soci"), 204 (in base alla clausola societaria vengono attribuite ai soci anche posizioni esterne all'organizzazione societaria). Cfr. anche retro nt. 14

(44) Angelici, La circolazione (nt. 5), 194, 195, 202

(45) Angelici, La circolazione (nt. 5), 195, 196

(46) Angelici, La circolazione (nt. 5), 197, 200

(47) La rigida separazione tra le due sfere non esclude, tuttavia, che proprio a cagione della perdurante applicabilità del regime normativo a ciascuna proprio, si determinino delle interferenze dell'un profilo sull'applicabilità della disciplina propria dell'altro, come accade, ad es., con riguardo all'ipotesi dell'introduzione successiva di una clausola di prelazione: benché abbia rilevanza anche organizzativa (e, quindi, sia, in astratto, suscettibile di essere decisa a maggioranza), l'inserimento della clausola non può avvenire se non con il consenso di tutti i soci, in quanto non è possibile, sostiene l'A., "instaurare un vincolo di tipo obbligatorio direttamente intercorrente tra i soci" senza il consenso di ognuno di essi. Come si è già osservato, a quest'opinione si allinea, anche se in un obiter, la sentenza in epigrafe, secondo cui la rilevanza parasociale della clausola "prevale", in sede di introduzione, sulla sua portata di regola organizzativa. Sul punto v. anche oltre nt. 50

(48) Angelici, La circolazione (nt. 5) 205

(49) Come si vede, l'ammissione della sopprimibilità a maggioranza di una clausola di prelazione è un portato della particolare ricostruzione dei connotati strutturali della clausola stessa: rimane, invece, sullo sfondo la tematica relativa ai diritti individuali (cfr. Angelici, La circolazione (nt. 5), 204). La ragione è da ricercare non solo nel fatto che i diritti individuali rilevano con riguardo a posizioni interne al sociale, laddove il diritto di prelazione è collocato, da questa dottrina (e dalla nostra sentenza), su un piano parasociale, ma anche, e soprattutto, in ciò che, nella prospettiva indicata, il diritto di prelazione dei soci, proprio perché esterno al sociale, continua a rimanere in vita anche dopo la modificazione statutaria, e non subisce quindi alcun pregiudizio ad opera della delibera di soppressione della clausola. Certo si potrebbe anche rilevare, in contrario, che, senza una norma statutaria che la sorregge, la relazione interindividuale tra i soci subisce un pregiudizio, in quanto risulta assoggettata ad un regime normativo diverso (deteriore) rispetto a quello anteriore all'eliminazione della clausola, poiché viene meno l'efficacia reale della vicenda prelatizia: però, rileva Angelici, La circolazione (nt. 5), 206, "la constatazione...che l'efficacia reale della clausola attiene esclusivamente alla sua portata sociale e non svolge di per sé un ruolo per gli interessi individuali dei soci, [impedisce] di scorgere nell'esclusione della prima un pregiudizio per i secondi: [impedisce] quindi di ravvisare in questi un ostacolo a tale esclusione" (in nota l'A. chiarisce che, pur dovendosi ammettere che "in effetti...l'esclusione dell'efficacia reale della clausola è un fatto che di per sé incide certamente sull'interesse dei soci", tuttavia non si deve ritenere che ciò costituisca un ostacolo alla sopprimibilità a maggioranza della clausola, poiché la sua eliminazione incide unicamente sull'interesse dei soci "uti socii (per es., l'interesse a contestare la partecipazione all'organizzazione della società di chi ha acquistato in violazione della clausola), non su quello uti singuli"; incide, quindi, "secondo modalità del tutto consuete nelle vicende delle modificazioni dell'atto costitutivo")

(50) Un indizio della superficialità con cui la pronuncia in esame ha affrontato l'esame del nostro problema emerge anche dal più volte citato obiter relativo al problema dell'introduzione della clausola di prelazione: secondo la tesi di Angelici, come si è visto poc'anzi, la necessità del consenso unanime dei soci per l'introduzione della clausola si spiega non già (come affermano i nostri giudici) a causa della "prevalenza" (concetto, ripeto, che a me sembra inafferrabile) del profilo parasociale su quello sociale, ma perché si reputa indispensabile al meccanismo operativo della clausola l'instaurazione di un rapporto obbligatorio inter socios, per la costituzione del quale è ritenuto necessario il consenso di tutti i partecipanti. Come si vede, nessuna "prevalenza" di un elemento su un altro, anche perché, proprio in sede di introduzione, non esiste ancora una duplicità di rapporti della cui preminenza eventualmente discutere

