



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

Sede Amministrativa Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto comparato

Scuola di Dottorato di Ricerca in
Diritto internazionale e Diritto privato e del lavoro:
interazioni nella dimensione europea

Indirizzo: Diritto privato nella dimensione europea
Ciclo XXII

**CLAUSOLE STATUTARIE
DI PREDISPOSIZIONE SUCCESSORIA
E TUTELA DEI LEGITTIMARI**

Direttore della Scuola

Ch.mo Prof. Paolo Zatti

Coordinatore d'indirizzo

Ch.mo Prof. Giorgio Cian

Supervisore

Ch.mo Prof. Stefano Delle Monache

Dottoranda Erika Tomat

Ringrazio il Professore Stefano Delle Monache
per i preziosi insegnamenti e per la costante supervisione nella realizzazione di questo elaborato.

Un grazie particolare all'Avvocato Riccardo Coassin nonché ai miei colleghi di studio
per gli interessanti e pratici spunti offerti per la riflessione.

Nicht zuletzt
möchte ich Herrn Prof. Dr. Peter Kindler und Herrn Ass. jur. Andreas Conow herzlich danken.

*A mê mari e gno pari
ch'a mi àn insegnât
a cjaminâ sul troi de vite,
poiant, planc planc,
un pît devant di chel altri,
par chês gleriis e par chês monts,
par chês braidis e par chei riui.*

INDICE SOMMARIO

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE	p. IX
I. DECESSO DEL SOCIO E SORTE DELLA PARTECIPAZIONE SOCIALE: LA DISCIPLINA CODICISTICA	
1. L'articolo 2284 cod. civ.: uno spunto per la riflessione in materia di società di capitali	p. 3
2. Recenti sviluppi nella disciplina codicistica delle società di capitali	p. 7
II. DECESSO DEL SOCIO E SORTE DELLA PARTECIPAZIONE SOCIALE: LA DISCIPLINA CONVENZIONALE	
1. Il ruolo dei patti parasociali accanto al contratto sociale	p. 11
2. Patti parasociali e contratto sociale: proposte per un'identificazione	p. 14
III. L'INCONTRO TRA PRINCIPI DI DIRITTO SOCIETARIO E DI DIRITTO SUCCESSORIO CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA TUTELA DEI LEGITTIMARI	
1. Contenuto e ambito di applicazione dell'articolo 2355 <i>bis</i> cod. civ.	p. 28
2. (<i>segue</i>) titolarità della partecipazione sociale e legittimazione	p. 31
3. (<i>segue</i>) gli altri commi dell'articolo 2355 <i>bis</i> cod. civ.	p. 38
4. La corrispondente disciplina per le società a responsabilità limitata	p. 41
5. Le clausole di intrasferibilità assoluta	p. 44
6. Il divieto dei patti successori: spunti per una rilettura alla luce delle novità introdotte con le recenti riforme	p. 50
7. Per una qualificazione della natura delle clausole che introducono limiti al trasferimento della partecipazione sociale: breve <i>excursus</i> sulle categorie giuridiche dell'atto <i>inter vivos</i> , <i>mortis causa</i> , <i>post mortem</i> e <i>trans mortem</i>	p. 54
IV. CLAUSOLE DI CONSOLIDAZIONE A FAVORE DEI SOCI SUPERSTITI	
1. Clausole di consolidazione: nozione e tipologie	p. 60
2. Il fenomeno dell'accrescimento: critica a una ricostruzione in termini generali	p. 64
3. Una ricostruzione alternativa della struttura negoziale delle clausole di consolidazione: convenzioni a effetti condizionati	p. 70

4. Spunti per una riflessione sulla natura giuridica delle clausole di consolidazione	p. 72
5. Uno sguardo alla giurisprudenza	p. 74
6. (<i>segue</i>) sul contenuto attributivo e conformativo delle clausole di consolidazione	p. 77
7. (<i>segue</i>) sul concetto di libertà testamentaria	p. 80
8. (<i>segue</i>) sul grado di vincolatività delle clausole di consolidazione	p. 87
8.1. Clausole di consolidazione e assunzione di un vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale	p. 90
8.2. Clausole di consolidazione e conservazione del potere di disposizione della partecipazione sociale	p. 96
8.3. Clausole di consolidazione e società in accomandita per azioni	p. 100
9. Compatibilità delle clausole di consolidazione con il divieto di associazioni tontinarie e di patto leonino	p. 101
V. CLAUSOLE DI PRELAZIONE A FAVORE DEI SOCI SUPERSTITI	
1. Tipologie di clausole di prelazione	p. 114
2. Le novità introdotte con la riforma del diritto societario	p. 117
3. <i>Ratio</i> della clausola di prelazione	p. 121
4. Clausole di prelazione e trasferimenti a titolo gratuito	p. 122
5. Clausole di prelazione e morte del socio	p. 127
VI. CLAUSOLE DI OPZIONE A FAVORE DEI SOCI SUPERSTITI	
1. Clausole di opzione o di riscatto	p. 136
2. Uno sguardo oltralpe	p. 139
3. Il meccanismo dell'opzione	p. 142
4. L'evoluzione della giurisprudenza	p. 147
5. Un ultimo spunto di riflessione	p. 151
6. La determinazione del <i>quantum</i> destinato ai successori del <i>de cuius</i> : rinvio	p. 154
VII. CLAUSOLE DI GRADIMENTO	
1. Le tipologie di clausole di gradimento	p. 155
2. Storia delle clausole di gradimento	p. 162
3. Il concetto di trasferimento nella previsione codicistica	p. 170
4. Il meccanismo delle clausole di gradimento collegate alla morte del socio	p. 174
5. Il silenzio sul gradimento	p. 177

6. I correttivi al gradimento nei trasferimenti *mortis causa* p. 178
7. L'operatività della clausola di gradimento in presenza di una pluralità di successibili p. 184

VIII. CLAUSOLE DI CONTINUAZIONE FACOLTATIVA A FAVORE DEI SUCCESSIBILI DEL SOCIO

1. Le clausole di continuazione in generale p. 186
2. La clausola di continuazione facoltativa: individuazione della tipologia p. 188
3. La struttura della clausola di continuazione facoltativa p. 190
4. Alcune note sul contratto a favore di terzi p. 194
5. La natura giuridica della clausola di continuazione facoltativa p. 199
6. Il ruolo della dichiarazione dei soci superstiti nel meccanismo della clausola di continuazione facoltativa p. 205
7. Il ruolo della dichiarazione del successibile nel meccanismo della clausola di continuazione facoltativa p. 206
8. Limiti all'individuazione del beneficiario della clausola di continuazione facoltativa p. 209
9. Clausole di continuazione e morte dell'accomandatario p. 215
10. (*segue*) successione nella partecipazione sociale dell'accomandatario ed esercizio del potere gestorio p. 220
11. L'operatività della clausola di continuazione in caso di pluralità di successibili p. 224
12. Comunanze e differenze con la figura dell'*Eintrittsklausel* p. 232

IX. CLAUSOLE DI CONTINUAZIONE OBBLIGATORIA PER I SUCCESSIBILI DEL SOCIO

1. Individuazione della tipologia e riflessioni sulla sua natura giuridica p. 234
2. Clausola di continuazione obbligatoria nella società in accomandita p. 238

X. CLAUSOLE DI SUCCESSIONE

1. Individuazione della tipologia p. 240
2. Clausola di successione e responsabilità limitata del socio p. 242
3. Clausola di successione e responsabilità illimitata del socio p. 245

XI. CLAUSOLE DI PREDISPOSIZIONE SUCCESSORIA E TUTELA DELLE RAGIONI DEI SUCCESSIBILI LEGITTIMARI	
1. Clausole di natura <i>mortis causa</i>	p. 249
1.1. Clausole di attribuzione <i>mortis causa</i> della partecipazione sociale a titolo gratuito	p. 250
1.2. Clausole di attribuzione <i>mortis causa</i> della partecipazione sociale a titolo oneroso	p. 251
1.2.1. <i>I parametri per la liquidazione della partecipazione sociale</i>	p. 253
1.2.2. <i>Un riferimento alla disciplina tedesca</i>	p. 258
1.2.3. <i>Modalità della liquidazione della partecipazione sociale</i>	p. 260
1.3. Clausole meramente conformative	p. 266
2. Clausole di natura non <i>mortis causa</i>	p. 268
2.1. Disposizioni non <i>mortis causa</i> a titolo gratuito	p. 269
2.2. Disposizioni non <i>mortis causa</i> a titolo oneroso	p. 273
2.3. Altre disposizioni non <i>mortis causa</i> che sottopongono a particolari condizioni o limiti il trasferimento a causa di morte della partecipazione sociale	p. 276
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	p. 280
CITAZIONI GIURISPRUDENZIALI	p. 285
INDICE BIBLIOGRAFICO	p. 288
<i>ABSTRACT</i>	p. 313

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

La presente ricerca si propone di offrire degli spunti innovativi per la soluzione di problematiche che, ormai da decenni, interessano uno degli ambiti del diritto societario più fecondo per l'esplicarsi dell'autonomia negoziale: quello delle clausole statutarie di predisposizione successoria, mediante le quali si disciplina la sorte della partecipazione sociale nell'ipotesi di morte di uno dei soci. È in questo contesto, infatti, che la libertà contrattuale raggiunge il massimo della propria espressione, sino a coniare figure giuridiche che nella loro fattura propongono un'interessante combinazione tra principi del diritto societario e di quello successorio.

La poliedricità che connota le disposizioni statutarie, di volta in volta plasmate dalle parti per il perseguimento di diversi interessi, patrimoniali e non, può evidentemente innescare dubbi e perplessità sulla legittimità e conformità di dette pattuizioni in relazione alle norme, spesso di natura imperativa, vigenti in entrambe le materie.

Tuttavia, la rivisitazione di categorie del diritto civile di matrice dottrinale proposte verso la metà del secolo scorso parrebbe offrire - e di questo si cercherà di darne dimostrazione nel presente scritto - un valido ausilio per il superamento delle difficoltà interpretative nonché un efficiente supporto per la disamina della validità ed efficacia delle convenzioni in parola, sotto il profilo propriamente successorio. Il richiamo alle nozioni di atti *inter vivos* e *mortis causa*, accanto a quelle di negozi *post mortem* e *trans mortem* - il cui uso è ricorrente in questo settore, eppure spesso si rivela arbitrario e inopportuno - consente, come si darà conto, di discernere le ragioni di fondo che hanno portato il legislatore a innovare la disciplina dei limiti alla circolazione delle partecipazioni nelle società di capitali. Si tratta di scelte, queste, motivate sulla scorta di istanze provenienti dalla prassi statutaria, ove è venuto crescendo il confronto tra le professionalità notarile e forense, soprattutto a seguito dell'abolizione del processo di omologazione dei contratti sociali, in passato riservato agli organi giurisdizionali. Alla preliminare validazione giudiziale non solo formale, ma anche sostanziale degli atti sociali, si è venuto sostituendo, infatti, un

controllo ormai *a posteriori* ed eventuale, unicamente per l'ipotesi in cui sorga controversia in merito alla validità ed efficacia delle disposizioni statutarie *de quibus*.

Alla luce di ciò, nel contesto della riforma del diritto societario, il legislatore ha avvertito la necessità di introdurre o, quantomeno, ove già invalsi, di riconoscere valore legale ai parametri e ai criteri il cui rispetto possa, in linea di massima, assicurare la legittimità delle disposizioni in parola, ferma naturalmente l'esigenza di verificare la loro conformità ai principi generali del nostro ordinamento, non da ultimo quelli di cui sono espressione gli stessi meccanismi di tutela delle ragioni dei legittimari, nella cui ottica, come si diceva, deve essere colta la portata dello stesso intervento innovativo.

