

RIVISTA DEL NOTARIATO

Anno LVII Fasc. 6 - 2003

Marco Ieva

**LE CLAUSOLE LIMITATIVE
DELLA CIRCOLAZIONE DELLE
PARTECIPAZIONI SOCIETARIE:
PROFILI GENERALI E CLAUSOLE DI
PREDISPOSIZIONE SUCCESSORIA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

MARCO IEVA

LE CLAUSOLE LIMITATIVE DELLA CIRCOLAZIONE
DELLE PARTECIPAZIONI SOCIETARIE: PROFILI GENERALI
E CLAUSOLE DI PREDISPOSIZIONE SUCCESSORIA (*)

SOMMARIO: 1. Profili generali. — 2. Le clausole di predisposizione successoria.

1. *Profili generali.*

La particolare destinazione di questo studio esime, per un verso, da una approfondita analisi teorica dei vincoli nascenti da talune clausole statutarie, per il che si potrà utilmente fare riferimento al risultato di indagini condotte in altra sede, e, per altro verso, da una valutazione complessiva del sistema di bilanciamento degli interessi realizzato dal legislatore della riforma, per concentrarsi esclusivamente sugli aspetti applicativi della nuova disciplina attraverso l'individuazione prima della *ratio legis* in materia di limitazioni convenzionali della circolazione di partecipazioni societarie, poi, conseguentemente, di ciò che è concesso fare, lasciando il «come», ossia l'applicazione dei principi al singolo caso, a chi, di volta in volta, avrà il quadro completo degli elementi necessari a tale valutazione.

La finalità che si persegue attraverso le limitazioni convenzionali alla circolazione delle partecipazioni societarie è, ovviamente, la stabilità dell'assetto della compagine sociale che, altrettanto ovviamente, nella prospettiva imprenditoriale può rappresentare un valore in molti casi.

Sicuramente ciò accade, quando si tratti di piccole e medie imprese, perché una strategia imprenditoriale efficace presuppone, normalmente, uno svolgimento in un arco di tempo non eccessivamente limitato entro il quale è importante che sia mantenuta la stabilità dei soci che quella strategia condividono e che hanno i mezzi finanziari per sostenere ed attuare.

(*) Lo scritto è destinato alla raccolta di studi sulla riforma del diritto societario curata dal Consiglio Nazionale del Notariato per il convegno organizzato a Roma nei giorni 27, 28 e 29 novembre 2003.

Altre ipotesi in cui è particolarmente sentita l'esigenza di stabilità sono quelle delle società a base familiare e delle società *holding* (le due caratteristiche possono talvolta cumularsi) nelle quali la stabilità è strumentale al controllo (1).

Le clausole limitative della circolazione maggiormente diffuse nella prassi e sulle quali si è concentrata particolarmente l'attenzione degli studiosi sono quelle riconducibili a prelazione e gradimento (2), ma le tipologie di limiti convenzionali alla circolazione delle partecipazioni societarie sono numerose e, già da tempo, sono state proposte classificazioni più articolate.

È stato prospettato (3) un raggruppamento in sei tipi principali e numerosi sottotipi: *a*) clausole di prelazione; *b*) clausole di gradimento (che in alcuni casi considerano la possibilità di sostituire il compratore con persona gradita alla società, in altri l'obbligo della società di acquistare le azioni in caso di diniego del gradimento); *c*) clausole che condizionano l'acquisto al possesso di determinati requisiti soggettivi; *d*) clausole miste (che prevedono con tutte le possibili combinazioni, la prelazione, il gradimento e il possesso dei requisiti soggettivi); *e*) clausole anomale; *f*) clausole che impongono un divieto assoluto di trasferimento (4).

(1) Sulle tecniche contrattuali utilizzate per la circolazione dei pacchetti azionari di controllo v. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto dall'Autore medesimo, Padova 2005, p. 193 e ss.

Circa la possibile rilevanza economica della trasmissione del controllo della società, inteso quest'ultimo come valore economico diverso e ulteriore rispetto alla quota di partecipazione v., nell'ambito della trattazione di una più ampia tematica A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (nota a margine della teoria dei beni)* in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 224-226.

Definisce il «trasferimento del controllo» come area problematica M. STELLA RICHTER jr., *«Trasferimento del controllo» e rapporti tra soci*, Milano 1996.

(2) Sul tema v. C. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino 1985, p. 307 e ss.; Id., *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino 1991, p. 157 e ss.; Id., *Le azioni ne Il Codice Civile Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano 1992; Id., voce *Azioni di società I* *Diritto commerciale* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*; F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (collana la cui direzione è affidata all'A. medesimo), Padova 1984.

La questione è affrontata, nella particolare prospettiva in cui si pone il suo contributo monografico, anche da V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli 1960, p. 201 e ss.

Nella manualistica anteriore alla riforma v. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, Torino 1999, p. 225 e ss. (s.p.a.) e p. 519 e ss. (s.r.l.).

Con riferimento alla nuova disciplina il tema è affrontato da F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 116 e ss.

(3) Il criterio di raggruppamento è proposto in *Casi e materiali di diritto commerciale*, *Società per azioni*, Milano 1974, I, p. 269 sulla scorta della indagine condotta da ZUDDAS, *I limiti alla trasferibilità delle azioni nella pratica statutaria*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 905 e ss.

(4) Considera nulla, nelle società per azioni, la clausola che vieta il trasferimento a terzi delle azioni Cass. 10 dicembre 1996, n. 10970 in *Giur. comm.*, 1998, II, 31.

Da qualche tempo poi ha acquisito maggiore autonomia che in passato lo studio di quelle limitazioni alla circolazione destinate a regolare la sorte della partecipazione in caso di morte del socio, c.d. clausole di predisposizione successoria (5).

Per meglio definire i limiti dell'indagine è opportuno precisare che da essa esulano i limiti legali alla circolazione di partecipazioni (inalienabilità delle azioni corrispondenti ai conferimenti in natura fino a quando le valutazioni non siano state controllate — il divieto è stato mantenuto nel nuovo testo dell'art. 2343 c.c. —; intrasferibilità senza il consenso degli amministratori delle azioni alle quali sia connesso l'obbligo di eseguire prestazioni accessorie — anch'essa confermata dal legislatore della riforma nell'art. 2345 c.c.; intrasferibilità senza il consenso del consiglio di amministrazione, delle azioni di società fiduciarie e di revisione — art. 3 L. 23 novembre 1939, n. 1966 —; particolare disciplina che può essere stabilita dalle leggi speciali per la trasferibilità delle azioni di società d'interesse nazionale — art. 2461 c.c. trasfuso senza modificazioni nel nuovo art. 2451 c.c. —) (6) nonché la trattazione *ex professo* delle clausole di gradimento e prelazione (7).