(51) S'intende che le osservazioni formulate nel testo valgono solo ove si inquadri la relazione intersoggettiva costituita dalla clausola in un contesto parasociale. Come si avrà modo di vedere, il discorso cambia qualora si ritenga che quel rapporto alligni sul terreno del sociale: solo muovendo

da questa premessa, infatti, si creano le condizioni concettuali per dimostrare che il profilo sociale della clausola "prevale" sulla (non incontra, cioè, un ostacolo nella) situazione soggettiva del socio (la quale, soccombendo, non solo cessa di comporre il contenuto della partecipazione sociale ma, contrariamente a quanto afferma Angelici, non continua neppure a far parte del patrimonio "individuale" del socio sotto forma di diritto parasociale)

(52) Secondo una prospettiva indicata da una parte consistente della dottrina e della giurisprudenza, infatti, non vi è incompatibilità tra natura sociale di un vincolo obbligatorio e sua pertinenza a vicende concernenti esclusivamente relazioni inter socios. Evidenziano bene questo aspetto soprattutto Meli (nt. 1), 76 ss.; e Rescio (nt. 5), 647 nt. 114, il quale chiarisce che alla base della tesi oppugnata sta "l'equivoco" di ritenere che "tutti i patti sociali, in quanto tali, debbano avere uno sbocco nell'organizzazione della società; con il corollario che, non nascendo rapporti obbligatori da patti organizzativi, dalla clausola non deriverebbero diritti di prelazione e obblighi di preferenza...Ma una volta svelato l'equivoco", e accertata l'esistenza di "patti sociali non concernenti l'organizzazione societaria...non c'è alcun bisogno di negare l'evidenza di diritti ed obblighi di preferenza espressamente contemplati o di far ricorso ad una loro necessaria configurazione parasociale". Per ulteriori riferimenti v. retro nt. 13 e nt. 20. Si deve inoltre rilevare come non sia del tutto chiaro (ed a questo proposito si è parlato di tesi sbrigativa e arbitraria: Meli (nt. 1), 78) in virtù di quale meccanismo il diritto di prelazione possa emanciparsi dalla clausola statutaria da cui discende, sottostare ad una disciplina autonoma, e restare in vita anche dopo l'eliminazione dall'atto costitutivo della norma che ne costituisce la fonte (tanto ciò è vero che altra parte della dottrina asserisce, in termini perentori, che "il diritto di prelazione non può esistere prima della norma statutaria che lo costituisce ed indipendentemente da essa" _ Anelli (nt. 5), 1112 nt. 123; sul punto, cfr. anche Stanghellini (nt. 5), 132 ss.). Per un'analisi, infine, delle incongruenze applicative della tesi di Angelici (tra le altre, la difficoltà di spiegare l'automatico assoggettamento del nuovo socio al patto parasociale di prelazione nascente dalla clausola statutaria), v. Meli (nt. 1), 76 ss

(53) V. Anelli (nt. 5), 1112; Meli (nt. 1), 235 s. Cfr. anche Salafia, Le clausole relative alla circolazione di azioni o quote, in Società, 1991, 450

(54) Cfr. Meli (nt. 1), 239

(55) Meli (nt. 1), 240

(56) Dal punto di vista del socio, si precisa, l'effetto immediato della previsione statutaria di una clausola di prelazione è costituito soltanto da "una modifica alle ordinarie procedure per l'esercizio...del suo potere di alienazione delle azioni" (Meli (nt. 1), 235). E v. anche Salafia (nt. 53), 450: "fino a questo momento concreto [cioè, fino al momento in cui il socio non decide di vendere le azioni] la clausola ha la funzione di regolare il trasferimento delle quote in relazione all'interesse della società"

(57) "Quello che rispetto agli altri soci è un diritto soggettivo del singolo, rispetto alla società si presenta come un interesse alla integrità della norma statutaria che ne è il fondamento", sicché è con riguardo a tale interesse che potrebbe prendere forma l'ipotetico diritto soggettivo individuale del socio (Anelli (nt. 5), 1113). In altre parole, secondo l'A., il diritto individuale della cui insopprimibilità occorre discutere è non già il diritto di prelazione vantato verso gli altri soci _ il quale, oltre che venire ad esistenza soltanto dopo la denuntiatio, neppure può essere considerato come diritto individuale, in quanto non attiene ai rapporti con la società: v. oltre nt. 64 _ quanto, piuttosto, quello, rivolto appunto alla società, al mantenimento nello statuto della clausola stessa. Si badi che nemmeno questo interesse, secondo l'A., può essere elevato al rango di diritto individuale (Anelli (nt. 5), 1114 ss.), e ciò per le ragioni che saranno esaminate appresso, n. 7. Escludono che l'interesse del socio al mantenimento della clausola possa essere qualificato come diritto soggettivo del socio verso la società, ma a causa dell'affermazione della "prevalenza", su quello individuale, dell'interesse sociale "ad allargare o modificare la propria base azionaria o di mobilitare nuovi e più massicci capitali di rischio" Trib. Milano, 12 febbraio 1987, cit.; Trib. Milano, 26 febbraio 1987, cit.; Trib. Milano, 23 novembre 1993, cit. (cfr. anche oltre nt. 69)