Propedeutica all'analisi or ora menzionata si rivela la ricognizione, attraverso l'esame della giurisprudenza e della prassi statutaria, delle principali tipologie di clausole che vengono in rilievo per la loro attinenza alla morte del socio. Nella presente trattazione l'attenzione non si concentrerà unicamente nella valutazione delle dinamiche che possono interessare la successione dei soci delle società di capitali, in riferimento alle quali, per ragioni di congruità, sarà limitata l'indagine. Si cercherà di approfondire, invece, anche quegli aspetti, che, benché *prima facie* paiano concernere le sole società personali, invero dimostrano una certa inerenza anche a quelle di capitali (quanto meno nel tipo dell'accomandita per azioni) o, in ogni caso, contribuiscono a fornire degli spunti rilevanti per la riflessione, attesa la costante osmosi, più volte evocata dalla giurisprudenza, che connota la disciplina delle società di persone e quella delle società di capitali.

Ciò premesso, due sono i fronti sui quali si condurrà l'approfondimento. Da un lato, si avrà riguardo alle clausole che hanno quale effetto principale quello di escludere o limitare l'ingresso in società del successibile del socio defunto, tra le quali si annoverano, secondo la classificazione tradizionalmente seguita, le clausole di consolidazione a favore dei soci superstiti, i patti che riconoscono a questi ultimi un diritto di prelazione o la facoltà di opzione sulla partecipazione del socio defunto nonché, infine, le disposizioni attraverso le quali l'ingresso in società del successibile del *de cuius* è sottoposto al gradimento di altri soci ovvero di soggetti terzi all'uopo designati. Per converso, dall'altro lato, si porrà attenzione alle

pattuizioni che determinano o favoriscono l'ingresso in società del successore del socio defunto, ovvero, in relazione al margine di discrezionalità lasciato al beneficiario per una sua determinazione sull'ingresso in società, clausole di continuazione facoltativa, obbligatoria e automatica.

Sulle basi della classificazione innanzi enunciata, saranno approfondite le problematiche, inevitabilmente concernenti sia il diritto commerciale che quello successorio, inerenti a ciascuna clausola, cercando, *in primis*, di ricostruirne la natura giuridica e di identificarne la struttura, il profilo causale e la tipologia di effetti prodotti. Una volta chiariti questi aspetti, si potranno quindi svolgere le debite considerazioni sulle conseguenze che, a seguito dell'adozione di questo genere di pattuizioni, si possono originare sulla sfera dei legittimari, valutando, altresì, l'esperibilità dell'azione di riduzione e degli altri rimedi posti a presidio delle ragioni di questi ultimi, ove si verifichi una lesione, giuridicamente rilevante, dei loro interessi.

Non di poco rilievo nello svolgimento delle riflessioni di cui sopra sarà un accenno alla disciplina tedesca e agli orientamenti assunti dalla relativa dottrina e giurisprudenza sul tema delle cosiddette "*Unternehmensnachfolgeklauseln*", traendo notevoli spunti, anzitutto, per distinguere le pattuizioni d'interesse dalle altre plurime disposizioni convenzionali - di contenuto affine, ma di diversa efficacia e rilevanza - che abbondano nei negozi collaterali e accessori al contratto sociale e, in secondo luogo, per offrire, attraverso una visione comparatistica, una panoramica il più possibile completa delle questioni e delle soluzioni che emergono, sotto i profili innanzi illustrati, con riguardo alle clausole statutarie di predisposizioni successoria.

CAPITOLO I

DECESSO DEL SOCIO E SORTE DELLA PARTECIPAZIONE SOCIALE: LA DISCIPLINA CODICISTICA

A chi si accinga a valutare quale sorte incontri la partecipazione ad una società (di capitali o di persone) in seguito alla morte del soggetto che ne risultava titolare appare di tutta evidenza la peculiarità che le regole successorie acquistano nel contesto societario¹. Ove la scomparsa di un membro della compagine sociale rivesta, anche solo potenzialmente, caratteri idonei a modificare in modo sensibile gli equilibri preesistenti all'interno dell'ente collettivo, diviene, infatti, fondamentale un logico e oculato coordinamento delle norme giuridiche riconducibili alle due distinte materie interessate, civilistica da un lato e commerciale dall'altro. È in quest'ordine di idee che si può cogliere, dunque, la *ratio* sottesa al recente intervento riformatore del legislatore nell'ambito delle società di capitali, con il quale, al fine di fornire una pronta ed efficace risposta alle istanze emergenti dalla prassi, il dettato codicistico è stato novellato e innovato nel senso di una maggiore apertura a favore di una regolamentazione riservata all'autonomia privata. Non può essere revocato in dubbio, infatti, che quest'ultima è l'unica spesso in grado, nella sua duttilità, di rispondere puntualmente ed esaurientemente alla pluralità delle esigenze, di volta in volta, individuabili nelle fattispecie in esame.

A questo proposito, nonostante la presente trattazione verta sull'analisi dei profili successori che involgono la partecipazione nelle sole società di capitali, non pare inopportuno un fugace e rapido accenno, quando necessario, alle soluzioni che nel tempo sono state proposte in questa materia anche con riguardo alla disciplina delle quote di partecipazione nelle società personali. Del resto, la stessa recente riforma

¹ „Alle Fragen und insbesondere die der späteren Auswahl eines Nachfolgers des Unternehmers müssen mit den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen oder erbrechtlichen Institutionen gelöst werden, da ein besonderes Unternehmenserbrecht fehlt“ («Per tutte le questioni e in particolare per la successiva scelta di un successore dell'imprenditore la soluzione deve essere trovata in virtù degli istituti generali di diritto societario e successorio, posto che manca uno specifico diritto successorio dell'impresa», H. WESTERMANN, *Die Auswahl des Nachfolgers im frühzeitigen Unternehmenstestament*, in *Festschrift für P. Möhring*, München, 1965, p. 186).

intervenuta nell'ambito societario ha messo in luce come il tipo della società a responsabilità limitata, unanimemente ricondotto - sulla scorta della sua collocazione codicistica - alla categoria delle società di capitali, sia piuttosto da considerarsi come fattispecie intermedia tra queste ultime e le società di persone; per non dire, poi, della società in accomandita per azioni, nella quale è per definizione presente una categoria di soci, gli accomandatari, i quali, individuati nominativamente dallo statuto, assumono di diritto la carica di amministratori e, come contropartita della loro posizione preminente², una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, secondo la regola propria delle società personali³.

Allo stesso tempo, muovendosi in opposta direzione, si nota che le società di persone, pur conservando indubbi tratti distintivi rispetto a quelle di capitali, manifestano un graduale affievolimento di quell'*intuitus personae* - nei limiti in cui tale nozione possa in questo contesto essere utilizzata⁴ - che, secondo tradizione, attribuisce loro la connotazione di "società personali". Conferma di ciò pare doversi trarre proprio dalla disciplina ora vigente all'articolo 2284 cod. civ. con riguardo alla morte di uno dei membri della compagine sociale rispetto alla regolamentazione dettata dall'abrogato codice di commercio, che all'articolo 191 sostanzialmente riproduceva, pur con lieve apertura all'esplicarsi dell'autonomia privata, il noto brocardo latino secondo cui *societas solvitur morte socii*, sancendo così

² In questi termini si esprime la relazione ministeriale al codice civile, n. 1001.

³ A ciò si aggiunga che l'articolo 2458, primo comma, cod. civ. prevede che in caso di cessazione dall'ufficio di tutti gli amministratori, la società addirittura si scioglie se nel termine di centottanta giorni non si è provveduto alla loro sostituzione e i sostituti non hanno accettato la carica.

⁴ Da più parti si evidenzia che l'utilizzo dell'espressione "*intuitus personae*" in ambito societario non risponderebbe a correttezza, in quanto tale concetto sarebbe stato coniato in un contesto credito-debito che nulla avrebbe a che vedere con i rapporti societari (L. STANGHELLINI, *I limiti statutarî alla circolazione delle azioni*, Milano, 1997, p. 262). Tuttavia, larga parte della dottrina ne ammette un utilizzo in modo generico nel senso di denotare la particolare considerazione riservata alle qualità personali di un individuo nell'ambito di qualsiasi rapporto di natura obbligatoria o contrattuale: in tal senso, F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2006, p. 30, il quale sostiene che «il contratto di società si presenta, sotto questo aspetto, come un contratto *intuitu personae*, ossia come un contratto nel quale - secondo la nozione che se ne ricava dall'articolo 1429 n. 3 - l'identità o le qualità personali di ciascuno dei contraenti sono determinanti del consenso degli altri contraenti».

che «la società in nome collettivo si scioglie per la morte di uno dei soci se non vi è convenzione contraria» e che «la società in accomandita, se non è convenuto altrimenti, si scioglie per la morte [...] di uno degli accomandatari»⁵.

1. L'articolo 2284 cod. civ.: uno spunto per la riflessione in materia di società di capitali

Al fine di orientarsi nella materia in esame, di fondamentale rilievo risulta l'analisi del disposto di cui all'articolo 2284 cod. civ., il quale - a detta dei più - paleserebbe l'intento del legislatore di dare prevalenza a orientamenti nel complesso poco propensi a favorire nelle società di persone il subentro dei successibili del *de cuius*. Ancor oggi, nonostante nella formulazione adottata dalla disposizione in parola, tra le conseguenze della morte del socio, «lo scioglimento della società [sia] degradato dal codice ad opzione alternativa, rimessa alla volontà insindacabile dei soci

⁵ Incidentalmente deve notarsi che, nel vigore del codice di commercio previgente, dottrina e giurisprudenza ritenevano che la “convenzione contraria”, cui si fa cenno nella norma richiamata, avrebbe dovuto essere prevista da una clausola dell'atto costitutivo che fosse cronologicamente precedente alla morte del socio, al fine di consentire la continuazione della società, posto che una convenzione dello stesso tenore, ma successiva all'evento *mortis*, avrebbe integrato unicamente l'ipotesi di costituzione di una nuova società, essendosi di diritto sciolta quella già esistente (cfr. A. MARGHERI, *Società e associazioni*, in *Il codice di commercio italiano*, II, Padova, 1889, p. 420). Nella prassi venne, tuttavia, gradualmente affermandosi un differente orientamento, secondo il quale la morte di un socio non produceva automaticamente lo scioglimento della società, ma dava semplicemente diritto ad ognuno degli eredi e dei soci superstiti di provocarlo, depositando in cancelleria, insieme al certificato di morte del socio, una dichiarazione a ciò indirizzata, nel rispetto del regime di pubblicità previsto dall'articolo 96 del codice di commercio. Il nuovo approccio trovò ben presto accoglimento anche presso una parte della dottrina, la quale sosteneva che la morte del socio non comportava alcuna distrazione del patrimonio sociale dall'esercizio in comune dell'attività economica, potendo solo una specifica manifestazione di volontà in tal senso, nelle forme dell'articolo 96 del codice del commercio, sortire tale effetto (C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1929, p. 455; A. ROCCO, *La continuazione della società con gli eredi del socio illimitatamente responsabile*, in *Studi di diritto commerciale*, I, Roma, 1933, p. 237; cfr. M. CASTELLANO, *Sulla continuazione della società in caso di pluralità di eredi*, in *Riv. soc.*, 1980, p. 775).

superstiti»⁶, vi è chi vede, nella stessa successione progressiva delle soluzioni *ex lege* previste in via alternativa, l'assenza di un qualsivoglia *favor* del legislatore per la più efficiente prosecuzione dell'attività sociale⁷.

In effetti, anzitutto non v'è ragione di ritenere che la prima ipotesi ivi contemplata, ovvero lo scioglimento della società, si collochi in funzione dell'assunzione da parte dell'erede dello *status* di socio, precedentemente in capo al *de cuius*: la fattispecie ora menzionata si muove indubbiamente nella direzione opposta, attribuendo giuridico rilievo alle qualità personali del defunto quale elemento imprescindibile per la continuazione dell'attività. L'attribuzione della qualità di socio all'erede è, invece, finalizzata in via strumentale ed esclusiva alla sola tutela di quest'ultimo nell'ambito della fase liquidatoria, attuando così una logica completamente diversa rispetto a quella sottesa all'effetto della successione nell'attività sociale.