Le norme che anteriormente alla riforma venivano in considerazione

(5) Sul tema v. P. BOERO, *Società di capitali e successione mortis causa* in *Quaderni di Vita notarile* n. 2, Palermo 1982, p. 148 e ss.; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in questa *Rivista*, 1988, p. 1139 e in *Successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno e recentemente Id. voce *Successione X) Fenomeni parasuccessori*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*; Id., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in questa *Rivista*, 1997, p. 371 e ss.; Id., *Il profilo giuridico della trasmissione dell'attività imprenditoriale in funzione successoria: i limiti all'autonomia privata e le prospettive di riforma*, in questa *Rivista*, 2000, p. 1343 e ss.; C. LICINI, *Clausole sociali che dispongono per l'evento della morte del socio: i principi*, in questa *Rivista*, 1991, I, p. 423 e ss.; E. PAOLINI, *Intrasferibilità mortis causa della quota di società a responsabilità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 915 e ss.; L. CALVOSA, *Clausole di riscatto di azioni e divieto dei patti successori* in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, I, p. 635 e ss.; Ead., *La clausola di riscatto nella società per azioni*, Milano 1995; G.C.M. RIVOLTA, *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1197 e ss.; G. TUCCI, *Trasmissione dell'impresa e strumenti alternativi al diritto successorio*, in *Impresa e mercato. Scritti in onore di G. Minervini*, Bari 1996, II, p. 541 e ss.; A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano 1998, p. 919 e ss.; S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano 2002.

Cenni anche in M. STELLA RICHTER jr., *Il «patto di impresa» nella successione nei beni produttivi*, in *Diritto Privato*, 1998, IV *Del rapporto successorio: aspetti*, Padova 1999, p. 267 e ss. spec. pp. 270-271.

(6) Sulla questione della applicabilità ai trasferimenti *mortis causa* dei limiti legali alla circolazione delle partecipazioni societarie v. M. IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova 1996, pp. 104-110.

(7) In considerazione della possibilità che i diversi studi destinati alla raccolta vengano diffusi in tempi diversi si ritiene opportuno rendere avvertiti i lettori che la trattazione delle clausole di gradimento e prelazione è affidata al notaio Salvatore Mariconda.

con riferimento alla tematica delle limitazioni convenzionali delle partecipazioni erano prevalentemente, ancorché non esclusivamente, l'art. 2355 comma 3, c.c. e l'art. 22 della L. 4 giugno 1985, n. 281 per le società per azioni, efficaci anche per le società in accomandita per azioni in forza del rinvio operato dall'art. 2464 c.c., e l'art. 2479 c.c. per le società a responsabilità limitata.

Questione di carattere generale nella disciplina anteriore alla riforma, che perciò merita menzione in questa sede, e che, tuttavia, è suscitata da una norma diversa da quelle fin qui ricordate, è se l'art. 2483 c.c., che pone il divieto per la società a responsabilità limitata di acquistare quote proprie renda inammissibili in tale tipo di società le clausole di riscatto utilizzate nella società per azioni. La soluzione sostenuta in dottrina è che sia lecito nelle società a responsabilità limitata il riscatto qualora sia finalizzato all'annullamento della quota mediante rimborso del capitale (8).

I limiti convenzionali alla circolazione delle partecipazioni possono essere adottati sia con patti parasociali, sia con clausola statutaria: nel primo caso si riconosce al patto efficacia obbligatoria o *inter partes*, nel secondo caso efficacia reale o *erga omnes* (9).

La duplice possibilità enunciata evoca il problema della qualificazione analizzato in dottrina e al quale sono state date diverse soluzioni: operare la qualificazione sulla base di un criterio puramente formale, secondo il quale tutto ciò che è previsto nello statuto ha natura sociale e tutto ciò che è al di fuori dello statuto ha natura parasociale, ovvero integrare la valutazione con l'analisi del contenuto della clausola. La limitata prospettiva di questo studio esime da una trattazione *ex professo* dell'argomento consentendo di rinviare alla letteratura in materia (10).

Può in estrema sintesi affermarsi che il problema delle clausole limi-

(8) Per L. CALVOSA, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, Milano 1995, p. 19 «la conclusione non può che essere obbligata: e non può che essere quella della piena legittimità nel nostro ordinamento del *riscatto finalizzato* (all'annullamento della quota mediante rimborso del capitale — n.d.r.) di quote proprie e della *inammissibilità del riscatto non finalizzato di quote proprie*». L'A. argomenta dall'art. 2496 c.c. che dispone che la riduzione del capitale ha luogo nei casi e nei modi prescritti per la società per azioni con ciò richiamando anche il modo regolato dall'art. 2357-bis n. 1 c.c. (acquisto di azioni proprie in esecuzione di una deliberazione dell'assemblea di riduzione del capitale mediante riscatto e annullamento di azioni). Da notare, seppur incidentalmente, che l'A. nega che la clausola di riscatto possa essere qualificata come limite alla circolazione in senso tecnico (p. 6 e p. 166).

(9) M. NOTARI, *Disposizioni generali della società per azioni. Conferimenti. Azioni*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali [Manuale breve]*, Milano 2003, p. 71 e ss.

(10) G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano 1942; C. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, cit., p. 227 e ss.; Id., *La circolazione della partecipazione azionaria*, cit., p. 193; G. SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli 1985, p. 22 e ss.; L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano 1987, p. 146 e ss.; G.A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. soc.* 1991, p. 596 e ss.

tative della circolazione delle partecipazioni societarie si poneva, in relazione alle diverse tipologie, in termini di alternativa tra invalidità e validità; per quelle tipologie per le quali la prima alternativa fosse stata risolta nel senso della validità della clausola, la questione successiva riguardava la possibilità di introdurre e sopprimere la clausola con delibera a maggioranza oppure con l'unanimità dei consensi dei soci.

Le norme introdotte dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 in attuazione della delega contenuta nella L. 3 ottobre 2001, n. 366 alle quali deve principalmente farsi riferimento per affrontare il problema che ci occupa sono gli artt. 2355-bis, 2437 e 2437-bis, *ter*, *quater* c.c. per le società per azioni (applicabili anche alle società in accomandita per azioni per effetto del rinvio contenuto nell'art. 2454 c.c.) e gli artt. 2469 e 2473 c.c. per le società a responsabilità limitata (11).

(11) Si riporta il testo degli artt. 2355-bis, 2437, 2437-bis, *ter*, *quater*, 2469 e 2473 c.c. Art. 2355-bis (*Limiti alla circolazione delle azioni*) — Nel caso di azioni nominative ed in quello di mancata emissione dei titoli azionari, lo statuto può sottoporre a particolari condizioni il loro trasferimento e può, per un periodo non superiore a cinque anni dalla costituzione della società o dal momento in cui il divieto viene introdotto, vietarne il trasferimento.

Le clausole dello statuto che subordinano il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci sono inefficaci se non prevedono, a carico della società e degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante; resta ferma l'applicazione dell'art. 2357. Il corrispettivo dell'acquisto o rispettivamente la quota di liquidazione sono determinati secondo le modalità e nella misura previste dall'articolo 2437-*ter*.

La disposizione del precedente comma si applica in ogni ipotesi di clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento a causa di morte delle azioni, salvo che sia previsto il gradimento e questo sia concesso.

Le limitazioni al trasferimento delle azioni devono risultare dal titolo.

Art. 2437 (*Diritto di recesso*) — Hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti:

a) la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società;

b) la trasformazione della società;

c) il trasferimento della sede sociale all'estero;

d) la revoca dello stato di liquidazione;

e) l'eliminazione di una o più cause di recesso previste dal successivo comma ovvero dallo statuto;

f) la modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso;

g) le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione.