(58) La nascita del diritto di prelazione, si osserva ad illustrazione della tesi propugnata, segue un meccanismo analogo a quello del cd. diritto di opzione o del cd. diritto agli utili. Nelle tre ipotesi, infatti, vi è coincidenza circa le modalità di maturazione in capo al socio del relativo diritto: segnatamente, con riguardo al diritto di opzione e al diritto agli utili, il fatto costitutivo del diritto sarebbe, rispettivamente, la delibera di aumento del capitale senza esclusione del diritto di

opzione, e la delibera di distribuzione degli utili ex art. 2433 c.c

(59) V. Meli (nt. 1), 142 ss., 240 ss

(60) "Una volta poste in essere le condizioni per il sorgere del diritto ad essere preferiti, e solo allora, si instaura un autonomo rapporto intersoggettivo di diritto comune tra promettente e promissario, uti tertii, la cui disponibilità resta oggettivamente estranea alla competenza della società" (Meli (nt. 1), 243). Si tratterebbe, come si è visto, di una situazione soggettiva analoga a quella che si costituisce in capo al socio a seguito, ad es., della delibera di distribuzione degli utili, di una situazione, cioè, interna all'organizzazione, ma autonoma (anche se non indipendente) rispetto ad essa, e che fuoriesce dal campo di operatività dei meccanismi societari, non potendo, evidentemente, la società disporre di un diritto che non le appartiene (benché, in tal caso, il presupposto per il sorgere del diritto sia rappresentato dalla partecipazione sociale). Cfr. anche Anelli (nt. 5), 1112

(61) Anelli (nt. 5), 1112. In definitiva, "la posizione dei soci rispetto alla regola di prelazione, così come di fronte alla regola che stabilisce l'opzione...non è dissimile da quella di tutti i consociati rispetto ad un precetto legislativo generale ed astratto che li individua quali destinatari della norma ed attribuisce loro una situazione singolare di diritto soggettivo solo quando si verificano le condizioni...che integrano la fattispecie" (Meli (nt. 1), 242, corsivo mio), poiché "né il diritto di opzione, né il diritto di prelazione nascono dall'atto che pone la regola (rispettivamente, la legge e lo statuto), ma dal prodursi della circostanza cui l'atto subordina il sorgere di un'effettiva pretesa del socio". In giurisprudenza, cfr. App. Bologna, 15 settembre 1993, cit.

(62) Ma anche qualche punto non perfettamente chiarito: si potrebbe forse obiettare, infatti, che effetto immediato della clausola di prelazione è la creazione del diritto soggettivo (non già ad essere preferito, ma) a ricevere la denuntiatio da parte del socio che intenda alienare le azioni (cfr., sul contenuto immediato della prelazione convenzionale, Vettori, Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza, Milano, 1988, 72 ss.), e che, dunque, è con riferimento a tale situazione soggettiva che potrebbe ipotizzarsi l'esistenza di un diritto individuale del socio. È dunque lecito il sospetto che la tesi, se non confortata dalla dimostrazione della infondatezza del ricorso alla categoria dei diritti individuali (su cui v. infra nel testo), si risolve in un tentativo di aggirare il problema più che di risolverlo, e non è in grado di contrastare efficacemente la teoria avversata

(63) Per gli opportuni riferimenti bibliografici rinvio alle indicazioni fornite man mano nelle note seguenti