La seconda opzione contemplata dalla norma in parola, ossia quella della liquidazione della quota agli eredi secondo i criteri di cui all'articolo 2289 cod. civ., si presenta altrettanto non coerente con le esigenze di continuità generazionale menzionate. Anche ammettendone la conciliabilità con la necessità di prosecuzione dell'attività della società, occorre rilevare come il fenomeno assuma un carattere statico, fondato sulla contrazione del numero dei soci a fronte di una continuità nell'impresa in assenza di avvicendamenti successori.

Residua, quindi, la terza via astrattamente indicata dal legislatore, ovvero quella della continuazione della società con gli eredi: a norma del disposto ora richiamato, la partecipazione alla società da parte del successore del socio defunto, in sostituzione di quest'ultimo, non si attuerebbe *iure hereditatis*, ma per atto tra vivi, in

⁶ F. TASSINARI, *Clausole in funzione successoria negli statuti delle società di persone*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 935. È importante rilevare, tuttavia, che lo scioglimento della società diverrà ineludibile qualora la partecipazione del socio defunto dovesse, secondo l'espressione dell'articolo 1420 cod. civ., «considerarsi essenziale». Di conseguenza, si avrà scioglimento della società per impossibilità sopravvenuta di conseguire l'oggetto sociale a norma dell'articolo 2272 n. 2 cod. civ.

⁷ S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, Milano, 2002, p. 38.

virtù dell'adesione dell'erede al contratto sociale⁸: di qui la denominazione di "accordo di continuazione" attribuita al nuovo contratto che verrebbe così concluso tra soci superstiti ed eredi⁹. Questi ultimi entrerebbero, pertanto, in società in base a un vero e proprio contratto stipulato con i consoci del *de cuius*, da identificarsi nell'«accordo negoziale costituito da una accettazione (consenso degli eredi del socio defunto) della proposta contenuta nella delibera di continuazione presa dai soci superstiti»¹⁰, fermo restando che i nuovi soci non sarebbero tenuti ad eseguire alcun conferimento in società, per l'effetto di quello già eseguito dal socio defunto.

A fronte delle delineate ipotesi espressamente disciplinate, il codice ha tuttavia inteso riservare uno spazio alla regolamentazione convenzionale delle parti, consentendo ai soci, attraverso la particolare ampiezza della formula adottata ("salvo contraria disposizione del contratto sociale"), di operare una scelta più incisiva sotto il profilo successorio. Si è pertanto concluso nel senso che «la disposizione derogatoria contenuta nell'articolo 2284 cod. civ. rappresenta [...] un punto di equilibrio tra l'opportunità di assecondare le esigenze, peraltro manifestatesi già sotto il vigore del codice di commercio, di favorire la continuità

⁸ Conforme Tribunale Bologna, 8 agosto 1994, in *Le società*, 1994, p. 1401. *Contra* M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, pp. 496 e ss., secondo il quale gli effetti dell'apposito atto di consenso previsto dall'articolo 2284 cod. civ. risalgono a un momento precedente, posto che «il titolo della [loro] posizione di soci trova la sua fonte nella aperta successione del *de cuius*; di conseguenza, gli eredi non entrano in società in dipendenza di un negozio *inter vivos*».

⁹ Parla di "contratto di continuazione" anche R. COSTI, *Società in generale, società di persone, associazione in partecipazione*, Torino, 1991, p. 594. È ovvio che «la volontà concorde dei soci superstiti e degli eredi, necessaria al fine della ricostituzione del rapporto sociale, può tacitamente manifestarsi attraverso la continuazione della gestione in comune dell'attività sociale anche nel caso d'identità soggettiva tra gli stessi, dovendosi in tali casi disinvestire tempestivamente la quota per continuare la gestione solo relativamente alla partecipazione precedentemente detenuta» (Appello Cagliari, 16 settembre 1985, in *Riv. giur. sarda*, 1986, p. 784; conforme Tribunale Roma, 19 giugno 1984, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Società*, p. 666).

¹⁰ F. MONACO, B. MORGNI, *Conseguenze della morte del socio nella società di persone: rassegna*, in *Riv. not.*, 1989, p. 398.

della società, da un lato, e il rifiuto di legittimare una vera e propria vicenda successoria della quota (a responsabilità illimitata), dall'altro lato»¹¹.

La diffidenza del legislatore trae fondamento dalla circostanza che proprio la indiscriminata facoltà di trasmettere la posizione di socio, escludendo per i superstiti qualsiasi possibilità di controllo circa le qualità personali dei soggetti subentranti, può confliggere con l'obiettivo dell'efficienza della stessa successione rispetto al perseguimento delle finalità sociali. Su tale rilievo, del resto, si fonda un elemento di distinzione particolarmente forte tra le società di capitali e di persone: mentre per queste ultime la regola legale della modificabilità del contratto soltanto con il consenso di tutti, salva espressa deroga introdotta dai fondatori (o successivamente con decisione comunque unanime dei soci), è idonea ad escludere in radice questo pericolo, viceversa lo stesso incombe in materia di società di capitali, ove il principio della libera trasferibilità della partecipazione nella società, salvo diversa disposizione dello statuto (articolo 2355 *bis* cod. civ., con riguardo alle società per azioni) o dell'atto costitutivo (articolo 2469 cod. civ., con riferimento alle società a responsabilità limitata), può manifestarsi in contrasto con le esigenze di un gruppo sociale costituito da un numero ristretto di soggetti, ove avvertita sia la necessità di salvaguardare la formazione della compagine sociale originaria.

Tale è la ragione per cui, nell'analisi dei profili successori che involgono le partecipazioni nelle società di capitali che sarà qui condotta, non si può trascurare di porre mente ai corrispondenti aspetti della circolazione delle quote di partecipazione nelle società personali, potendo da ciò, con gli opportuni adattamenti, trarre spunto per individuare una soluzione alle problematiche che invece ancora si palesano con riferimento alle prime.

In virtù delle considerazioni sinora esposte, si avverte quindi la necessità di dedicare apposito spazio allo studio delle clausole¹² che hanno l'effetto principale - quasi

¹¹ S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, op. cit., p. 43.

¹² In dottrina si è evidenziato il frequente ricorso, anche nel contesto codicistico, ad un uso promiscuo dei termini "clausola", "patto" e "convenzione". Con particolare riferimento all'espressione polisensa "clausola" si è appurato che «la clausola non è che il mezzo di articolazione della volontà negoziale ed essa rappresenta quindi l'unità molecolare della volontà materiata

sulla scorta delle opzioni legali suggerite per le società personali dall'articolo 2284 cod. civ. - di escludere o limitare l'ingresso in società del successibile del socio defunto, ovvero, secondo un ordine discendente di vincolatività per i soci superstiti, clausole di consolidazione (dette anche di accrescimento o di concentrazione), patti di prelazione e di opzione a favore degli altri soci nonché clausole di gradimento.

Dall'altro lato, tuttavia, non si può trascurare di svolgere le debite riflessioni in merito a quelle clausole che determinano o favoriscono l'ingresso in società del successibile del socio defunto, ossia - in relazione al margine di discrezionalità lasciato al beneficiario per una sua determinazione sull'ingresso in società - clausole di continuazione facoltativa, obbligatoria e automatica (dette, queste ultime, anche clausole di successione).

2. Recenti sviluppi nella disciplina codicistica delle società di capitali

Giova osservare che, nell'esame concreto delle plurime tipologie di clausole destinate a disciplinare la sorte della singola partecipazione sociale in ipotesi di morte del socio è frequente imbattersi in pattuizioni, che, proprio in forza del principio di autonomia contrattuale che le anima, risultano arricchite di ulteriori elementi negoziali ovvero presentano peculiarità tali da permettere di ascriverle a più d'una delle fondamentali categorie che si è cercato innanzi di delineare: a titolo esemplificativo, si può pensare alle clausole limitative dell'ingresso in società dei successibili del socio defunto, operanti solo ove questi ultimi non rientrino in predeterminate categorie riservate; oppure, alle convenzioni predisposte non solo in favore dei soci superstiti, ma pure di soggetti terzi, estranei rispetto alla

nell'atto, quale contenuto eventuale e non essenziale di esso, in quanto il termine già nel diritto comune non ha un significato circoscritto alla designazione degli elementi accidentali di negozi giuridici e [...] conviene ad ogni patto con cui le parti stabiliscono le rispettive prestazioni, anche le principali. Di guisa che, come un unico negozio può contenere più clausole, così più clausole possono dar vita a diversi negozi, indipendentemente da una loro eventuale contestualità (perché riunite in un solo documento)» (G. GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, Milano, 1956, pp. 51 e ss.). Su queste basi, nella presente trattazione il termine clausola dovrà essere inteso nella sua più ampia accezione.

composizione della compagine sociale al momento della morte del *de cuius*; ancora, alle pattuizioni aventi ad oggetto solo alcune delle partecipazioni nella società di riferimento¹³.

Alla luce delle svariate modalità con le quali gli appartenenti alla compagine sociale possono decidere di regolamentare - reciprocamente o meno - la destinazione della rispettiva partecipazione, risulta di indubbia utilità rivolgere l'attenzione all'ulteriore riconoscimento tributato in sede di riforma del diritto societario a favore del principio dell'autonomia negoziale vigente nel nostro ordinamento. Con tale intervento la meritevolezza degli interessi sottostanti all'introduzione delle cosiddette clausole statutarie di predisposizione successoria o delle pattuizioni comunque volte a disciplinare la sorte della partecipazione sociale a seguito del decesso di uno dei soci è stata, quindi, formalmente riconosciuta anche nell'ambito delle società di capitali: con il d. lgs. del 17 gennaio 2003, n. 6 si è provveduto alla modifica delle disposizioni di cui agli articoli 2355 *bis*, 2437, 2437 *bis*, 2437 *ter*, 2437

¹³ A questo proposito è utile richiamare il contenuto della massima n. 95/2005 resa dal Consiglio Notarile di Milano con la quale si è precisato che «è legittima la previsione statutaria di diverse regole di circolazione delle azioni di s.p.a. o delle partecipazioni di s.r.l., che siano applicabili non già a tutte le azioni o partecipazioni emesse dalla società, bensì solo ad alcune di esse. Tale facoltà – che incontra ovviamente i medesimi vincoli imposti dalla legge per la generalità delle azioni o partecipazioni sociali – può riguardare sia le clausole comportanti limiti alla circolazione in senso proprio (ad es. prelazione, gradimento, etc.), sia le altre clausole riguardanti in senso lato il trasferimento delle azioni (ad es. tecniche di rappresentazione delle azioni, riscatto, recesso convenzionale, etc.). In queste circostanze, il diverso regime di circolazione dà luogo: (i) nella s.p.a., a diverse categorie di azioni ai sensi dell'articolo 2384 cod. civ., ciascuna delle quali caratterizzata dalle regole statutarie ad essa applicabili; (ii) nella s.r.l., a diritti particolari dei soci ai sensi dell'articolo 2468 cod. civ., spettanti ai singoli soci cui si applica il diverso regime di circolazione». Ciò può concretarsi nell'applicazione di un determinato vincolo al trasferimento di determinate partecipazioni, in base alla categoria di loro appartenenza ovvero al soggetto che ne risulta titolare, oppure, con un grado maggiore di complessità, nell'attribuzione differenziata di diverse posizioni giuridiche soggettive, inerenti o derivanti dalle clausole limitative della circolazione, nei confronti di più categorie di partecipazioni o di diversi soci: si pensi, a titolo esemplificativo, alla clausola di prelazione che gravi solo su una parte delle azioni e attribuisca il diritto di preferenza ai titolari di un'altra categoria di azioni.

quater cod. civ. in materia di società per azioni e di cui agli articoli 2469 e 2473 cod. civ. in tema di società a responsabilità limitata.

In tale occasione il legislatore ha provveduto a un ampliamento dell'autonomia già in precedenza riconosciuta ai privati sul fronte della destinazione della partecipazione societaria, ribadendo il limite inderogabile, nell'ipotesi di morte del socio, della salvaguardia del valore economico da attribuirsi ai successori del defunto, peraltro, già sancito espressamente in tema di società di persone all'articolo 2284 cod. civ. con rinvio all'articolo 2289 cod. civ. Essendosi in tal modo esteso il novero delle clausole considerate legittime, si è provveduto, correlativamente, ad un aumento delle ipotesi in cui al socio compete il diritto di recesso dalla società¹⁴.