Salvo che lo statuto disponga diversamente, hanno diritto di recedere i soci che non hanno concorso all'approvazione delle deliberazioni riguardanti:

a) la proroga del termine;

b) l'introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari.

Se la società è costituita a tempo indeterminato e le azioni non sono quotate in un mercato regolamentato il socio può recedere con il preavviso di almeno centottanta giorni; lo statuto può prevedere un termine maggiore, non superiore ad un anno.

Lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può prevedere ulteriori cause di recesso.

Restano salve le disposizioni dettate in tema di recesso per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento.

Il legislatore che, coerentemente con la sua funzione, non si occupa della qualificazione degli istituti (il riferimento è al cennato problema della

È nullo ogni patto volto ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso nelle ipotesi previste dal primo comma del presente articolo.

Art. 2437-bis (*Termini e modalità di esercizio*) — Il diritto di recesso è esercitato mediante lettera raccomandata che deve essere spedita entro quindici giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera che lo legittima, con l'indicazione delle generalità del socio recedente, del domicilio per le comunicazioni inerenti al procedimento, del numero e della categoria delle azioni per le quali il diritto di recesso viene esercitato.

Se il fatto che legittima il recesso è diverso da una deliberazione, esso è esercitato entro trenta giorni dalla sua conoscenza da parte del socio.

Le azioni per le quali è esercitato il diritto di recesso non possono essere cedute e devono essere depositate presso la sede sociale.

Il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se, entro novanta giorni, la società revoca la delibera che lo legittima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società.

Art. 2437-ter (*Criteri di determinazione del valore delle azioni*) — Il socio ha diritto alla liquidazione delle azioni per le quali esercita il recesso.

Il valore delle azioni è determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione contabile, tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni.

Il valore di liquidazione delle azioni quotate su mercati regolamentati è determinato facendo esclusivo riferimento alla media aritmetica dei prezzi di chiusura nei sei mesi che precedono la pubblicazione ovvero ricezione dell'avviso di convocazione dell'assemblea le cui deliberazioni legittimano il recesso.

Lo statuto può stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione, indicando gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione.

I soci hanno diritto a conoscere la determinazione del valore di cui al secondo comma del presente articolo nei quindici giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea; ciascun socio ha diritto di prendere visione e di ottenerne copia a proprie spese.

In caso di contestazione da proporre contestualmente alla dichiarazione di recesso il valore di liquidazione è determinato entro novanta giorni dall'esercizio del diritto di recesso tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente; si applica in tal caso il primo comma dell'art. 1349.

Art. 2437-quater (*Procedimento di liquidazione*) — Gli amministratori offrono in opzione le azioni del socio recedente agli altri soci in proporzione al numero delle azioni possedute. Se vi sono obbligazioni convertibili, il diritto di opzione spetta anche ai possessori di queste, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio.

L'offerta di opzione è depositata presso il registro delle imprese entro quindici giorni dalla determinazione definitiva del valore di liquidazione. Per l'esercizio del diritto di opzione deve essere concesso un termine non inferiore a trenta giorni dal deposito dell'offerta.

Coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni che siano rimaste non optate.

Qualora i soci non acquistino in tutto o in parte le azioni del recedente, gli amministratori possono collocarle presso terzi; nel caso di azioni quotate in mercati regolamentati, il loro collocamento avviene mediante offerta nei mercati medesimi.

In caso di mancato collocamento ai sensi delle disposizioni dei commi precedenti, le azioni del recedente vengono rimborsate mediante acquisto da parte della società utilizzando riserve disponibili anche in deroga a quanto previsto dal terzo comma dell'art. 2357.

In assenza di utili e di riserve disponibili, deve essere convocata l'assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale, ovvero lo scioglimento della società.

Alla deliberazione di riduzione del capitale sociale si applicano le disposizioni del comma 2, 3 e 4 dell'art. 2445; ove l'opposizione sia accolta la società si scioglie.

distinzione tra sociale e parasociale e a quello della natura giuridica — *mortis causa*, ad avviso di chi scrive — delle clausole di predisposizione successoria che si esamineranno in seguito), poiché è il giurista che deve «compiere lo sforzo di un inquadramento e della riduzione della norma al sistema» (Rescigno), ha posto una disciplina alla quale sono sottese alcune scelte di fondo dalla cui individuazione si ritiene di poter trarre delle conclusioni di ordine generale in relazione al problema di cui si tratta.

Con particolare riferimento alla società a responsabilità limitata si ha la sensazione che, in armonia con i principi fissati dalla legge delega (12),

Art. 2469 (*Trasferimento delle partecipazioni*) — Le partecipazioni sono liberamente trasmissibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo.

Qualora l'atto costitutivo preveda l'intrasferibilità delle partecipazioni o ne subordini il trasferimento al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi senza prevederne condizioni e limiti, o ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte, il socio o i suoi eredi possono esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 2473. In tali casi l'atto costitutivo può stabilire un termine, non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non può essere esercitato.

Art. 2473 (*Recesso del socio*) — L'atto costitutivo determina quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità. In ogni caso il diritto di recesso compete ai soci che non hanno consentito al cambiamento dell'oggetto o del tipo di società, alla sua fusione o scissione, alla revoca dello stato di liquidazione, al trasferimento della sede all'estero, alla eliminazione di una o più cause di recesso previste dall'atto costitutivo e al compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2468, comma 4. Restano salve le disposizioni in materia di recesso per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di società contratta a tempo indeterminato il diritto di recesso compete al socio in ogni momento e può essere esercitato con un preavviso di almeno sei mesi; l'atto costitutivo può prevedere un periodo di preavviso di durata maggiore purché non superiore ad un anno.

I soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale. Esso a tal fine è determinato tenendo conto del suo valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso; in caso di disaccordo la determinazione è compiuta tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente; si applica in tal caso il comma 1 dell'art. 1349.

Il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso deve essere eseguito entro sei mesi dalla comunicazione del medesimo fatta alla società. Esso può avvenire anche mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato da soci medesimi. Qualora ciò non avvenga, il rimborso è effettuato utilizzando riserve disponibili o in mancanza corrispondentemente riducendo il capitale sociale; in quest'ultimo caso si applica l'art. 2482 e, qualora sulla base di esso non risulti possibile il rimborso della partecipazione del socio receduto, la società viene posta in liquidazione.

Il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se la società revoca la delibera che lo legittima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società.

(12) Si riportano le norme della legge delega n. 366 del 2001 ritenute rilevanti ai fini della trattazione.

Art. 2 (principi generali in materia di società di capitali). — *Omissis* — lett. d) ampliare gli ambiti della autonomia statutaria, tenendo conto della esigenza di tutela dei diversi interessi coinvolti — *Omissis* —

Art. 3 (Società a responsabilità limitata)

il legislatore, ampliando l'autonomia statutaria, per un verso consenta e inciti a ricondurre all'interno dello statuto anche la regolamentazione dei «rapporti contrattuali tra soci» e per altro verso estenda considerevolmente il limite all'interno del quale le pattuizioni possano essere considerate legittime, purché la compressione dei diritti del socio che possa derivarne sia bilanciata dal diritto di recesso.

A sostegno della prima delle due affermazioni testè fatte viene in considerazione il differente trattamento riservato dal legislatore della riforma nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata sia ai patti parasociali sia alle prestazioni accessorie.