(64) Si potrebbe in primo luogo osservare, sulla scia di un qualificata dottrina, che diritti individuali del socio sono solo quelli che si rivolgono verso la società, mentre il diritto nascente dalla clausola di prelazione vale esclusivamente nei rapporti tra soci. In questo senso, v., in particolare, Anelli (nt. 5), 1110, secondo cui l'equiparazione del diritto di prelazione con i diritti individuali dei soci cela un'inaccettabile "approssimazione", in quanto viziata da "un'impropria commistione di piani" _ quello dei rapporti dei soci con la società, da un lato, e, dall'altro, quello dei rapporti dei soci tra di loro _; il diritto di prelazione, afferma infatti l'A., opera come "regola dei rapporti inter socios", a nulla "rileva[ndo, allora] che dalla clausola statutaria di prelazione derivi un diritto soggettivo in capo a ciascun socio, perché non si tratta di una pretesa del singolo partecipante nei confronti della società, ma di un diritto che si rivolge verso gli altri soci". Nello stesso senso anche Meli (nt. 1), 239, 244. Un cenno pure in Salafia (nt. 3), 416. Questa constatazione, tuttavia, non esaurisce, da sé sola, l'esame del problema. Ed infatti, per chiarire se la società è legittimata a sopprimere una norma dello statuto da cui deriva un diritto soggettivo in capo ai soci rimane ancora da smentire l'eventuale esistenza, in capo a ciascun partecipante, di un interesse, qualificabile questa volta come diritto individuale rivolto verso la società, al mantenimento della norma da cui il diritto di prelazione deriva (e cfr., ma con conclusioni opposte, Anelli (nt. 5), 1113 e Cerrai-Mazzoni (nt. 9), 53). A tal fine, valgono le osservazioni svolte nel testo

(65) E v. retro nt. 29, anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Tra le opinioni espresse con specifico riguardo al tema della clausola di prelazione, si possono segnalare, in giurisprudenza, tra le altre, App. Milano, 24 aprile 1959, cit. (secondo cui "il potere dell'assemblea incontra limiti nelle norme imperative e nei diritti individuali nascenti da norme extra-sociali, non anche nei diritti derivanti al socio dallo stesso ordinamento sociale che non risultino garantiti da norme inderogabili"); in dottrina, Meli (nt. 1), 232 (che valorizza evidenti esigenze di certezza del diritto, non potendosi, infatti, rinunciare "al tentativo di dare basi solide alla regola di inderogabilità": "di

diritti soggettivi [del socio] si può parlare solo riguardo a quelle posizioni espressamente riconosciute e garantite per legge"); Anelli (nt. 5), 1114 ss. (il codice, egli conclude _ 1118 _ , non sembra "offrire elementi per affermare l'esistenza, all'interno dell'ordinamento societario, di posizioni giuridiche del singolo socio idonee a presentarsi come intangibili, o immodificabili, da parte della società"). E vedi anche Di Sabato (nt. 7), 357; Marasà (nt. 7), 116; Sbisà (nt. 17), 1204 (66) In generale, Ferri, Manuale (nt. 11), 441; Corapi (nt. 11), 69 ss., 244 ss., 298 ss.; Tantini (nt. 7), 99 ss.; con specifico riguardo alla vicenda della prelazione societaria, in dottrina, Anelli (nt. 5), 1124; Vettori (nt. 9), 359; Meli (nt. 1), 112 ss.; in giurisprudenza, App. Milano, 24 aprile 1959, cit.; Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292, cit. ("il diritto soggettivo [di prelazione] presuppone sempre l'esistenza della norma che lo statuisce, onde [...] non può che seguire le sorti della norma medesima, quando quest'ultima consista in una clausola di statuto e tale clausola sia modificabile"). In tal senso sembrano pronunciarsi anche Cass., 15 luglio 1993, n. 7859, cit.; Trib. Bologna, 17 dicembre 1996, cit.; Trib. Udine, ord. 21 ottobre 1998, in Società, 1998, 1452, con commento di P. Anello e S. Rizzino Bisinelli, là dove qualificano la clausola di prelazione come fonte di "diritti e obblighi necessariamente societari"

(67) App. Milano, 24 aprile 1959, cit. Si tenga presente che la sottrazione del diritto di prelazione dalla categoria dei diritti individuali del socio, e, più in generale, la constatazione della incapacità dello statuto di creare situazioni intangibili dalla maggioranza assembleare, non si accompagna necessariamente ad un radicale rifiuto teorico della categoria dei diritti individuali. Anche chi (Marasà (nt. 7), 105 ss.; Cerrai-Mazzoni (nt. 9), 33 ss., e 67 ss.) tale categoria ammetta (includendovi il diritto alla qualità di socio, e il diritto al mantenimento delle porzioni reciproche originarie: cfr. retro nt. 29), non esita, infatti, a precisare (e la asimmetria tra le due proposizioni è soltanto apparente: cfr., infatti, Marasà (nt. 7), 116 ss.) che diritti individuali del socio non possono comunque reperire la loro fonte in regole dispositive dello statuto. A prescindere, dunque, dall'ampiezza riconosciuta alla categoria dei diritti individuali, vi è una significativa convergenza di opinioni nel negare l'esistenza di un diritto individuale del socio a non subire la soppressione di una situazione di vantaggio specificamente assegnata dall'atto costitutivo. Il che significa, con particolare riferimento al diritto di prelazione, che la disposizione statutaria da cui quel diritto deriva, come si dice nel testo, "al pari delle altre fattispecie costitutive di diritti del socio che si formano all'interno dell'ordinamento sociale, [è] sottoposta al potere deliberativo dell'assemblea, di fronte al quale non si pongono situazioni del socio protette in via assoluta" (Anelli (nt. 5), 1116 nt.139, corsivo mio)