Riservando al prosieguo una più puntuale analisi del contenuto delle disposizioni oggetto di recente riforma, occorre evidenziare che le norme ora richiamate (in particolare gli articoli 2284, 2355 *bis* e 2469 cod. civ.), nel valorizzare il principio di autonomia contrattuale cui si accennava poc'anzi, evocano tutte la possibilità di introdurre convenzionalmente una disciplina diversa da quella dettata *ex lege*, attraverso l'inserimento di opportune disposizioni rispettivamente nel "contratto sociale", nello "statuto" o nell'"atto costitutivo" della società¹⁵.

¹⁴ Occorre precisare come anche a tale riguardo sia stata data preminente rilevanza all'autonomia negoziale, facendo salva ogni altra diversa disposizione statutaria (articolo 2437, comma secondo, cod. civ.): pertanto, l'introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione delle partecipazioni non può considerarsi legittima causa di recesso ove ciò sia escluso da apposita clausola statutaria. A fronte di tale espressa previsione, parte della dottrina ha evidenziato l'esistenza di un duplice ordine di cause di recesso: indisponibili (quelle di cui all'articolo 2437, comma primo) e disponibili (quelle, invece, contemplate dall'articolo 2437, comma secondo) (F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, op. cit., p. 391).

¹⁵ Sull'utilizzo dell'espressione "contratto sociale" in luogo di "statuto" cfr. la disciplina di cui al *GmbHG*, in §§ 2, 3, 53 u.a. A questo proposito P. ULMER, *Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?*, in *Festschrift für Winfried Werner*, Berlin-New York, 1984, pp. 914 e ss., rileva che „Die Satzung oder – wie das GmbHG formuliert – der „Gesellschaftsvertrag“ der GmbH bildet die Rechtsgrundlage der Gesellschaft und ihrer Beziehungen zu den Gesellschaftern“ («Lo statuto o - come recita la GmbHG. - il contratto sociale della GmbH costituisce il fondamento giuridico della società e delle sue relazioni con i soci»).

Si rende pertanto opportuno chiarire il significato e l'accezione dei termini ora indicati, ponendoli in particolare a raffronto con altri strumenti di natura negoziale, frequentemente utilizzati nella prassi e meglio noti come “patti parasociali”.

CAPITOLO II

DECESSO DEL SOCIO E SORTE DELLA PARTECIPAZIONE SOCIALE: LA DISCIPLINA CONVENZIONALE

Si è già evidenziato come, in linea di principio, il legislatore abbia inteso riservare alla sfera dell'autonomia privata ampia facoltà di disciplinare, in via alternativa rispetto alle soluzioni *ex lege* proposte, la sorte della partecipazione sociale a seguito della morte di chi ne era titolare. A norma degli articoli 2284, 2355 *bis* e 2469 cod. civ., siffatte disposizioni di natura convenzionale, per le società di persone, trovano spazio nel contratto di società, mentre per le società di capitali, sono inserite o nello statuto della società per azioni (e, in forza del rinvio di cui all'articolo 2454 cod. civ., della società in accomandita per azioni) o nell'atto costitutivo della società a responsabilità limitata. La prassi, tuttavia, dimostra che pattuizioni di analoga natura trovano spesso collocazione in altri strumenti di carattere negoziale sottoscritti dai soci, i quali finiscono con l'assumere un ruolo astrattamente paragonabile a quello delle fonti normative summenzionate: si tratta dei cosiddetti patti parasociali, sulla discussa natura dei quali è necessario ora soffermarsi brevemente, posto che dalle diverse ricostruzioni offertene in dottrina e giurisprudenza discendono importanti conseguenze sul piano della validità, efficacia ed opponibilità a terzi delle clausole ivi contenute.

1. Il ruolo dei patti parasociali accanto al contratto sociale

Nel procedere, in particolare, nell'analisi dei tratti distintivi che i patti parasociali assumono rispetto agli accordi di natura sociale, si deve anzitutto prendere cognizione dell'inesistenza di una definizione codicistica dei primi, a fronte, invece, della nozione di "contratto di società" delineata dall'articolo 2247 cod. civ., quale contratto con il quale due o più persone si accordano per conferire beni o servizi ai fini dell'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili. Vero è che la materia ha conosciuto recentemente degli sviluppi: la riforma intervenuta con il decreto legislativo n. 6 del 2003 ha, infatti, finalmente introdotto,

benché limitatamente all'ambito delle società per azioni¹, una disciplina specifica in tema di patti parasociali (articolo 2341 *bis* cod. civ.); tuttavia non è ancora stata introdotta dal legislatore una precisa nozione di questa categoria negoziale di origine prettamente dottrinale². Allo stato attuale si può, quindi, affermare che se da un lato, con contratto di società, si designano congiuntamente, seguendo l'antica e diffusa opinione consolidatasi per le società per azioni, l'atto costitutivo, nel quale è manifestata la volontà delle parti di dar vita al rapporto sociale, e lo statuto, contenente le norme di funzionamento della società (e costituente con il primo un unitario contratto³), dall'altro lato, il concetto di "patto parasociale" finisce con

¹ Ciò non esclude che tali patti possano riguardare altri tipi di società per i quali resterà applicabile la disciplina generale dell'autonomia privata e dei contratti (in tal senso la Relazione ministeriale al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6).

Sostengono la possibilità di una applicazione analogica dell'articolo 2341 *bis* cod. civ. o si riferiscono a tale norma per individuare, anche per differenza, la disciplina applicabile ai patti di società a responsabilità limitata, R. COSTI, *I patti parasociali nella nuova società a responsabilità limitata*, in *La nuova disciplina della responsabilità limitata*, a cura di L. SANTORO, Milano, 2003, pp. 320 e ss. (il quale sostiene l'ammissibilità di accordi per la società a responsabilità limitata di durata ultraquinquennale); D. PROVERBIO, *I patti parasociali: teoria e prassi*, Milano, 2004, p. 11; M. LIBERTINI, *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum a cura di G. CAMPOBASSO, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE, Torino, 2006, IV, pp. 492 e ss.; M. VENTORUZZO, *Sindacati di voto a "tempo indeterminato" e diritto di recesso dei paciscenti nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2006, I, pp. 583 e ss. *Contra*, F. TASSINARI, *I patti parasociali e le obbligazioni del socio a titolo diverso dal conferimento*, in AA. VV., *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, pp. 490 e ss., il quale evidenzia che «la scelta di introdurre nell'ordinamento una disciplina generale dei patti parasociali limitatamente alle società azionarie [...] sembra assumere, in definitiva, il significato di una precisa statuizione negativa relativamente alla possibilità di estendere in tutto o in parte la disciplina stessa alle s.r.l.».

² Occorre segnalare che, prima della riforma, già il decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.), dedicava gli articoli 122 e 123 alla disciplina dei patti parasociali nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano.

³ L'articolo 2328 cod. civ. ha infatti precisato che «lo statuto [...] costituisce parte integrante dell'atto costitutivo. In caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde». Secondo una parte della dottrina, posto che il decreto legislativo n. 6 del 2003 mantiene la distinzione tra atto costitutivo e statuto solo con riferimento alle società per azioni (e, per il rinvio legislativo, anche alle società in accomandita per azioni) e non anche alle società a responsabilità limitata (per le quali, anzi, l'articolo 2463 n. 7 cod. civ. richiede che l'atto

l'indicare, in via residuale, ogni diverso accordo con il quale, superando quanto previsto nel regolamento della società, i soci o parte di essi regolano, eventualmente insieme a terzi, uno o più profili concernenti l'esecuzione del rapporto sociale⁴. Dottrina e giurisprudenza hanno più volte rimarcato la complementarità o, eventualmente, l'antiteticità del contenuto degli accordi parasociali rispetto al contratto di società, potendo i primi porsi in aggiunta ovvero in contrasto con il dettato di quest'ultimo. Secondo l'opinione tradizionalmente accolta dalla dottrina, per contratti (o patti o convenzioni) parasociali si intendono «gli accordi stipulati dai soci (da alcuni o anche da tutti), fuori [...] dall'atto costitutivo o dallo statuto [...], per regolare *inter se* o anche nei rapporti con la società, con organi sociali o con terzi, un loro interesse o una loro condotta sociale»⁵. La collocazione delle pattuizioni in parola al di fuori del contratto sociale trova la propria ragione nel fatto che il senso del parasociale è sì di separazione dal regolamento legale e statutario del rapporto sociale, ma anche di coesistenza, di affiancamento e di collegamento con quest'ultimo⁶: alla separazione nella fonte - perché questi accordi

costitutivo indichi disposizioni normalmente contenute nello statuto), ne discenderebbe che lo statuto di tali società forma atto separato dall'atto costitutivo. Per quanto concerne invece le società di persone, si noti che la mancanza di procedimenti e forme per la costituzione del sociale rende ancor più rilevante la ricerca del criterio con cui discernere l'accordo avente natura sociale da quello di carattere meramente parasociale (sempre che, anche nell'ambito delle società di persone, si possa invocare l'esistenza di tale categoria di pattuizioni: per una risposta affermativa, con riguardo a una società in nome collettivo, Tribunale Napoli, 18 febbraio 1997, in *Le società*, 1997, pp. 935 e ss.).

⁴ G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, pp. 1 e ss.

⁵ G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 517. Dello stesso tenore la ricostruzione recentemente offerta dalla giurisprudenza, secondo la quale trattasi di convenzioni attraverso le quali «sia in sede di costituzione sia durante la vita societaria, alcuni soci possono regolare i rapporti tra di loro in modo difforme o complementare rispetto a quanto previsto dall'atto costitutivo o dallo statuto della società» (Cassazione, 23 novembre 2001, n. 14865, in *Giur. comm.*, 2002, II, pp. 666 e ss.).

⁶ È da ricordare, che richiamandosi alla duplice valenza (di affiancamento e separazione) che i patti parasociali possono assumere nei riguardi del contratto sociale, parte della dottrina ha introdotto la distinzione tra *a*) patti parasociali complementari, che mirano ad assicurare un vantaggio alla società, affiancandosi ed integrando la disciplina sociale e *b*) patti parasociali collaterali, che hanno per oggetto la partecipazione sociale (G. SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, p. 42 e ss.).

sono geneticamente da ricondurre a negozi distinti dal contratto di società - si riconduce, quindi, la differenza nell'efficacia, perché il vincolo che ne nasce non ha - in linea di principio - la consistenza e la rilevanza propria del rapporto sociale, come fra poco meglio si dirà.

2. Patti parasociali e contratto sociale: proposte per un'identificazione

Questi *schuldrechtliche Nebenabreden* (ovvero patti accessori obbligatori), come definiti dalla dottrina tedesca nel valorizzare la duplice connotazione (di contestuale separazione e affiancamento) innanzi descritta, possono assumere anzitutto la natura di contratti sinallagmatici, quando la prestazione di un parasocio trovi la propria contropartita nella controprestazione di un altro parasocio (o di tutti gli altri parasoci); gli stessi patti possono, tuttavia, anche configurarsi come accordi plurilaterali (quali sono propriamente i contratti di società), nei quali fondamentale diviene non l'esistenza di un rapporto di corrispettività, bensì la comunanza di scopo condivisa da tutti i paciscenti. La frequenza con la quale tali ultimi accordi ricorrono nella prassi ha indotto taluno ad affermare che «i patti di sindacato sovente assumono caratteri più prossimi a quelli propri dei contratti associativi che non dei contratti di scambio: la disciplina minuta di tutti i suddetti passaggi procedurali si accompagna a previsioni di tipo organizzativo – spesso con l'istituzione di veri e propri organi deliberativi e di gestione del patto – che finiscono con il configurare il patto medesimo come una struttura complessa, quasi essa stessa personificata ad imitazione delle strutture societarie vere e proprie»⁷.