L'art. 2341-*bis* disciplina i patti parasociali nelle società per azioni, mentre non è stata dettata alcuna regola specifica per le società a responsabilità limitata, ora, indipendentemente dal fatto che si risolva in senso positivo o negativo il quesito circa l'estensione dell'applicazione del 2341-*bis* alla società a responsabilità limitata (13), non appare irragionevole pensare che l'assenza di apposita previsione sia da mettersi in relazione all'idea che l'utilità dei patti parasociali nelle società a responsabilità limitata si sia ridotta fin quasi a scomparire in correlazione con l'ampliata possibilità di utilizzare lo statuto come contenitore anche di norme destinate a regolare «rapporti contrattuali tra soci» (art. 3, comma 1 lett. *a*) L. n. 366 del 2001).

Così pure per le prestazioni accessorie, originariamente regolate dall'art. 2345 c.c. per le società per azioni e dall'art. 2478 c.c. per le società a responsabilità limitata, il legislatore della riforma ha mantenuto la previsione per le società per azioni e l'ha eliminata per le società a responsabilità limitata. Il significato sistematico che sembra di potersi cogliere da tale scelta è che sia venuta meno l'utilità delle prestazioni accessorie (14) rispetto ad un tipo di società nel quale si ammette ora la

1. — *Omissis*

a) prevedere un autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci;

b) prevedere un'amplia autonomia statutaria;

2. — *Omissis*

f) ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina del contenuto e del trasferimento della partecipazione sociale, nonché del recesso, salvaguardando in ogni caso il principio di tutela dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali; prevedere, comunque, la nullità delle clausole di intrasferibilità non collegata alla possibilità di esercizio del recesso

Omissis.

(13) In senso positivo si è espresso G. SANTONI, *I patti parasociali*, in occasione della relazione tenuta il 25 gennaio 2003 presso l'Università degli Studi Roma Tre nell'ambito dei seminari sulla riforma del diritto societario organizzati dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi «ROMA TRE» in concorso con la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi «ROMA - TOR VERGATA».

(14) Per qualche considerazione della natura giuridica delle prestazioni accessorie sia

conferibilità da parte del socio di prestazioni d'opera o di servizi a favore della società (art. 2464 comma 6 c.c.).

Qualche ulteriore puntualizzazione merita anche l'affermazione, fatta poc'anzi, secondo la quale è stato ampliato il novero delle clausole considerate legittime ampliando correlativamente le ipotesi in cui al socio compete il diritto di recesso.

Innanzitutto occorre sottolineare che essa ha valenza generale e riguarda non solo le società a responsabilità limitata, ma anche le società per azioni.

Solo incidentalmente può qui osservarsi che il legislatore, nell'assumere la scelta di fondo di usare il recesso come contrappeso all'ampliamento della autonomia privata, era consapevole di come, talvolta, ciò possa condurre la maggioranza a sacrificare scelte e strategie per paralizzare il recesso di uno o più soci di minoranza e le relative conseguenze sul piano economico (gli articoli 2437-*bis* ult. comma e 2473 ult. comma c.c. dispongono infatti che il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato è privo di efficacia, se la società revoca la delibera che lo legittima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società).

Ciò che invece rileva particolarmente rispetto all'argomento oggetto di esame è che la chiusura del sistema di bilanciamento di interessi attuato con il recesso si realizza con l'invalidità dei patti volti ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso, come si argomenta, per la qualificazione in termini di nullità, dall'ultimo comma dell'art. 2437 c.c. e, per l'ambito applicativo, dal rinvio che l'art. 2355-*bis* effettua all'art. 2437-*ter* in materia di società per azioni e dal corrispondente rinvio che l'art. 2469 effettua all'art. 2473 in materia di società a responsabilità limitata.

Poste queste premesse sembra possibile conclusivamente enucleare i principi in materia di limiti alla circolazione di partecipazioni societarie alla luce dei quali il giurista potrà effettuare la valutazione delle singole fattispecie:

a) *Divieto di trasferimento.*

È ammesso per la durata massima di cinque anni nelle società per azioni (art. 2355-*bis*).

Nelle società a responsabilità limitata potrebbe dirsi, semplificando,

consentito rinviare a M. IEVA, *Rilevanza delle prestazioni accessorie nella vita delle cooperative agricole, ne La cooperazione — Esperienze giuridiche attuali in Nuovi Quaderni di Vita Notarile* n. 9, Palermo s.d. ma 1989, p. 65 e ss.

che il divieto può essere pattuito per la durata massima di due anni, anche se, tecnicamente, al risultato si perviene attraverso una serie di passaggi:

può essere prevista l'intrasferibilità senza limiti di tempo e, in tal caso, spetta al socio il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 2473 c.c. (preavviso di sei mesi aumentabile con apposita clausola statutaria fino ad un anno), ma può essere stabilito un termine non superiore a due anni prima del quale il recesso non può essere esercitato (art. 2469 c.c.) (15).

b) *Gradimento mero.*

Nelle società per azioni sono efficaci le clausole dello statuto che subordinano il trasferimento delle azioni al mero godimento di organi sociali o di altri soci se prevedono a carico della società o degli altri soci un obbligo di acquisto o il diritto di recesso dell'alienante (art. 2355-*bis* comma 2).

La norma, che fa salva l'applicazione dell'art. 2357 e fa rinvio all'art. 2437-*ter* per i criteri di determinazione della quota di liquidazione, qualifica inefficaci le clausole redatte senza l'osservanza delle prescrizioni menzionate con conseguente libera circolabilità delle azioni.

Nelle società a responsabilità limitata si ammette che le clausole dello statuto possano subordinare il trasferimento delle partecipazioni al mero gradimento di organi sociali, di soci o addirittura di terzi, ma è la stessa norma di legge (art. 2469 c.c.) che ricollega a siffatte clausole il diritto di recesso del socio da esercitarsi ai sensi dell'articolo 2473 c.c.

c) *Introduzione e soppressione delle clausole limitative della circolazione con deliberazione assunta a maggioranza.*

Il problema che si era affrontato in passato, circa la necessità, da taluno sostenuta, di delibere assunte con il consenso di tutti i soci per introdurre o sopprimere vincoli alla circolazione, è testualmente risolto,

(15) Interessante notare come il legislatore delegato, con raffinata tecnica legislativa, abbia dato attuazione all'art. 3 della legge delega che imponeva di «prevedere, comunque, la nullità delle clausole di intrasferibilità non collegata alla possibilità di esercizio del recesso: se il principio fosse stato recepito *tout court* si sarebbero creati i presupposti per la nullità anche di clausole formulate in maniera imprecisa o distratta senza alcuna intenzione di violare la legge; collegando *ex lege*, come invece si è fatto, il diritto di recesso alla clausola di intrasferibilità, la nullità può discendere solo da una patente violazione di legge attraverso una clausola che tenda a comprimere il recesso stesso e che mai potrebbe essere il frutto di una semplice svista o distrazione del compilatore.

per le società per azioni, dall'art. 2437 comma 2 lett. b) a tenore del quale, hanno diritto di recesso, salvo che lo statuto disponga diversamente, i soci che non hanno concorso all'approvazione delle delibere riguardanti l'introduzione o la rinnovazione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari.