(68) Cfr. Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292, cit.; App. Roma, 4 dicembre 1979, cit.; Trib. Modena, 26 gennaio 1984, cit.; Trib. Milano, 26 febbraio 1987, cit. ("derivando da una pattuizione, la prelazione non è un diritto essenziale allo status di socio"); App. Bologna, 15 settembre 1993, cit.

(69) Benché diffusa, non sembra tuttavia poggiare su basi solide una soluzione del problema che si fonda sulla natura dell'interesse protetto dalla clausola di prelazione (Vettori (nt. 9), 359; Stanghellini (nt. 5), 408 nt. 1), per concludere nel senso della sua sopprimibilità a maggioranza, ovvero della necessità del consenso unanime, a seconda che tale interesse sia qualificato, rispettivamente, come interesse sociale (Salafia (nt. 3), 414; App. Roma, 4 dicembre 1979, cit.; Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292, cit.; Trib. Modena, 26 gennaio 1984, cit.; Trib. Milano, 12 febbraio 1987, cit.; Trib. Milano, 26 febbraio 1987, cit.; Trib. Milano, 23 novembre 1988, cit.; Trib. Verona, 10 novembre 1989, cit.; App. Bologna, 15 settembre 1993, cit.; Trib. Milano, 4 novembre 1993, cit.; Trib. Bologna, 21 marzo 1995, cit.) ovvero individuale (App. Bari, 4 dicembre 1959, cit.; Trib. Perugia, 8 marzo 1982, cit.). Ed infatti, si deve tenere presente: a) che vi sono norme statutarie disposte nell'interesse dei soci, eppure sopprimibili a maggioranza (es., la clausola di distribuzione degli utili); b) che è estremamente incerto se la clausola di prelazione soddisfi solo interessi dei soci o solo interessi della società (ma sembra più corretto ipotizzare una bidirezionalità della clausola: cfr. Anelli (nt. 5), 1085 ss.; Meli (nt. 1), 46 ss.; e v. anche retro nt. 31); c) che la maggioranza ha il potere di incidere in modo significativo sugli interessi individuali dei soci, senza che questi abbiano un potere di veto al riguardo (cfr. retro nt. 37). Che il tentativo di risolvere la questione sulla base di una valutazione degli interessi in giuoco sia infruttuoso riceve ulteriore conferma da ciò che, oltre alla contrapposizione tra interesse sociale e interesse individuale (di per sé, come si è detto, insuscettibile di essere risolto in modo appagante), la vicenda prelatizia mette capo anche ad un conflitto, questa volta interno alla partecipazione del singolo socio, tra interesse al mantenimento del diritto di prelazione (per la tutela del quale si

ritiene necessario il consenso unanime dei soci per la soppressione della clausola), e interesse ad eliminare la clausola dallo statuto, in quanto fonte di una limitazione della libera circolazione delle sue azioni (ciò che, viceversa, dovrebbe indurre a ritenere sufficiente la maggioranza assembleare: Salafia (nt. 3), 414): insomma, come un Giano bifronte, ciascun socio, per effetto della previsione statutaria, è titolare di due interessi contrapposti, ora come potenziale alienante (e, allora, egli ha un interesse all'eliminazione della clausola), ora come potenziale acquirente (e, allora, egli ha piuttosto un interesse al mantenimento della norma statutaria), onde l'affermazione della necessità del consenso unanime dei soci per la soppressione della clausola finisce per sacrificare il primo, mentre il riconoscimento della sufficienza della semplice maggioranza assembleare frustra il secondo. E non si riuscirebbe proprio a comprendere per quale ragione alcuni interessi dei soci siano sacrificabili a maggioranza, ed altri, viceversa, "debbono trovare una tutela talmente forte da risultare derogatoria delle competenze sociali in materia di modifica dello statuto" (Meli (nt. 1), 231). Pertanto, se è dubbio se il criterio dell'interesse valga a identificare il sociale rispetto al parasociale (v. retro testo e nt. 22), mi sembra viceversa incontestabile che l'indagine diretta ad accertare la natura dell'interesse protetto (o, comunque, coinvolto) da una (vera e propria) clausola sociale non aiuti minimamente a risolvere il problema della regole che ne governano la eliminazione