L'accostamento dei patti parasociali ai contratti associativi, sin tanto da giungere alle conclusioni ora riportate, può, però, determinare il sorgere di alcune problematiche nello scindere quanto effettivamente si possa ritenere sociale da quanto, invece, abbia natura meramente parasociale. Plurimi interventi in dottrina hanno cercato di trovare una soluzione al quesito, proponendo, di volta in volta, un criterio per distinguere tra la sfera del sociale e del parasociale; la ricerca, tuttavia, pare essersi arenata dinanzi al rilievo che l'unico parametro fondamentale di discernimento non

⁷ R. RORDORF, *I sindacati di voto*, in *Le società*, 2003, pp. 19 e ss.

può che rimanere quello della valutazione dell'effettivo intento perseguito dalle parti.

Per diverso tempo si è ritenuto diffusamente di poter basare la distinzione tra pattuizioni attinenti al piano del sociale e del parasociale su un mero dato formale, ovvero l'osservanza o meno dei procedimenti e delle forme previsti per la stipulazione e la modificazione dell'atto costitutivo e dello statuto, assumendo, quindi, che tutto ciò che si trova all'interno dell'atto costitutivo e dello statuto sarebbe sociale, mentre ciò che ne resta fuori sarebbe parasociale⁸. L'inadeguatezza del criterio così suggerito appare tuttavia evidente sol che si consideri che, secondo i noti principi generali, la diversa forma adottata dalle parti non è certamente in grado di mutare la sostanza dell'accordo intervenuto⁹.

⁸ R. COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 201 e ss.

⁹ Si tenga tuttavia presente che non sempre la mancata osservanza delle regole procedurali tipiche degli accordi sociali consente la riconduzione della fattispecie al parasociale, ben potendo la disapplicazione risolversi in un vizio del sociale: in tal caso occorre tener presente che altro è il sociale viziato, quindi inesistente o invalido o inefficace, altro il parasociale. Al riguardo G. OPPO, *Contratti parasociali*, op. cit., p. 22, evidenzia che «né [...] quando per il singolo accordo non sia stata osservata la forma del contratto potrà sempre affermarsi la sua validità extrasociale: se esso non può configurarsi che come un patto sociale o se tale fu comunque considerato dalle parti, per la mancata inserzione nel contratto sociale dovrà aversi il più delle volte per tacitamente abbandonato», salvo che si accertino gli estremi della conversione, peraltro da escludersi, secondo la stessa dottrina «non essendo in massima configurabile un intento “equivalente” a quello irrealizzabile, e ciò anche a prescindere dal problema [...] della “meritevolezza” del parasociale che collida con una regola societaria» (G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, op. cit., pp. 520 e ss.).

Da altra dottrina (G.A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. soc.*, 1991, pp. 654 e ss.) si è rilevato *in primis* che, a norma dell'articolo 1367 cod. civ., il dilemma tra sociale e parasociale non può che risolversi in favore del secondo, laddove il primo conduca all'invalidità della clausola; ciò non toglie che il principio di conservazione, quale è enunciato dalla disposizione ora citata, si esplica solo in quanto non consti la volontaria scelta del negozio invalido, ponendosi altrimenti il già menzionato problema della conversione, *ex art.* 1424 cod. civ., del negozio. In questa ipotesi, secondo la dottrina citata, le condizioni alle quali il patto sociale sarebbe realmente convertibile in patto parasociale sarebbero le seguenti: (1) la regola sociale viziata non deve essere convertibile in altro patto sociale valido (in tal senso, a titolo

Dinanzi all'insufficienza del parametro meramente formalistico, la dottrina tradizionale ha quindi coniato il criterio della direzione del vincolo, in virtù del quale la distinzione del patto parasociale dal contratto sociale si coglie nel «carattere individuale e personale del vincolo prodotto dal negozio, contrapposto al carattere sociale degli obblighi che si richiamano alla legge della società, sì che resta esclusa per il primo quella particolare efficacia che e nei rapporti sociali e in quelli con i terzi ha il regolamento sociale (legale o statutario) del rapporto sociale»¹⁰. Conseguentemente, seguendo questa impostazione, si avrebbe una pattuizione parasociale laddove il vincolo obbligatorio nasce «destinato a spiegare la sua efficacia tra due o più soci *uti singuli*, o anche fra un socio ed un organo sociale, ed al quale resta estranea la società»¹¹.

Tale ricostruzione incontra, però, un duplice ostacolo: anzitutto non pare idonea a fornire un'esaustiva spiegazione della natura dei patti che non assumono struttura propriamente sinallagmatica, ma si caratterizzano piuttosto per il perseguimento da parte dei paciscenti di uno scopo comune; in secondo luogo, appare indubbiamente tautologica l'individuazione del ricercato elemento di distinzione tramite

esemplificativo, dinanzi ad una inefficace o invalida clausola di mero gradimento inserita nello statuto di una società per azioni, andrebbe valutata *in primis* la possibilità di conversione della stessa in clausola, sempre sociale, di non mero gradimento e, solo dopo, in ipotesi di insuccesso, l'eventualità di conversione in patto parasociale; cfr. Tribunale Roma, 13 febbraio 1947, in *Foro it.*, 1947, I, p. 933: la sentenza, dopo aver giudicato nulla la delibera unanime di trasformazione di una società per azioni in cooperativa, ne ammetteva la conversione in atto costitutivo della cooperativa); (ii) è necessario che sia viziato l'intero negozio, non potendo venire in rilievo un problema di conversione quando possa operare il principio della nullità parziale, codificato nell'articolo 1419 cod. civ.: non sarebbero, pertanto, suscettibili di conversione gli invalidi o inefficaci patti sociali di natura meramente accessoria sin dall'inizio presenti nell'atto costitutivo o nello statuto (quali una clausola di mero gradimento coeva alla nascita delle società, da trattare alla stregua di clausola nulla ed improduttiva di effetti, ma per questo non incidente sulla validità dell'intera regolamentazione sociale); (iii) la conversione nel parasociale deve essere in grado di realizzare lo scopo perseguito dalle parti e, al contempo, non deve sfociare in un patto extrasociale che a sua volta incontri i medesimi (o altri) ostacoli legali (a titolo esemplificativo, nel perseguimento di uno scopo illecito, eventualmente anche in contrasto con il tipo sociale prescelto).

¹⁰ G. OPPO, *Contratti parasociali*, op. cit., p. 2.

¹¹ G. OPPO, *Contratti parasociali*, op. cit., pp. 40 e ss.

un'indagine condotta *a posteriori*, ovvero traendo dall'efficacia del negozio le valutazioni sulla natura dello stesso.

Cercando di superare le obiezioni da ultimo riportate, altra dottrina ha invitato a compiere un passo ulteriore rispetto all'opinione citata, considerando quale sia la struttura che assume, in funzione dell'accordo, la posizione soggettiva in capo al socio: seguendo la logica proposta, qualora venga in rilievo la posizione di quest'ultimo come membro all'interno della società, si potrà ravvisare una clausola statutaria; laddove, però, la situazione soggettiva sia attribuita al socio direttamente nei confronti degli altri soci non si potrà negare di trovarsi dinanzi ad un patto parasociale¹². Emblematico l'esempio della clausola di prelazione (sulla quale ci si soffermerà ampiamente nel prosieguo): pur rimanendo ancora accese le dispute in merito all'individuazione dei precisi interessi sottesi a tale pattuizione, l'orientamento della giurisprudenza (contrariamente a quello della dottrina) pare essersi attestato nel senso che il patto di preferenza va considerato senz'altro di natura parasociale nell'ipotesi normale in cui il vincolo venga reciprocamente (l'uno verso l'altro) assunto dai soci, e, all'opposto, va inteso quale vera clausola statutaria, di natura pertanto sociale, quanto meno quando la volontà del socio alienante vada comunicata alla società, a cui spetta il diritto di prelazione, oppure all'organo esecutivo, cui si conferisce il potere di sostituire l'acquirente segnalato dal socio alienante con altro più gradito.

¹² D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, pp. 181 e ss. In tal senso, una parte minoritaria della giurisprudenza ritiene che «il problema è di verificare solo chi sia il soggetto titolare dell'interesse a cui favore è negoziato il limite e chi sia il soggetto contro il quale il limite è negozialmente imposto. Né l'individualità del diritto può essere esclusa dal fatto che la prelazione non è essenziale e esclusiva alla posizione giuridica di socio. È questa una affermazione che prova il contrario di quanto si vuole sostenere: la natura individuale e non sociale del diritto scaturente dalla clausola di prelazione nasce proprio dal fatto che essa non è strettamente collegata alla natura di socio» (Appello Milano, 7 febbraio 1989, in *Riv. dir. comm.*, II, p. 265). Cfr. Cassazione, 1 luglio 2008, n. 17960, in *Le società*, 2009, II, pp. 170 e ss., che, con riguardo ad una clausola di gradimento inserita nello statuto della società che rimette alla determinazione unanime dei soci riuniti in sede assembleare l'ingresso di nuovi soci, valorizza la rilevanza del parasociale in forza dell'interesse individuale inteso come pertinente al socio personalmente e in contrapposizione a quello sociale, riferibile cioè al socio nella sua qualità di membro di un gruppo organizzato.

Anche il criterio distintivo tra sociale e parasociale fondato sulla natura della situazione soggettiva del socio e, in ultima analisi, sul tipo di interesse sottostante sconta, però, la propria inadeguatezza a fronte degli svariati fini perseguibili con le pattuizioni in esame: infatti, se, da un lato, vi sono accordi, quali quelli sulla ripartizione degli utili tra i soci, ove si riscontra precipuamente il solo interesse individuale di questi ultimi, dall'altro lato, esistono patti parasociali caratterizzati dal coinvolgimento di un indiretto interesse sociale, dal quale potrebbe originarsi pure una pretesa della società verso i parasoci promittenti se fosse stato adottato lo schema del contratto a favore di terzo.

Pur richiamandosi alla natura dell'interesse sotteso alla pattuizione, altra dottrina ha inteso proporre, quale parametro di differenziazione tra sfera sociale e parasociale, quello della verifica dell'idoneità o meno della clausola a contribuire all'organizzazione societaria¹³. Seguendo questo ragionamento, una disposizione potrebbe dirsi sociale qualora presenti una natura organizzativa e risulti pertinente a interessi non esclusivamente individualistici dei soci. Ciò non significa che il contenuto del contratto sociale (atto costitutivo o statuto) esaurisca la disciplina dell'aspetto organizzativo della società, non lasciando margini di regolamentazione ad altre fonti convenzionali, ovvero, in via simmetrica ed opposta, rivesta in tutte le sue parti una rilevanza per l'organizzazione dell'ente collettivo. Riprendendo, astrattamente, l'esempio della clausola di prelazione, si nota, infatti, che la stessa non rientra *a priori* nell'organizzazione della società, eppure regola una situazione interessante la sfera dei soci che può riproporsi nel corso della vita sociale e influire notevolmente sull'organizzazione dell'ente.

¹³ C. ANGELICI, *La costituzione delle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XVI, Torino, 1985, pp. 234 e ss. Degna di nota altra dottrina, la quale osserva che essendo «il contratto associativo finalizzato [...] ad un'attività comune [...] le norme contrattuali, pertanto, non servono a disciplinare un rapporto diritto-obbligo tra le parti, ma le modalità attraverso le quali gli associati possono incidere sulla attività del gruppo ed attraverso le quali i risultati di tale attività dal gruppo si riflettono sui singoli. Non siamo dunque dinanzi a norme di relazione in senso stretto, bensì dinanzi a norme di organizzazione» (L. FARENGA, *Spunti ricostruttivi in tema di prelazione convenzionale societaria*, nota a Appello Milano, 7 febbraio 1989, cit., p. 265).

La corrente di pensiero ora richiamata, peraltro, pare porsi sulla stessa linea di quella dottrina tedesca che distingue tra parti del contratto sociale da designarsi come “corporative”, “materiali” o “pure” (*korporative, materielle, echte, notwendige, körperschaftliche Satzungsbestandteile*) e parti, per converso, da qualificarsi come “non corporative”, “formali” o “impure” (*nichtkorporative, formelle, unechte, fakultative, individualrechtliche Satzungsbestandteile*)¹⁴.