Per quanto riguarda le società a responsabilità limitata, in assenza di apposita previsione statutaria, si può invece argomentare in due modi che conducono a risultati opposti: può ritenersi che le delibere di introduzione e soppressione di vincoli alla circolazione possano essere assunte a maggioranza (quando si è ritenuto necessario il consenso di tutti i soci lo si è espressamente richiesto: v. art. 2468 comma 4 c.c.), se poi si considera la norma del 2437 comma 2 espressione di un principio generale dovrà pure riconoscersi il diritto di recesso ai soci assenti e dissenzienti, oppure può ritenersi che la mancata enunciazione di una norma analoga al 2437 comma 2 abbia il significato di voler continuare a ritenere indispensabile il consenso di tutti i soci secondo le indicazioni date dalla giurisprudenza prevalente.

Così delineato il quadro legislativo il problema che si presenterà agli operatori con la maggiore frequenza e con le connotazioni più varie sarà quello di costruire clausole limitative della circolazione che non diano luogo a recesso operando sul versante della enunciazione dei vincoli e astenendosi dal tentare di comprimere o limitare il diritto di recesso perché solo in tal caso si incorre nella nullità. Occorrerà tuttavia interrogarsi sulla reale utilità di imporre limitazioni alla circolazione delle partecipazioni ove si consideri che l'*exit* del socio può avvenire in due modi, attraverso l'alienazione e attraverso il recesso e, poiché quest'ultimo, come si è detto, non è suscettibile di compressioni o limitazioni, sembra conseguenza inevitabile una diminuzione di utilità delle limitazioni destinate ad operare sulla modalità di *exit* alternativa (16).

2. Le clausole di predisposizione successoria.

Il problema dei vincoli convenzionali alla circolazione delle partici-

(16) È questa una delle indicazioni offerte da G. DE NOVA nella relazione sull'istituto del recesso al convegno di studio «Principi civilistici nella riforma del Diritto Societario» svoltosi a Imperia il 26 e il 27 settembre 2003 organizzato dall'Università degli Studi di Genova.

Altra indicazione formulata in quella sede dal citato A. e che induce a riflessioni ulteriori è quella secondo la quale l'enunciato normativo sembra configurare a favore del socio più che un diritto di recesso riconducibile alle caratteristiche dell'istituto quale tradizionalmente inteso una opzione di vendita (*put*).

zioni societarie si connota ormai in maniera solo parzialmente diversa quando la vicenda traslativa trae origine dalla morte del socio.

Diverse sono le tipologie di clausole destinate a regolare la sorte della partecipazione del socio alla sua morte. Non interessano, in questa sede, le clausole di continuazione in quanto riguardano la partecipazione del socio illimitatamente responsabile di società di persone e hanno la funzione (opposta a quella di limitare la circolazione) di impedire che il diritto dell'erede si trasformi in un diritto di credito secondo quanto previsto dall'art. 2284 c.c. rendendo «trasferibile *mortis causa* un bene che per legge non lo è» (17).

Anche le clausole di consolidazione sono utilizzate nelle società di persone, tuttavia si ritiene di dare qualche cenno su di esse sia perché si sostiene l'identità di funzione fra esse e le clausole di opzione (o di riscatto secondo altra terminologia) che si utilizzano nelle società di capitali, sia perché è in relazione ad esse che la Cassazione, in una sentenza di fondamentale importanza, ha indicato i limiti della loro liceità (peraltro in essa si ipotizza in astratto «il patto di consolidazione delle azioni o delle quote») secondo una prospettiva che sembra essere sostanzialmente quella assunta dal legislatore della riforma negli articoli 2355-*bis* e 2469 c.c.

Si ritiene pertanto utile, per meglio comprendere le scelte fatte in questa materia dal legislatore della riforma, illustrare, seppur brevemente, le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali anteriori alla riforma in tema di clausole di consolidazione e di clausole di opzione.

La *clausola di consolidazione* è un patto fra soci che produce l'accrescimento della quota del socio deceduto a favore dei soci superstiti e l'insorgenza nei confronti di questi ultimi e a favore degli eredi del socio deceduto di un diritto di credito la cui entità è commisurata ai parametri stabiliti nella clausola stessa.

Tale schema negoziale è suscettibile di essere variamente utilizzato. La clausola di consolidazione può disporre, in caso di morte di uno dei soci, la consolidazione della quota del socio deceduto a favore dei soci superstiti proporzionalmente alle rispettive quote di partecipazione, senza che sia prevista l'attribuzione di alcunché a favore dei successori legittimi o testamentari (clausola di consolidazione c.d. pura) (18); ovvero che agli

(17) P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova 1974, p. 322 nota 157.

(18) G. BARALIS, *Le clausole di consolidazione in caso di morte di un socio nelle società personali; le clausole di consolidazione pure e semplici e quelle con liquidazione del mero capitale; problemi di validità*, in *Quaderni di Vita Notarile*, n. 2 Palermo 1982, p. 207 e ss.; G. BARALIS, O. CAGNASSO, *La morte del socio di società di persone*, in *Quaderni di Vita not.*, n. 2, Palermo 1982, p. 83 e ss.; P. BOERO, *Società di capitali e successione mortis causa*, cit., p. 148 e ss. e p. 185 e ss.; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli 1976, p. 146

eredi del socio deceduto sia attribuito un diritto di credito corrispondente ai conferimenti effettuati dal socio stesso; ovvero che la consolidazione operi soltanto a favore di determinati soci o categorie di soci (ad esempio: solo fra accomandanti o solo fra accomandatari, il che elimina ogni dubbio su di una eventuale assunzione di responsabilità illimitata da parte dell'accomandante che acquisisca per consolidazione una frazione della quota di un accomandatario).

La clausola di consolidazione, come si è detto, è utilizzata prevalentemente nelle società di persone, tuttavia, in sede di omologazione, le Corti di merito bolognesi di primo e secondo grado si sono occupate della clausola di consolidazione della quota in caso di morte di un socio nella società a responsabilità limitata (19).

Attraverso la clausola di consolidazione ciascun socio trasferisce con effetto reale differito la quota di partecipazione di cui sarà titolare al momento della morte a favore di coloro che saranno soci a tale momento.

Ricorrono perciò gli elementi caratterizzanti del negozio *mortis causa* individuati dalla dottrina (20) che più diffusamente si è occupata del profilo sistematico dell'atto *mortis causa* e che definisce *mortis causa* l'atto che regola rapporti e situazioni che si formano in via originaria con la morte del soggetto o che dall'evento morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione, identificabile attraverso la duplice incidenza che la morte deve avere sull'oggetto e sui soggetti beneficiari. L'oggetto della disposizione deve determinarsi quanto ad entità, esistenza e modo di essere al momento della morte del disponente, deve costituire cioè un *quod superest* e, allo stesso modo, la persona del beneficiario deve essere considerata in quanto esistente in tale momento (se è sempre vero che si ha negozio *mortis causa* quando vi sia la doppia incidenza della morte sull'oggetto e sui soggetti non è sempre vero che l'assenza di incidenza sull'oggetto escluda in ogni caso la configurabilità di un negozio *mortis causa*) (21)

e ss.; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano 1954, p. 47 e p. 84; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, cit., p. 1169 e ss.; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli 1983, p. 168 e ss.; V. PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano 2001, p. 241 e ss.; G.C.M. RIVOLTA, *Clausole societarie e predisposizione successoria*, cit., p. 1197 e ss.