(70) Si afferma infatti, da parte della giurisprudenza contraria, che l'argomento fondato sul carattere soltanto facoltativo della costituzione del diritto è "alquanto fragile risolvendosi esso sostanzialmente in una petizione di principio" (Trib. Salerno, 14 gennaio 1980, cit.; nello stesso senso anche Trib. Perugia, 8 marzo 1982, cit.; App. Milano, 7 febbraio 1989, cit.). Infatti, si osserva, "le circostanze genetiche del diritto, sotto l'aspetto della facoltatività della pattuizione del diritto di prelazione al momento della costituzione della società, non escludono certamente che la prelazione possa assurgere al rango di diritto soggettivo individuale essenziale allo status di socio" non solo perché, una volta introdotto pattiziamente nell'ordinamento della società, quello della prelazione è un diritto soggettivo al pari di tutti gli altri consimili (Trib. Salerno, 14 gennaio 1980, cit.), ma anche perché "ogni clausola contrattuale, appunto perché manifestamente negoziale, è "essenziale" per quel determinato negozio" (Trib. Perugia, 8 marzo 1982, cit.). Con riguardo alla prima proposizione, rinvio, per la replica, alle osservazioni contenute nella nt. 78. Con riguardo alla seconda, invece, mi sembra che l'infondatezza della obiezione sia testimoniata dall'assurdità dei risultati che essa è capace di generare: se si aderisse alla prospettiva suggerita da queste sentenze, si dovrebbe, infatti, coerentemente pervenire alla più generale conclusione che tutte le norme del contratto sociale, rispetto alle quali era in facoltà dei soci di non inserirle nel contratto stesso, sarebbero insuscettibili di essere modificate a maggioranza, perché una volta inserite esse diventerebbero, appunto, essenziali ai fini della definizione della posizione del socio all'interno di quella società (cfr. Ferri, Manuale (nt. 11), 441). Per una analisi critica di questa giurisprudenza, cfr. anche Meli (nt. 1), 245 ss., 251. Del resto, non sono certamente poche le incongruenze dogmatiche cui mette capo la giurisprudenza criticata nel testo. Basti pensare all'affermazione della sanzione della nullità per la delibera che sopprime a maggioranza la clausola di prelazione (cfr. retro nt. 7). In proposito, merita di essere ricordata, tra tutte, l'opinione dell'Autore che più ha approfondito la tematica dei diritti individuali del socio: l'affermazione dell'invalidità della delibera che sopprime a maggioranza un diritto individuale del socio costituisce negazione dell'esistenza della categoria, proprio nel momento in cui si pretende di farne applicazione (Buonocore (nt. 29), 56 ss.)

(71) Poiché "il diritto di prelazione a favore dei soci in caso di cessione può essere, in concreto, previsto o non previsto e non è, invece, certamente imposto da alcuna norma imperativa" (Trib. Aosta, ord. 14 ottobre 1995, cit.), esso è disponibile dalla maggioranza assembleare in quanto situazione non essenziale alla posizione di socio. Né, in contrario, varrebbe osservare, sulla scorta di un pur autorevole tentativo di lettura della vicenda prelatizia (avanzato, con riferimento alla questione della efficacia della clausola di prelazione, da Galgano (nt. 29), 147, e ripreso poi da Binni, Soppressione ed introduzione delle clausole relative alla alienazione di azioni e quote sociali, in Giur. comm., 1995, II, 60 ss.) che la prelazione societaria ha natura legale e non convenzionale: si tratta, infatti, di proposta ermeneutica respinta pressoché pacificamente dalla letteratura specialistica (per tutti, v. Meli (nt. 1), 60 ss.)