¹⁴ H. WINKLER, *Materielle und formelle Bestandteile in Gesellschaftsverträgen und Satzungen und ihre verschiedenen Auswirkungen*, in *DnotZ*, 1969, pp. 394 e ss.; W. ZÖLLNER, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1971, *sub* § 179, pp. 245 e ss.; H. WIEDEMANN, in *Aktiengesetz Großkommentar*, III, Berlin-New York, 1973, *sub* § 179, pp. 4 e ss., il quale rilevato che „die Abgrenzung ist schwierig; sie deckt sich in etwa mit dem Unterschied zwischen Satzung und Geschäftsordnung, wie in ausländischen Recht vielfach anzutreffen ist“ («la delimitazione è difficile; concerne verosimilmente la distinzione tra statuto e ordinamento sociale, come si riscontra più volte nel diritto straniero»), evidenzia che „echte Satzungsbestandteile sind alle Organisationsnormen, die den Bestand und die Struktur des Verbandes oder der Unternehmensführung betreffen: Verlängerung oder Verkürzung der in der Satzung vorgesehenen Dauer der Gesellschaft oder Einführung eines Endtermins bei einer auf unbestimmte Zeit errichteten Aktiengesellschaft; Zahl und Art der organschaftlichen Vertretung; Beginn und Ende des Geschäftsjahres (auch dann, wenn die Satzung schweigt; anders KG, JW 1926, S. 599); Vinkulierung der Aktien (LG Bonn, AG 1970, S. 18, 19); Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels usw.“ («le parti statutarie sostanziali corrispondono a tutte le norme di organizzazione, che riguardano la stabilità e la struttura dell'associazione o dell'amministrazione: proroga o riduzione della durata della società prevista nello statuto o introduzione di un termine finale per una società costituita a tempo indeterminato; numero e tipologia di rappresentanza organica; inizio e fine dell'esercizio sociale (anche nel silenzio dello statuto; contra KG, JW 1926, S. 599); vincoli alle azioni (LG Bonn, AG 1970, S. 18, 19); modifica dei criteri di ripartizione degli utili etc.»); P. ULMER, *Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?*, in *Festschrift für Winfried Werner*, Berlin-New York, 1984, pp. 914 e ss., secondo cui „Der Inhalt der Satzungsurkunde beschränkt sich nicht auf echte („materiell“) Satzungsbestandteile nach Art von Ziff. 1, sondern umfasst je nach Lage des Falles auch sonstige Rechtsbeziehungen. Sie werden allerdings – als bloß deklaratorische („formelle“) Satzungsbestandteile – in der Satzung nur verlautbart, während sich die Begründung, Änderung und Aufhebung außerhalb der Satzung nach den insoweit maßgebenden allgemeinen Rechtsgeschäftsgrundsätzen vollzieht“ («Il contenuto del documento statutario non si limita alle parti sostanziali (materiali) del tipo [suindicato], ma comprende la disciplina concreta degli ordinari rapporti giuridici. Essi sono però solo indicati - come mere parti declaratorie (formali) - nello statuto, mentre la motivazione, modificazione ed esclusione fuori dallo statuto va ricondotta alle condizioni generali del fondamento giuridico dello statuto»); K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1986, pp. 62 e ss.

Le prime comprenderebbero la determinazione degli elementi fondamentali della società (attinenti a denominazione, sede, oggetto, capitale, sistema di amministrazione) nonché la definizione dei diritti ed obblighi tra i soci e la società (concernenti voto, utili, modalità di liquidazione); le seconde riguarderebbero invece disposizioni relative a rapporti dei soci (tra di loro, con la società o con terzi), quali individui *uti singuli* (posto che «*die entsprechenden Rechte und Pflichten haben schuldrechtlichen Charakter und treffen den Gesellschafter persönlich, nicht dagegen in seiner Stellung als Anteilsinhaber*»¹⁵) e non come e in quanto titolari di una partecipazione sociale (ne sarebbero esempio, in particolare, eventuali accordi a favore di terzi da cui sorgono pretese all'informazione, al controllo o al consenso su determinate decisioni).

Anche la distinzione ora illustrata, però, non è in grado di dare opportuna collocazione ad alcune disposizioni di qualificazione *a priori* incerta, se non impossibile, dovendosi allora, anche in via interpretativa, acclararne la natura caso per caso, mediante un'indagine concreta condotta sulla volontà delle parti¹⁶. In questa zona grigia finiscono con il ricadere, pertanto, le clausole che introducono limitazioni al trasferimento delle partecipazioni sociali: di ciò si può trarre conferma dallo stesso dettato codicistico, nell'assetto conferitogli in sede di riforma del diritto societario, laddove l'introduzione dell'articolo 2341 *bis* - che alla lettera b) menziona «i patti in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società [...] pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle

¹⁵ «I diritti e i doveri corrispondenti hanno carattere obbligatorio e riguardano il socio personalmente, non con riferimento alla sua posizione di titolare della partecipazione sociale», H.J. PRIESTER, *Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften*, in DB, 1979, p. 681.

¹⁶ In questo senso H.J. PRIESTER, *Nichtkorporative Satzungsbestimmungen*, op. cit., p. 682, secondo il quale „*das Stimmrecht, Einsichts- und Kontrollrechte, das Recht auf Gewinn und die Liquidationsquote sowie Bestimmungen über Veräußerung und Vererbung von Gesellschaftsanteilen. Bei der letzten Gruppe sind die Grenzen allerdings fließend. Sobald Regelungen zu diesen Punkten nicht einen Bestandteil der Gesellschaftsverhältnissen bilden, sondern nur zwischen einzelnen Gesellschaftern gelten sollen, können sie nichtkorporativer Natur sein*“ («Il diritto di voto, di consultazione e di controllo, il diritto agli utili e alla liquidazione della quota, come le clausole relative all'alienazione e trasmissione ereditaria delle partecipazioni sociali. Con riguardo all'ultima tipologia i confini sono tuttavia labili. Quando le regole su questo punto non si riferiscono a una parte del rapporto sociale, ma devono valere solo tra singoli soci, possono essere norme di natura non corporativa»).

partecipazioni in società che le controllano» - è avvenuta contestualmente alla novellazione di cui all'articolo 2355 *bis*, a sua volta rubricato "limiti alla circolazione delle azioni"¹⁷.

Forte, quindi, dell'indispensabile valutazione del singolo caso concreto ai fini di una corretta qualificazione delle clausole in parola, la prassi ha finito con l'individuare alcuni indici identificativi della loro natura sociale o parasociale.

In primis si è sostenuto che la consueta allocazione delle regole sociali all'interno dell'atto costitutivo o dello statuto e, per converso, l'anomalo inserimento nel contratto sociale di patti extrasociali giustifica l'assunto secondo il quale, senza in alcun modo aderire aprioristicamente ad alcun criterio formalistico e fino a prova contraria, le parti abbiano inteso realizzare un patto sociale¹⁸. Resta fermo che, laddove con quest'ultimo si instauri un rapporto obbligatorio tra singoli soci nominativamente indicati, ciò assume veste parasociale, ponendosi al di fuori della situazione collettiva: le parti, difatti, così manifesterebbero l'intenzione di disancorare la titolarità attiva o passiva del rapporto creato dalla riferibilità ai soci della partecipazione sociale, al fine di attribuire invece esclusiva rilevanza ai soli soggetti coinvolti nell'accordo¹⁹.

¹⁷ A questo proposito R. COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, op. cit., pp. 204 e ss., sottolinea - per argomentare la validità di un criterio rigorosamente formalistico da porre alla base della distinzione tra accordi sociali e parasociali, con ciò esponendosi però alle critiche già *supra* formulate (p. 15) - che «un patto parasociale può avere un oggetto identico a quello previsto dal contratto sociale (es: esercizio del diritto di voto), ma può anche avere ad oggetto condotte diverse da quelle contemplate nello statuto sociale (es. un accordo commerciale o un impegno fideiussorio)».

¹⁸ R. AMBROSINI, "Sociale" e "parasociale" nella clausola statutaria di gradimento, in *Le società*, 2009, II, pp. 170 e ss., secondo cui «perlomeno per ciò che concerne le clausole limitative della circolazione delle azioni, il combinato disposto degli articoli 2355, comma terzo, e 2479, comma primo, cod. civ. (nel vecchio testo) prevedendo espressamente la fattispecie, è tale da rendere siffatte clausole sempre sociali. [...] ne consegue che, relativamente alla circolazione delle partecipazioni, la clausola statutaria, ma solo parasociale, non esiste».

¹⁹ Diversa è l'ipotesi presa in considerazione da R. COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, op. cit., p. 203, secondo il quale (condivisibilmente) «non vi è nessun ostacolo logico ad immaginare come momento afferente all'organizzazione o comunque alla corporazione societaria in quanto tale

Ove i criteri di natura formale summenzionati non possano essere di valido ausilio, si è ritenuto opportuno tener conto di ulteriori indici rilevanti, quali il rapporto tra la struttura della società, in relazione al tipo sociale adottato, e il contenuto della regola enunciata nell'accordo.

Un esempio pratico può certamente contribuire a comprendere il significato di quanto ora esposto: dinanzi ad un patto di incerta qualificazione (eventualmente nelle forme di una clausola di prelazione) contenuto nello statuto di una società a responsabilità limitata a cui le parti hanno inteso conferire un'accentuata struttura personalistica diversi fattori inducono a concludere per la sua natura corporativa²⁰.

In tal senso depone pure il terzo comma dell'articolo 2468 cod. civ., che nella sua nuova formulazione fa salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili. Conseguentemente, anche una clausola del contratto sociale che riconoscesse a un particolare soggetto specifici diritti amministrativi non meriterebbe certo di essere considerata di natura parasociale sol

anche una norma che riguardi un particolare socio e che possa cessare di valere quando quel particolare soggetto non sia più socio».

²⁰ In tal senso H.J. PRIESTER, *Nichtkorporative Satzungsbestimmungen*, op. cit., p. 684, secondo il quale „werden Rechte und Pflichten dementsprechend vorwiegend korporativ einzustufen sein, [...] wenn mit der betreffenden Regelung zugleich ein Schutz der Gesellschafter bezweckt wird, wenn etwa zur Vermeidung des Eindringens gesellschaftsfremder Dritter Vorkaufsrechte oder Anbetungspflichten vorgesehen werden“ («i diritti e doveri corrispondenti sono prevalentemente da qualificare come non corporativi, quando con la relativa regola allo stesso tempo sia perseguita la protezione del socio, quando per esempio siano previsti per evitare l'ingresso di un terzo estraneo alla società i diritti di prelazione o di opzione»).

Vale la pena ricordare una pronuncia in materia di società a responsabilità limitata, ove la circostanza che il pagamento dovesse essere effettuato ai soci e non alla società, portò a concludere nel senso che la clausola in esame si atteggiava come un tipico patto parasociale, in quanto diretta a soddisfare esclusivamente un interesse extrasociale, ovvero quello personale dei soci: Tribunale Ascoli-Piceno, 6 dicembre 1982, in *Le società*, 1983, pp. 1028 e ss., ha statuito, infatti, l'illegittimità di una clausola dell'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata che così stabiliva «nell'ipotesi che non venga esercitata la prelazione da alcun socio e pur tuttavia non avvenga la vendita al terzo il socio che ha dichiarato di voler cedere la propria quota deve consegnare, senza alcuna formalità, agli altri soci, a titolo di penale convenzionale, una somma corrispondente al trenta per cento del prezzo di vendita comunicato».

perché attribuisce tali diritti a un particolare soggetto e non impersonalmente a una categoria di soci.

Alla luce di quanto esposto, ancora una volta trae conferma, quindi, l'assunto secondo il quale atto costitutivo e statuto non solo non esauriscono il "sociale", ma nemmeno sono confinati nella sfera del "sociale": in questi documenti possono trovare posto ulteriori disposizioni e indicazioni "non corporative" come il parasociale, che tuttavia vanno tenute separate da quest'ultimo e la cui disciplina va ricostruita caso per caso. Per tali motivi in dottrina si è coniato il termine, per nulla ossimorico, di "clausole statutarie parasociali"²¹.