(19) Trib. Bologna sez. IV, 11 luglio 1996 in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 733 e ss. con nota di C.E. PUPO, *Sulla validità della clausola di consolidazione in capo ai soci superstiti della quota del socio defunto di società a responsabilità limitata*; App. Bologna 23 ottobre 1996 in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 741 e ss. con nota di C.E. PUPO.

(20) G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., pp. 40-42.

(21) Diversamente A. PALAZZO, *Provenienze donative, successivi trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 317 e ss., nota 12 il quale, negando che possa darsi in alcun caso attribuzione *mortis causa* quando manchi l'estremo oggettivo

Nella clausola di consolidazione, come si è evidenziato, la morte del socio incide sia sulla determinazione dell'oggetto del negozio sia sulla determinazione dei soggetti beneficiari e ciò induce a ritenere che essa configuri un negozio *mortis causa*. Tale conclusione peraltro appare avvalorata dalla considerazione che tale negozio durante la vita del disponente non spiega alcun effetto, perciò non si può ipotizzare alcun trasferimento, a titolo successorio, nel patrimonio degli eredi di elementi già presenti nel patrimonio del *de cuius*, ciò che varrebbe ad escludere la natura *mortis causa* della clausola, al contrario si può constatare una piena coincidenza con gli effetti di un legato ad effetti reali.

Ben diversamente invece si potrebbe argomentare laddove fosse espressamente previsto che la clausola avesse effetto soltanto per la quota posseduta al momento di stipulazione, a nulla rilevando le eventuali variazioni successive in aumento, e fosse altresì stabilito che, per effetto della stipulazione della clausola, il socio perdesse il potere di disposizione della quota a quel momento posseduta.

dell'attribuzione *de residuo*, non si avvede che «la considerazione dell'oggetto dell'attribuzione come entità commisurata in tutti i suoi elementi (esistenza, consistenza e modo di essere) al tempo della morte dell'attribuente» (GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 42) è criterio identificativo dell'atto *mortis causa* utilizzabile solo quando si tratti di attribuzioni di beni e diritti compresi nel patrimonio del disponente. Se si dovesse ritenere tale criterio di valenza generale si arriverebbe al paradossale risultato di dover negare la natura di atto *mortis causa* al legato di contratto e al legato di cosa altrui. Infatti se il requisito dell'incidenza della morte sul profilo oggettivo dell'attribuzione fosse veramente carattere indefettibile dell'atto *mortis causa* e non soltanto dell'atto *mortis causa* a effetti reali, si avrebbe la stranezza di *subspecies* (legato di contratto e legato di cosa altrui) che, pur appartenendo alla *species* atto di ultima volontà, mancherebbero di uno dei due requisiti caratterizzanti il *genus* atto *mortis causa*, il che è una contraddizione in termini (la *species* necessariamente, per appartenere a un *genus*, deve partecipare di tutte le sue caratteristiche per poi ulteriormente caratterizzarsi).

Nel nostro ordinamento l'incidenza della morte sul profilo oggettivo è elemento riferibile solo agli atti *mortis causa* a effetti reali (avverte il problema con chiarezza M. TALAMANCA, *I patti successori fra tradizione ed avvenire*, ne *Il Notaro*, 2002, p. 113-114: «Lasciando da parte le figure, per chiamarle così, intermedie su cui la discussione potrebbe essere più articolata, teniamo presente il caso limite dell'obbligazione — generica — di dare una somma di denaro. In questo caso, non v'è certamente una cosa dalla cui esistenza nel patrimonio del defunto al momento dell'apertura della successione l'efficacia della disposizione debba dipendere perché il negozio possa qualificarsi come *mortis causa*, ma ciò non deve portare alla conclusione che ogni disposizione avente ad oggetto una somma di denaro in quanto oggetto di una convenzione che ne fissi l'efficacia al momento della morte del testatore debba necessariamente considerarsi come un negozio a modalità di morte.

Esiste, infatti, anche in questo caso la possibilità di trovare — a parte le difficoltà in ordine alla prova — dei tratti differenziali fra l'attribuzione, sostanzialmente una donazione, con modalità di morte ed il legato contrattuale, che è un negozio *mortis causa*»).

Conferma di ciò del resto può facilmente trarsi da un'attenta lettura di Giampiccolo (*op. cit.*, p. 42) il quale attraverso l'utilizzo dell'inciso «di regola» rende avvertiti i lettori che, ancorché eccezionalmente, possono darsi ipotesi di attribuzione a causa di morte nelle quali manchi una delle due condizioni («dove l'una delle due condizioni manchi, non può — di regola — qualificarsi un'attribuzione a causa di morte»).

Giampiccolo (22) sembra considerare quelli descritti gli effetti naturali e costanti di ogni clausola di consolidazione alla quale conseguirebbe sempre un vincolo di indisponibilità, motivando così, con perfetta coerenza l'affermazione di validità della clausola in esame.

Egli infatti riscontra nell'ipotesi «un trasferimento condizionato (a titolo oneroso): l'acquisto degli altri soci o compartecipi della comunione è condizionato, è vero, alla morte dell'attribuente; ma è attuale; di tanto che è correlativamente sottratto all'attribuente il potere di disposizione del bene per l'avvenire», ma può reputarsi dubbio che quelli testè descritti siano gli effetti di ogni clausola di consolidazione.

Una parte della dottrina nega che vi sia rapporto fra clausola di consolidazione e patto successorio perché «il patto di consolidazione riveste alla fin fine natura di scommessa, una scommessa particolare che nella sue linee rappresenta una forma di patto tontinario» (23).

Secondo questa tesi l'esclusione della possibilità del richiamo al divieto dell'art. 458 c.c. si giustifica per il fatto che «in una convenzione a carattere di scommessa la morte gioca solo come uno degli svariati, infiniti elementi di riferimento che ne compongono il meccanismo; in essa la morte non è mai un elemento causale ma uno qualsiasi dei fatti cui può rinviare la posta in gioco». Si afferma tuttavia l'invalidità della clausola di consolidazione proprio in quanto patto tontinario come tale vietato dall'art. 3 D.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449 (24).

Altra parte della dottrina (25), nell'ambito di un più generale discorso sui meccanismi che, in qualsiasi tipo di società, comportino l'esecuzione del trasferimento *mortis causa* delle partecipazioni sociali suggerisce la possibilità di sostenere la liceità di siffatte clausole, pur riconoscendo ad esse natura di patti successori.

Si sostiene infatti che potrebbero ravvisarsi nelle norme degli artt. 2479 c.c. e 2284 c.c. espresse disposizioni derogative al divieto *ex art.* 458

(22) GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 47-48.

(23) G. BARALIS, *Le clausole di consolidazione...*, cit., p. 218.

(24) Testo Unico delle leggi sull'esercizio delle assicurazioni private. Nega che le clausole di consolidazione possano giudicarsi in contrasto con il divieto di associazioni tontinarie fissato dall'art. 3 penultimo comma D.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449 F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano 1990, p. 219. In giurisprudenza afferma la nullità della clausola di consolidazione per contrarietà alla norma che vieta le associazioni tontinarie Trib. Vercelli 19 novembre 1992 in questa *Rivista*, 1993, II, 1256 ss. con nota di L. DELLE VERGINI.