(72) Nei limiti innanzi precisati (v. nota 67)

(73) Meli (nt. 1), 232. Ciò che, del resto, mi sembra possa avere delle significative ricadute anche

sulla questione della possibilità di introdurre a maggioranza una clausola di prelazione (o di gradimento): ed infatti, se è vero, come sembra assodato, che lo statuto non è in grado di costituire diritti individuali in capo ai soci, allora anche la scelta di non introdurre limitazioni alla circolazione delle azioni, in quanto scelta riconducibile all'autonomia statutaria, appare modificabile con le normali maggioranze richieste dalla legge: cfr. Anelli (5), 1121 ss (74) Cfr. Tantini e Ferri, citati retro alla nt. 32

(75) In senso contrario, v., per tutti, Meli (nt. 1), 95 ss., secondo il quale (p. 104) dalla nozione di organizzazione non possono, in definitiva, restare fuori "le caratteristiche strutturali che...contribuiscono a determinare in modo stabile le relazioni stesse della società con l'ambiente circostante, attraverso la posizione di regole per l'accesso alla sua compagine. La graduazione dell'organizzazione avviene dunque non solo tra tipi legali, contribuendo a distinguerli, ma anche tra tipi sociali [società chiusa, società aperta] all'interno del medesimo tipo legale". Onde la clausola di prelazione, ed il meccanismo di alienazione delle azioni da essa predisposto, appartengono a pieno titolo all'organizzazione dell'ente: "la clausola di prelazione, nelle sue diverse manifestazioni, diviene così lo strumento più flessibile per tenere chiusa la compagine sociale di una s.p.a." (p. 102). Conclusione: il diritto di prelazione è un riflesso dell'organizzazione societaria. L'enucleazione, all'interno del tipo "s.p.a.", di un sotto-tipo "s.p.a. chiusa", e l'assegnazione, alla clausola di prelazione, del ruolo di norma costituiva del sotto-tipo, trova ampie e qualificate convergenze in dottrina: oltre a Meli, cfr. anche Vettori e Cerrai-Mazzoni. Mentre, però, il primo degli autori citati, come si è visto, ritiene che tale particolare funzione della clausola non incida, modificandolo, sul regime (legale: art. 2365 c.c.) di soppressione della clausola, di contrario avviso, come si è accennato retro nt. 32, sono Vettori e Cerrai-Mazzoni, anche se sulla base di argomentazioni diverse. In particolare, secondo Vettori (nt. 9), 359 ss., a favore di tale conclusione militerebbero inequivocabili dati positivi, tra i quali, in particolare, il riconoscimento di un'efficacia reale alla clausola di prelazione (art. 2355 c.c.), che, manifestando l'intenzione del legislatore di tutelare l'interesse dei soci al mantenimento della struttura sociale "chiusa" che essi hanno prescelto, mal si concilierebbe "con l'idea che le vicende della clausola, come di ogni altro fatto organizzativo, sia sempre assoggettata al principio maggioritario". In contrario, mi sembra sufficiente osservare che l'interprete non può arbitrariamente estendere la tutela (riservata dal legislatore alla scelta) dei soci (di adottare un modello di società "chiusa") oltre i limiti segnati dal legislatore (stesso); sicché, dal riconoscimento dell'efficacia reale della clausola di prelazione (qualunque sia il significato precettivo che si cela dietro a questa espressione), e, quindi, da un sistema, diciamo pure così, di protezione "forte", l'interprete, nel più assoluto silenzio del legislatore sul punto, non può poi dedurre l'esistenza, in capo a ciascun socio, di un potere di veto in ordine alla decisione di sopprimere la clausola stessa, e costruire, così, un sistema di protezione "fortissima". Anzi, a ben vedere, la stessa ragione sostanziale (ché quella formale è rappresentata dall'art. 2355 c.c.: cfr., per tutti, Rescio (nt. 5), 643 ss.) che fonda l'efficacia reale della clausola (i.e.: la sua natura di vera e propria regola sociale) in prima battuta (salvo, cioè, verifica dell'assenza di indicazioni normative contrarie: cfr. retro nt. 26 e testo corrispondente) dovrebbe far propendere, contrariamente a quanto opinato dall'A., anche per l'assoggettamento della clausola all'operatività del principio maggioritario: l'inclusione della clausola di prelazione nell'ambito delle regole organizzative dell'ente, infatti, ne implica, perlomeno in astratto, l'assoggettamento al relativo regime normativo (e cfr., in particolare, Anelli (nt. 5), 1101; Pavone La Rosa (nt. 37), 644 ss.; Trib. Milano, 8 febbraio 1988, cit.: "i soci [con l'inserimento della clausola nell'atto costitutivo] non possono evitare di assumerne, oltre che i vantaggi [efficacia reale della clausola], anche gli svantaggi, e il più evidente tra questi ultimi è proprio quello di sottostare alle regole delle maggioranze assembleari"). Sul contenuto della tesi formulata da Cerrai-Mazzoni (nt. 9), 22 ss., ci si è già soffermati (sinteticamente) alla nt. 31. Evidentemente, la possibilità di un suo accoglimento discende, dando per buona la premessa secondo cui i dati normativi in materia non consentono di prendere una posizione netta sul problema esaminato, dal credito che si riconosca al metodo di indagine dell'analisi economica del diritto, tema evidentemente troppo impegnativo per poter essere anche solo deliberato in questa sede