Su un piano astratto e generale, si è condivisibilmente constatato che «il dato individuante [...] del sociale è la sua impersonale afferenza alla partecipazione sociale, e cioè la destinazione della regola al socio come tale, indipendentemente dalla sua identità: sicché dal patto sociale risultano vincolati tutti i soci attuali e futuri della società ovvero – sempre impersonalmente – tutti i soci attuali e futuri

²¹ „In Gesellschaftsverträgen bzw. Satzungen von Kapitalgesellschaften finden sich vielfach Bestimmungen, die zur Satzung nur im formellen, nicht jedoch im materiellen Sinne gehören. Sie bilden zwar formell einen Satzungsbestandteil, da sie in der Satzungsurkunde enthalten sind. Ihnen fehlt aber materiell Satzungscharakter, weil sie nicht nur normativen Grundordnung des Verbands angehören“ («Nei contratti sociali o meglio negli statuti delle società di capitali si trovano molteplici disposizioni, che appartengono allo statuto solo formalmente, non in senso materiale. Esse costituiscono più precisamente dal punto di vista formale una parte dello statuto, posto che sono incluse nel documento statutario. Difettano però sostanzialmente del carattere statutario, perché non appartengono al solo ordine normativo sociale», H.J. PRIESTER, *Nichtkorporative Satzungsbestimmungen*, op. cit., pp. 681). Sottolinea però lo stesso autore che „Das gilt sowohl für Nebenabreden der Gesellschafter, die vor allem bei der Gründung nicht selten sind, als auch für die Frage, inwieweit korporative, das Gesellschaftsverhältnis gestaltende Regelungen außerhalb der Satzung getroffen werden können“ («Ciò vale sia per i patti parasociali, che non sono rari soprattutto al momento della costituzione, sia per la questione relativa alla misura in cui si possono trovare fuori dallo statuto le regole da osservare per l'organizzazione sociale»). Nello stesso senso Appello Milano, 7 febbraio 1989, cit., ove si legge che «nelle clausole di prelazione [...] l'interesse perseguito è eminentemente individuale: quello di evitare modificazioni nel gruppo, sia per ciò che attiene all'aspetto prettamente personale sia per quanto concerne la rispettiva partecipazione di ogni socio [...]. È proprio in coerenza con tale visione, che si afferma la natura "parasociale" della clausola di prelazione, quale che sia la sua collocazione documentale: la circostanza che essa sia inserita nell'atto costitutivo o nello statuto, evidentemente, non incide sul dato ontologico che propone la clausola in esame».

appartenenti ad una determinata categoria (es. azionisti di risparmio), benché nella posizione della regola pattizia sia potuta entrare la considerazione della persona di uno o più soci»; all'opposto, seguendo questa impostazione, il dato individuante del parasociale è stato ravvisato nella sua «afferenza alla persona del (parasocio), nel mentre la partecipazione sociale degrada a mero presupposto del patto avente ad oggetto la regolamentazione di una situazione giuridica derivante dal contratto di società: ciò fa sì che il successivo venir meno del presupposto provochi, almeno di norma, lo scioglimento del vincolo parasociale rispetto all'*ex-socio* (che non è più titolare della situazione giuridica regolamentata); ma resta ferma, data la non inerenza del vincolo alla partecipazione sociale, l'inesensibilità dell'efficacia del patto agli aventi causa a titolo particolare del (para)socio alienante la propria partecipazione sociale: per il subentro dell'acquirente è dunque necessario il consenso di costui e delle parti del patto parasociale»²².

Due sono gli ordini di conseguenze che discendono dalla distinzione innanzi tracciata.

Anzitutto, la rilevanza (o efficacia) reale del sociale viene contrapposta a quella obbligatoria del parasociale per la diversa estensione del vincolo a tutti i soci attuali e futuri (regola sociale) o ai soli (para)soci interessati (clausola parasociale).

In secondo luogo, la regola sociale - ove, naturalmente valida ed efficace secondo la disciplina vigente - gode di opponibilità reale²³, a differenza di quella meramente obbligatoria della pattuizione parasociale anche perché gli atti compiuti in violazione della prima spesso incontrano la sanzione dell'invalidità e/o

²² G.A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)*, op. cit., p. 640.

²³ Non pare condivisibile propendere per l'utilizzo della categoria della "rilevanza" anche in questa ipotesi, come invece sostenuto da G.A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)*, op. cit., p. 640. Seguendo l'insegnamento di C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato 1995*, I, Padova, 1995, p. 22, la rilevanza esterna si manifesta, infatti, «nella tutela dei diritti contrattuali nei confronti della generalità dei consociati e nella valenza di tali diritti come presupposti per l'acquisto di posizioni giuridiche verso terzi» senza richiedere l'adempimento di particolari oneri formali, mentre l'inopponibilità emerge con riferimento alla «prevalenza del titolo contrattuale di acquisto sul titolo vantato dal terzo».

dell'inefficacia (con eventuali conseguenze pregiudizievoli per i terzi), mentre quelli che si contrappongono alla seconda restano perfettamente validi ed efficaci, dando luogo soltanto a una pretesa risolutoria e risarcitoria fondata sull'inadempimento e che per nulla incide sulla posizione di terzi (dove la ricorrente affermazione che la violazione del patto di sindacato di voto o di blocco non incide sulla validità delle delibere della società o delle alienazioni a terzi delle azioni o quote "bloccate").

Orbene, l'efficacia reale (intesa nel primo significato) si desume dalla natura sociale del patto, cioè dal suo contenuto e dalla volontà delle parti di spersonalizzare il vincolo da esso nascente e di giustapporlo alla partecipazione sociale; mentre la rilevanza reale (nel secondo senso innanzi illustrato) va riconosciuta solo se e nei limiti in cui lo consentano il contenuto del patto sociale e le norme di legge.

Soltanto al dettato legislativo è demandato, infatti, stabilire il se, il come e la misura dell'opponibilità a terzi della regola sociale, o, meglio, dell'inefficacia (o dell'invalidità dalla stessa legge stabilita) dell'atto compiuto in violazione della disciplina sociale, al quale il terzo è interessato per avervi direttamente partecipato o perché dall'atto in questione ha tratto legittimazione il compimento di successivi negozi di suo interesse.

L'attenzione deve quindi spostarsi nuovamente al dettato codicistico, vedendo in quali termini, anche alla luce della riforma del diritto societario, il legislatore abbia inteso disciplinare il regime di rilevanza verso terzi (in particolare, verso i successibili del socio defunto) delle diverse clausole in esame, delle quali si possa predicare la natura, in senso sostanziale, statutaria.

CAPITOLO III

L'INCONTRO TRA PRINCIPI DI DIRITTO SOCIETARIO E DI DIRITTO SUCCESSORIO CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA TUTELA DEI LEGITTIMARI

Le considerazioni sinora esposte trovano logica continuazione nella trattazione delle problematiche che ineriscono alle pattuizioni in parola (si ricorda, clausole di consolidazione, patti di prelazione e di opzione a favore degli altri soci nonché clausole di gradimento, da un lato, e convenzioni di continuazione facoltativa, obbligatoria e automatica, dall'altro lato) non solo sotto il profilo propriamente societario, ma anche tenuto conto di quello successorio. Di conseguenza, l'indagine sulla natura giuridica di tali disposizioni deve anzitutto rapportarsi alla particolare incidenza, nella materia qui oggetto di studio, del divieto dei patti successori posto dall'articolo 458 cod. civ.

L'analisi sarà condotta tenendo come punto di riferimento la disciplina dettata per le società per azioni e avendo cura di segnalare i profili differenti o, comunque, di particolare interesse contenuti nella regolamentazione degli altri due tipi di società di capitali.

Di fondamentale rilievo risulta l'esame preliminare del contenuto dell'articolo 2355 *bis* cod. civ., inserito nel dettato codicistico con il decreto legislativo di riforma del diritto societario n. 6 del 2003. La norma in parola costituisce il portato di un lungo *iter* parlamentare, nel corso del quale si era più volte discusso dell'introduzione nel nostro ordinamento di due nuove figure: da un lato, il patto di impresa (i cui tratti essenziali sono stati appunto recepiti, per le società per azioni e in accomandita per azioni, nel disposto dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. nonché, per le società a responsabilità limitata, nell'articolo 2469 cod. civ.) e, dall'altro lato, il patto di famiglia (la cui disciplina ha trovato recentemente collocazione, per effetto della legge 14 febbraio 2006, n. 55, agli articoli 768 *bis* e seguenti cod. civ.)¹. I progetti

¹ Il disegno di legge n. 2799 presentato nell'ottobre del 1997 prevedeva, in particolare, l'introduzione delle seguenti disposizioni: «Articolo 734 *bis* (patto di famiglia). 1. L'imprenditore

menzionati intendevano, infatti, accogliere le istanze più volte già recepite dalla giurisprudenza, la quale si era trovata frequentemente a statuire in punto di validità ed efficacia di clausole sociali e parasociali tese a intervenire sulla circolazione delle partecipazioni sociali, in particolare con riguardo all'evento della morte di uno dei soci.

Le scelte effettuate dal legislatore rispondono ad una logica unitaria con la quale è stata affrontata la questione della circolazione delle partecipazioni sociali, sia nei casi in cui viene in rilievo il decesso di uno dei soci, sia in quelli che alla morte di uno dei membri della compagine sociale sono del tutto alieni. In particolare, per quanto riguarda i primi, si può sin d'ora rilevare che il dettato codicistico pare aver recepito il pensiero già espresso più volte dalla Cassazione e posto da parte della dottrina a fondamento di una nuova rilettura del divieto dei patti successori di cui all'articolo 458 cod. civ.: riconoscimento della massima autonomia ai privati (pure nel determinare la destinazione della partecipazione sociale) nel rispetto del limite

può assegnare, con atto pubblico, l'azienda a uno o più discendenti. 2. Al contratto devono partecipare oltre all'imprenditore i discendenti che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione. 3. Coloro che acquistano l'azienda devono liquidare gli altri discendenti legittimari e non assegnatari, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma non inferiore al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti. 4. Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o riduzione. 5. All'apertura della successione dell'imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non vi abbiano partecipato possono chiedere ai beneficiari del contratto il pagamento della somma prevista dal comma terzo, aumentata degli interessi legali». «Articolo 2355 *bis* (patto di impresa). 1. L'atto costitutivo può prevedere a favore della società, dei soci o di terzi il diritto di acquistare le azioni nominative cadute in successione. 2. Per l'esercizio del riscatto l'atto costitutivo non può prevedere un termine superiore a sessanta giorni dalla comunicazione alla società della apertura della successione. Se non espressamente previsto, il termine è di sessanta giorni. 3. Il prezzo deve corrispondere al valore delle azioni e, salvo patto contrario, deve essere corrisposto contestualmente all'esercizio del riscatto. 4. In caso di mancato accordo, il valore è determinato da un perito nominato ai sensi dell'articolo 2343 *bis*. I costi della perizia sono a carico di chi intende esercitare il riscatto. 5. Dalla apertura della successione all'esercizio del riscatto, o all'espresso rifiuto di esercitarlo ovvero alla scadenza del termine di cui al comma secondo, il diritto di voto per le azioni cadute in successione è sospeso, ma esse sono tuttavia computate nel capitale ai fini del calcolo delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea. È altresì sospeso il termine per esercitare il diritto di opzione».

inderogabile della salvaguardia del valore economico destinato agli eredi legittimi o testamentari².

1. Contenuto e ambito di applicazione dell'articolo 2355 *bis* cod. civ.

Procedendo con l'analisi del contenuto del nuovo articolo 2355 *bis* cod. civ., occorre preliminarmente precisare che, nella sua formulazione vigente, si riferisce solo ai limiti che possono essere apposti statutariamente³ alla circolazione delle azioni, non prendendo, quindi, in considerazione né i vincoli di fonte legale, né quelli di natura parasociale (per questi ultimi trova, infatti, applicazione l'articolo 2341 *bis* cod. civ.).