(25) P. BOERO, *Società di capitali ...*, cit., p. 148.

c.c., ciò che invece non potrebbe avvenire per la norma dell'art. 2355 c.c. (26).

La Cassazione fa dipendere la legittimità della clausola dalla liquidazione della partecipazione affermando la nullità della clausola ove non sia prevista l'attribuzione di alcunché ai successori per legge o per testamento e ammette addirittura, seppure incidentalmente, la legittimità di una clausola di consolidazione nella società per azioni, purché sia prevista la liquidazione delle azioni agli eredi (27).

Il dissenso rispetto a tale impostazione si fonda sul rilievo che, per far dipendere la liceità di tali strumenti negoziali dall'entità del credito spettante agli eredi nelle diverse ipotesi, occorre trascurare il dato incontrovertibile che l'illiceità *ex art. 458 c.c.* concerne il mezzo e non il risultato (non tutti gli effetti che si possono lecitamente realizzare con un testamento si possono conseguire anche con un contratto).

Per quanto riguarda invece le clausole di *opzione su quote societarie* occorre preliminarmente sottolineare che la terminologia è oscillante essendo talvolta utilizzata la definizione di clausole di riscatto, altre volte quella di clausole di opzione, per indicare le clausole che, nella società di capitali, prevedano in caso di morte di un socio l'obbligo degli eredi di offrire le quote o le azioni acquistate per successione agli altri soci i quali hanno facoltà di acquistarle ad un prezzo il cui criterio di determinazione è già fissato dalla clausola statutaria.

La perfetta coincidenza del contenuto di tali clausole con la opzione prevista dall'art. 1331 c.c. fa propendere per l'utilizzazione della terminologia adottata dal legislatore nell'ambito della disciplina generale del contratto (28).

È evidente l'analogia di funzione tra clausole di opzione e clausole di consolidazione nonostante la diversità di effetti: attraverso la clausola di consolidazione ciascun socio trasferisce con effetto reale differito la quota di partecipazione di cui sarà titolare al momento della morte a favore di coloro che saranno soci a tale momento; attraverso l'opzione su quote societarie crea nel patrimonio degli eredi l'obbligazione a trasferire la quota di partecipazione di cui sarà titolare al momento della morte a favore di determinati soggetti che potranno esercitare il diritto, ovviamente, solo nel caso in cui siano sopravvissuti al socio. Nell'uno e nell'altro caso la morte

(26) Con specifico riferimento all'art. 2284 c.c. in tal senso anche G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, Torino 1999, p. 110-111.

(27) Cass. 16 aprile 1975, n. 1434 in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 591.

(28) Condivide la qualificazione della fattispecie L. CALVOSA, *Clausole di riscatto di azioni e divieto dei patti successori*, cit., p. 639.

del socio incide sia sulla determinazione dell'oggetto del negozio sia sulla determinazione dei soggetti beneficiari, ciò che induce a ritenere che siano entrambi negozi *mortis causa*.

Ciò che accomuna le due ipotesi è che il disponente pone in essere un negozio che durante la sua vita non spiega alcun effetto sul suo patrimonio.

Le ipotesi divergono invece perché nel primo caso l'effetto è reale, nel secondo è obbligatorio, poiché gli eredi legittimi o testamentari acquistano la partecipazione, salvo essere obbligati a ritrasferirla alle condizioni fissate nel contratto sociale.

Tale differenziazione appare l'elemento fondante di quelle decisioni giurisprudenziali che hanno ritenuto valide le clausole di opzione su quote societarie, ossia il fatto che l'effetto di queste ultime è successivo all'acquisto della partecipazione da parte degli eredi per effetto della successione.

La ulteriore tesi secondo la quale clausole statutarie così strutturate non costituiscono violazione all'art. 458 c.c. trova il proprio fondamento prevalente nel convincimento originariamente espresso dalla Cassazione (29) secondo il quale laddove sia prevista la liquidazione agli eredi del valore della quota o delle azioni la clausola statutaria che per il caso di morte del socio disponga (con efficacia reale o obbligatoria) l'acquisto della quota o delle azioni da parte dei soci superstiti deve considerarsi valida in quanto non lesiva della libertà testamentaria, mentre si riconosce l'illiceità della clausola nel caso in cui, a fronte del trasferimento della partecipazione ai soci superstiti, non sia prevista la corresponsione di alcunché a favore dei successori per legge o per testamento.

Non può non ribadirsi che il nesso, che in tal modo si crea tra liceità ed entità del credito spettante agli eredi nelle diverse ipotesi, passa attraverso una svalutazione della natura del divieto *ex art. 458 c.c.* che concerne il mezzo e non il risultato (lecitamente raggiungibile attraverso una disposizione testamentaria, salvo eventuali profili di riducibilità).

Emblematica delle dispute interpretative che hanno riguardato le clausole di opzione una nota vicenda giudiziaria nella quale il Tribunale ha affermato la validità della clausola, la Corte di Appello l'ha negata, la Cassazione ha fatto propria la conclusione del giudice di primo grado (30).

(29) Cass. 16 aprile 1975, n. 1434, cit.

(30) Trib. Roma 30 maggio 1990 in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 830 con nota di L. CALVOSA; App. Roma 28 aprile 1992 in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 448 con nota critica di P. REVIGLIONE, *Limitazioni convenzionali alla circolazione delle azioni e trasferimenti «mortis causa»*; Cass. 16 aprile 1994, n. 3609 in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1334 con nota adesiva di P. REVIGLIONE, *Le clausole di riscatto delle azioni non contrastano con il divieto dei patti successori* ed in questa *Rivista*, 1994, II, 1491.

L'iter argomentativo della Corte di legittimità ricalca in larga misura quello della sentenza n. 1434 del 1975 già esaminato; i passaggi fondamentali del ragionamento utilizzato per escludere l'illiceità sono la considerazione che la successione avviene «in base alla legge o al testamento e non in base alla disciplina pattizia della clausola statutaria, la quale contiene unicamente un vincolo a carico degli eredi divenuti azionisti per successione del socio premorto, consistente nella soggezione all'esercizio del diritto di opzione da parte dei soci superstiti, dietro versamento di un corrispettivo, alle condizioni previste nella clausola». È proprio l'obbligo di vendere che si crea in via originaria, ossia *mortis causa*, nel patrimonio dell'erede o del legatario che riceve le azioni *jure successionis*; tale obbligo, che non sussisteva nel patrimonio del *de cuius*, si definisce sia sul piano oggettivo che sul piano soggettivo in dipendenza della morte dell'azionista, producendo una perfetta equivalenza degli effetti di un tale patto con quelli, come si è detto, di un legato di contratto, di un sublegato o di un *modus* apposto ad una istituzione ereditaria o ad un legato.