(76) La tesi in esame, infatti, si fonda sulla distinzione, nell'ambito delle situazioni soggettive di cui il socio vanta la titolarità, tra quelle che sono "un mero riflesso dell'organizzazione" e quelle che viceversa sono riconosciute al socio su base individuale, senza tuttavia indicare dei criteri che consentano al lettore di discernere con sicurezza tra le due ipotesi (cfr. Meli (nt. 1), 250)

(77) Meli (nt. 1), 250. Né, in contrario, vale osservare (v. Tantini (nt. 7), 108), che "gli interessi che non sono stati resi comuni non sono influenzati dal meccanismo dell'organizzazione corporativa (in particolare dal principio maggioritario)", giacché questo rilievo depone proprio nel senso della sopprimibilità a maggioranza della clausola di prelazione, non potendosi certo negare che la previsione del patto di preferenza nello statuto anziché in un accordo parasociale, e l'assegnazione, alla clausola di prelazione, del rango di norma organizzativa-sociale, rendono comuni, e rilevanti per il gruppo, gli interessi sottesi alla clausola stessa: v. Anelli (nt. 5), 1101; in giurisprudenza, tra le altre, Trib. Milano, 8 febbraio 1988, cit.; Trib. Milano, 4 novembre 1993, cit.

(78) Meli (nt. 1), 238. Le considerazioni svolte fino a questo momento consentono di respingere anche l'opinione di De Ferra (nt. 7), 257 ss. (cfr. retro nt. 32). Ed infatti, pur ammettendo, come ritiene l'A., che il diritto di prelazione sia solo casualmente collegato al contratto di società (ma l'A., da un lato, non sembra fornire un'adeguata dimostrazione di come il diritto di prelazione, che pure nasce all'interno del sociale, se ne possa poi emancipare _ e cfr. anche nt. 52 _, e, dall'altro, non chiarisce fino in fondo il significato dell'illazione) rimane comunque incontestabile il dato formale della provenienza di quel diritto da una fonte contrattuale (atto costitutivo o statuto) modificabile con la semplice maggioranza dei contraenti, e che tale rimane, come si è visto innanzi, anche quando, ed è appunto il caso della prelazione, la situazione soggettiva da essa creata sia qualificabile come diritto soggettivo. Se tutto ciò è vero, si può agevolmente contrastare la proposizione avanzata dalla giurisprudenza citata in nt. 70, non potendo il diritto di prelazione essere considerato (così, invece, detta giurisprudenza) "un diritto soggettivo al pari di tutti gli altri consimili", poiché si tratta di un diritto che, derivando da una fonte contrattuale modificabile a maggioranza, può essere soppresso anche senza il consenso del titolare del diritto stesso (come si è avuto modo di accertare): l'illazione si risolve, quindi, in una petizione di principio

(79) In particolare, secondo una eventualità immaginata anche dalla sentenza in epigrafe, ricorrendone i presupposti, al socio dissenziente è offerta la possibilità di impugnare la delibera assembleare per conflitto di interesse o per abuso di potere da parte della maggioranza: cfr., in giurisprudenza, Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292, cit.; Trib. Milano, 12 febbraio 1987, cit.; Trib. Milano, 8 febbraio 1988, cit.; Trib. Verona, 10 novembre 1989, cit.; Trib. Milano 4 novembre 1993, cit.; in dottrina, per tutti, Anelli (nt. 5), 1112 nt. 123, 1127 ss.; Meli (nt. 1), 265 ss., ove una particolareggiata analisi dei termini in cui si atteggia il tema dell'abuso di maggioranza in occasione della adozione di delibere che alterano il regime di circolazione delle azioni

(80) Trib. Bari, ord. 17 ottobre 1987, in Foro it., 1989, I, 1231 ss

(81) D'altronde, l'inopportunità, in generale, di applicare la disposizione citata oltre il caso ivi contemplato è costantemente evidenziata dalla dottrina (cfr., per tutti, Meli (nt. 1), 270 ss.) e dalla giurisprudenza (cfr. Cass., 21 dicembre 1960, n. 3292, cit.; e cfr. anche retro nt. 39)

Utente: Universit? Milano

www.iusexplorer.it - 15.05.2014