Sia consentito infine rilevare che la coerenza di tale ragionamento, che ritrova in tali clausole la struttura del patto successorio istitutivo, è riconosciuta anche da coloro che non accettano la conclusione di invalidità delle medesime, talvolta esplicitamente (31), talaltra implicitamente, attraverso la critica della motivazione della sentenza della Cassazione e la negazione che la clausola sia lecita «perché il «riscatto» opera per negozio tra vivi a subingresso degli eredi già avvenuto» (32). Si segnala anche che l'A. da ultimo citato afferma poi che dette clausole, impedendo il consolidamento dell'effetto successorio, debbano comunque ritenersi invalide nelle società azionarie ritenendosi vietate le limitazioni statutarie al trasferimento *mortis causa* delle azioni (33).

(31) P. REVIGLIONE, *Limitazioni convenzionali...*, cit. p. 452. «Non vi è dubbio che, normalmente, la sussistenza di entrambi i requisiti, soggettivo ed oggettivo, costituisca la condizione necessaria e sufficiente perché si possa considerare la morte del soggetto quale evento causalmente rilevante dell'attribuzione e quindi assegnare ad un determinato atto la qualifica di negozio *mortis causa*» e ancora «il fatto di considerare la persona del beneficiario come esistente al momento della morte e di rinviare, pure a tale momento, la determinazione dell'oggetto della disposizione, sono normalmente indici sintomatici ed inequivocabili dell'esistenza di un atto *mortis causa*»; L. CALVOSA, *Clausole di riscatto di azioni e divieto dei patti successori*, in *Banca borsa*, 1992, I, p. 647 secondo la quale «attraverso tali clausole, infatti, il socio sembra attuare, in forma pattizia, una vera e propria disposizione dei propri beni, una delazione pattizia».

(32) G.C.M. RIVOLTA, *Clausole societarie e predisposizione successoria*, cit., p. 1203 il quale ravvisa la motivazione della liceità della clausola nel fatto che essa opera senza spogliare gli eredi del valore del cespite.

(33) G.C.M. RIVOLTA, *op. cit.*, p. 1203 nota 10 ove rinvia alle pagine 1219 e ss. per la inapplicabilità delle clausole di gradimento alle successioni a causa di morte.

Su tale scenario interpretativo è intervenuta la riforma delle società di capitali.

Le nuove disposizioni che espressamente si occupano delle clausole di predisposizione successoria sono rispettivamente l'art. 2355-*bis* comma 3 c.c. per le società per azioni e l'art. 2469 comma 2 c.c. per le società a responsabilità limitata.

Per le società a responsabilità limitata, la cui disciplina riformata è spesso ispirata ai principi informatori delle regole che governano le società di persone (si pensi all'ammissibilità dell'amministrazione plurima disgiuntiva), è stato sollevato il problema se, in relazione alle clausole di intransferibilità assoluta della partecipazione, la liquidazione della quota che ne consegue debba avvenire in assenza di apposita previsione dell'atto costitutivo, facendo «ricorso alla integrazione analogica sulla base dei principi dell'art. 2289 c.c. o alla interpretazione estensiva dell'art. 2473, commi 2 e 3» e per tale questione è stata ritenuta preferibile la seconda delle soluzioni prospettate (34).

Non può che condividersi in questa sede tale soluzione che, seppure in relazione ad un aspetto specifico, appare pienamente coerente e conforme a quelle scelte di fondo del legislatore della riforma che si è cercato di evidenziare esaminando i profili generali, ossia validità, in linea di principio, di qualsiasi vincolo si voglia imporre alla circolazione sia esso destinato ad operare in occasione di trasferimenti *inter vivos* o *mortis causa*, purché bilanciato dal diritto di recesso inderogabilmente incompressibile sia nelle modalità di insorgenza e di esercizio sia in relazione al *quantum debeat* in sede di liquidazione della quota (35).

(34) M. STELLA RICHTER jr., *La società a responsabilità limitata. Disposizioni generali — Conferimenti — Quote* in AA.VV. *Diritto delle società di capitali [Manuale breve]*, Milano 2003, p. 198 e ss.

La questione era già stata affrontata con riferimento all'art. 2479 c.c.

Secondo F. FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano 1984, p. 620 «se è disposta l'intransferibilità assoluta e il socio muore, gli eredi hanno diritto al rimborso della quota in proporzione del patrimonio sociale risultante dal bilancio dell'ultimo esercizio (arg. ex art. 2437 richiamato dall'art. 2494), per cui si dovrà procedere alla riduzione del capitale sociale, a meno che uno dei soci sia disposto ad accollarsi la quota del defunto e gli altri vi consentano».

Secondo A. GRAZIANI, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 752 invece la liquidazione andrebbe fatta in base alla situazione patrimoniale nel giorno della morte, applicando per analogia l'art. 2289 comma 2 c.c.

(35) È appena il caso di menzionare una lieve improprietà nella formulazione dell'art. 2469 c.c. che non ne impedisce in alcun modo l'interpretazione logica.

Si dispone che qualora l'atto costitutivo «ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscano il trasferimento a causa di morte, il socio o i suoi eredi possono esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 2473».

È evidente che riferire il recesso agli eredi significa presupporre l'avvenuto acquisto della qualità di socio, laddove l'impossibilità di acquistare tale qualità è ciò che legittimerebbe il

Non solo le linee ricostruttive adottate consentono di individuare una trama unitaria del disegno del legislatore rispetto alla circolazione delle partecipazioni *inter vivos* e *mortis causa*, ma inducono a rinvenire nelle scelte fatte dal legislatore in ordine alla circolazione *mortis causa* la sostanziale recezione della logica adottata dalla Cassazione nelle due importanti sentenze precedentemente citate: massima autonomia nel determinare la destinazione della partecipazione con il solo limite inderogabile della salvaguardia del valore economico destinato agli eredi legittimi o testamentari.

Tale conclusione che sul piano applicativo legittima qualsiasi soluzione che non comprima i diritti economici degli eredi, consente altresì, sul piano sistematico, liberando l'interpretazione dal condizionamento generalmente insito nell'equazione fra atto *mortis causa* e atto nullo, di ribadire la natura *mortis causa* delle clausole di predisposizione successoria testè esaminate (36).

recesso, però, al di là della segnalazione della imperfezione della formulazione della norma, è altrettanto evidente che il suo significato non può essere altro se non che gli eredi hanno diritto alla liquidazione della quota secondo i medesimi criteri di cui all'art. 2473 c.c.

(36) È di intuitiva percezione che, allorché dalla qualificazione non discenda più l'individuazione della disciplina applicabile, il problema scemi di importanza, tuttavia può affermarsi che si realizza ora con assoluta certezza quanto era stato prospettato nella vigenza della disciplina anteriore da P. BOERO, *op. cit.*, p. 148 il quale affermava, come già evidenziato, la natura di negozio *mortis causa* delle clausole pur ritenendole valide sulla base della considerazione dell'art. 2479 quale norma che consentiva deroghe al divieto *ex art.* 458 c.c.

Con riguardo alla disciplina anteriore alla riforma la natura *mortis causa* delle clausole successorie esaminate era affermata con decisione da chi scrive traendone tuttavia, come si è detto, la conseguenza della loro invalidità.

Per la illustrazione delle posizioni di P. REVIGLIONE e L. CALVOSA si fa rinvio alle citazioni riportate alla nota 27.

Occorre infine precisare che su un diverso piano d'indagine, che non si ritiene opportuno sviluppare in questa sede, si colloca la verifica delle modalità di funzionamento di riduzione e collazione rispetto alle attribuzioni attuate attraverso le clausole di predisposizione successoria.