Il primo comma dell'articolo in questione offre una riproposizione del tradizionale principio sancito dall'ultimo comma dell'abrogato articolo 2355 cod. civ., stabilendo che lo statuto possa sottoporre “a particolari condizioni” il “trasferimento” sia delle azioni nominative, sia di quelle per le quali la società si sia avvalsa della facoltà di non procedere alla distribuzione ai soci dei relativi titoli⁴.

La formulazione testuale adottata dalla disposizione (soprattutto con l'utilizzo delle locuzioni “particolari condizioni” e “trasferimento”) merita, tuttavia, un approfondimento, in quanto è sufficiente considerarla con maggiore attenzione per constatare agevolmente che gli interventi modificativi sono chiaramente finalizzati ad estendere l'ambito di applicazione della norma.

² In questo senso, M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008, p. 191.

³ Il riferimento allo statuto deve qui intendersi nel senso di quanto attinente alla sfera del sociale, in contrapposizione a quella del parasociale, come evidenziato nel precedente capitolo.

⁴ In tal modo è fugato ogni dubbio in merito all'applicabilità anche a tale seconda fattispecie dei limiti statutarie alla circolazione azionaria, che taluno aveva in passato sollevato sul rilievo che l'articolo 2355 cod. civ. (nella formulazione *ante* decreto legislativo n. 6 del 2003), menzionando le sole azioni nominative, avrebbe inteso riferirsi all'ipotesi in cui l'emittente aveva provveduto alla distribuzione ai soci dei relativi titoli (S. FRANCESCHENELLI, *Sulle clausole di gradimento alla circolazione delle azioni*, in *Riv. soc.*, 1961, pp. 441 e ss.).

Così, il legislatore ha inteso mantenere l'espressione, di connotazione indubbiamente ampia, delle "particolari condizioni" cui può essere soggetta la circolazione delle partecipazioni sociali, aderendo a un'impostazione già mutuata nel previgente articolo 2355 cod. civ. dalle statuizioni rese dalla Cassazione in due note decisioni assunte sotto l'impero del Codice di commercio del 1882⁵.

Al fine poi di individuare le vicende circolatorie delle azioni che possono formare oggetto di dette particolari condizioni, il legislatore ha preferito utilizzare il termine "trasferimento" in luogo di quello di "alienazione", cui precedentemente faceva ricorso, in tal modo adeguandosi alla formulazione già adoperata dall'articolo 22 della legge 281 del 1995 in tema di clausole di mero gradimento⁶.

La maggiore estensione del termine "trasferimento" contenuta nel primo comma dell'articolo 2355 *bis* consente di riferirsi a una realtà più ampia rispetto a quella precedentemente disciplinata e di ritenere che lo statuto possa oggi sottoporre a limitazioni sia i trasferimenti delle partecipazioni sociali che avvengono a seguito della morte di un socio, sia quelli a titolo universale che si verificano per effetto di una fusione per incorporazione⁷.

⁵ Il Codice di commercio del 1882 non conteneva alcuna disposizione relativa all'imposizione statutaria di limiti alla circolazione delle azioni, limitandosi a prescrivere che nel caso di società cooperative le relative azioni potessero essere trasferite solo previa autorizzazione dell'assemblea o del consiglio di amministrazione. Al riguardo dottrina e giurisprudenza erano comunque concordi nel ritenere pienamente valide le clausole statutarie limitative della circolazione delle azioni, in particolare se formulate come clausole di gradimento (Cassazione, 13 gennaio 1931 e 28 febbraio 1931, in *Foro it.*, 1931, I, pp. 635 e ss.).

⁶ La disposizione testé citata - sulla quale ci si soffermerà *infra* (in particolare, pp. 167 e ss.) - così recitava: «sono inefficaci le clausole degli atti costitutivi di società per azioni, le quali subordinano gli effetti del trasferimento delle azioni al mero gradimento degli organi sociali».

⁷ AA. VV., *Società per azioni*, in *La riforma del diritto societario* a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003, p. 144. *Contra*, F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2006, pp. 504 e ss., secondo il quale non sarebbe corretta (o quanto meno non risponderebbe alla vigente disciplina in materia) l'idea tradizionale che la fusione realizzi un fenomeno successorio e, in particolare, una successione a titolo universale: non vi è infatti costituzione di un nuovo contratto di società, ma solo unificazione, in un medesimo contratto, di quelli che originariamente erano separati contratti; di ciò si trarrebbe conferma dalla circostanza che, a seguito della riforma intervenuta con il decreto legislativo n. 6 del

È interessante, a questo proposito, segnalare che una parte della dottrina invita a non confondere il regime della circolazione delle partecipazioni sociali con quello della legittimazione del titolare di esse innanzi alla società: le clausole in questione - secondo questo orientamento - non sarebbero accomunate dalla circostanza di apporre un vincolo alla circolazione delle azioni, bensì dal fatto di introdurre limiti all'iscrizione nel libro dei soci e all'esercizio dei diritti sociali. L'espressione "limiti alla circolazione", usata da tutta la tradizione giuridica italiana, individuerrebbe quindi «le clausole statutarie che condizionano la venuta ad esistenza dell'obbligo della società di eseguire l'iscrizione nel libro dei soci, disattivando eventuali indici di legittimazione alternativa all'esercizio dei diritti sociali e conseguentemente limitando la possibilità del titolare delle azioni di esercitare tali diritti»⁸.

Su tali basi la disposizione di cui all'articolo 2355 *bis* cod. civ. dovrebbe essere letta nei seguenti termini: generalmente chi diviene titolare di una partecipazione sociale ha il diritto incondizionato ad essere iscritto nel libro dei soci e ad esercitare i diritti sociali, tuttavia, l'inserimento nello statuto di una delle clausole in esame consentirebbe di sottoporre a particolari condizioni o addirittura escludere temporaneamente (nel caso del divieto di trasferimento) la possibilità del soggetto di legittimarsi nei confronti della società.

La posizione ora illustrata viene da alcuni fortemente criticata, essendo accusata di attribuire alla società un ruolo di controllo sull'osservanza dei patti in questione, con relativo potere di reazione dell'ente collettivo medesimo, il quale potrebbe sconfinare nello svilire la stessa autonomia contrattuale che a tali clausole ha dato origine: l'opinione da ultimo citata rileva, infatti, che a impostazioni di tal senso «proprio in quanto esse estendono o spostano il controllo sull'osservanza del patto ed il correlativo potere di reazione, è doveroso opporre la loro non corrispondenza

2003, si è omissso di fare riferimento alla società incorporata o alle società partecipanti alla fusione costitutiva di nuova società quali "società estinte", a cui invece si alludeva nella corrispondente norma anteriore alla riforma del 2003.

⁸ L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, in *Azioni* a cura di M. NOTARI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GREZZI e M. NOTARI, Milano, 2008, p. 565.

alla volontà delle parti, che intendono mantenere controllo e potere di reazione e che potrebbero non avere alcun interesse a reagire contro specifiche violazioni del patto»⁹.

Fermo che la critica formulata non tiene nel debito conto la diversa natura, da una parte, delle clausole propriamente statutarie e, dall'altra, delle convenzioni di natura meramente parasociale, appiattendone invece la disciplina soprattutto sul piano dell'efficacia e dell'opponibilità, pare comunque proficuo cogliere da queste due opposte ricostruzioni alcuni spunti di riflessione, propedeutici all'analisi dell'incidenza dell'articolo 458 cod. civ. in questo settore. Non si può trascurare, pertanto, un breve cenno alla nota distinzione elaborata dalla dottrina e accolta dalla giurisprudenza tra titolarità della partecipazione sociale e legittimazione dinanzi all'ente societario.

2. (segue) titolarità della partecipazione sociale e legittimazione

Avuto particolare riguardo alle azioni (non dematerializzate¹⁰) di partecipazione in società per azioni o in accomandita per azioni (riservata a margine, invece, un'analisi della peculiare situazione delle società a responsabilità limitata¹¹), occorre

⁹ G. A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 646, nota 114.

¹⁰ Per questa particolare tipologia di azioni trova applicazione l'articolo 2355, comma primo, cod. civ. che, nella nuova formulazione posteriore alla riforma introdotta con il decreto legislativo n. 6 del 2003, stabilisce che «nel caso di mancata emissione dei titoli azionari il trasferimento delle azioni ha effetto nei confronti della società dal momento dell'iscrizione nel libro dei soci».

¹¹ La partecipazione in società, infatti, avviene per quote, rappresentate da azioni nel caso di società per azioni e in accomandita per azioni, attraverso una modalità di suddivisione del capitale che invece risulta esplicitamente esclusa dall'articolo 2468 cod. civ. nell'ipotesi di società a responsabilità limitata.

Si coglie allora il peculiare modo d'essere dell'azione rispetto alla quota di società a responsabilità limitata. La diversità non attiene tanto alla rispettiva essenza (in entrambi i casi ci si trova dinanzi ad una quota), quanto invece alla forma assunta per la divisione del capitale sociale. Nelle società azionarie si procede «secondo un criterio astratto-matematico [...] che resta del tutto insensibile alla variazione delle persone e del numero di soci; nella società a responsabilità limitata, al contrario, il

rilevare che, secondo l'orientamento tradizionale della dottrina, il concetto di titolarità dell'azione viene in rilievo con riferimento all'acquisizione della proprietà

capitale è diviso in ragione del numero di soci, cosicché le quote non soltanto possono essere di diverso ammontare, ma possono variare - quanto al numero come all'entità di ciascuna - per tutto il corso del rapporto di società in relazione alle modifiche quantitative del corpo sociale» (M. BIONE, *Le azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, II, Torino, 1991, p. 5). La differenza diviene evidente nel momento in cui si considera come l'azione rappresenta un *prius* rispetto alla persona del socio, la cui «posizione nell'organizzazione si giudica [...] sommando le azioni che valgono come unità di misura» (B. LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999, p. 158), mentre nella società a responsabilità limitata la quota costituisce un *posterius*, proprio perché deriva dalla posizione del socio. La ripartizione del capitale in unità costanti ed impersonali incide sulla cartolarizzazione delle partecipazioni di tipo azionario e perciò sulla loro circolazione: emerge così il loro peculiare connotato in termini di pluralità ed autonomia in contrasto con l'intrinseca unitarietà e specificità della quota di società a responsabilità limitata. Il fatto che l'azione possa essere così incorporata e rappresentata da una *cartula* rende di immediata comprensione i concetti di titolarità e legittimazione dei quali si andrà a discorrere nel presente paragrafo (e che possono, invece, risultare di più difficile applicazione nell'ambito delle società a responsabilità limitata).

Occorre, tuttavia, sin d'ora rilevare come in giurisprudenza ed in dottrina vi sia la tendenza ad utilizzare indistintamente il termine di "partecipazione" con riferimento ad azioni e quote di società a responsabilità limitata: ciò porta a considerare la partecipazione stessa come un elemento unificatore e di sintesi dei concetti di quota di società a responsabilità limitata ed azione. La partecipazione sociale assume, quindi, il carattere di posizione giuridica complessa, nella quale sono ricomprese prerogative di diversa natura, patrimoniale, corporativa ed organizzativa, la cui matrice unificante è il contratto di società (in tal senso Cassazione, 12 dicembre 1986, n. 7409, in *Giust. civ. Mass.* 1986, XII, e 23 gennaio 1997, n. 697, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 720, la definiscono una "posizione contrattuale obiettivata"). Tuttavia, procedendo in questa direzione, parrebbe facile individuare una corrispondenza diretta, se non una coincidenza, tra quota di società a responsabilità limitata e partecipazione, data l'unitarietà della prima, mentre ciò non risulterebbe altrettanto agevole per l'azione, salvo concentrandosi sul concetto di quota legata al possesso di un pacchetto azionario (soprattutto se di controllo o di riferimento nella società). In realtà, così come attualmente si riconosce valore di bene immateriale alla partecipazione sociale e alla quota di società a responsabilità limitata, non si deve dimenticare che nella società per azioni la partecipazione resta rappresentata da azioni, anche qualora si decida di non emetterle (o di dematerializzarle), quindi anche in assenza di un elemento propriamente materiale: considerato questo fattore, la differenza intercorrente tra il concetto di partecipazione sociale, quota di società a responsabilità limitata ed azione potrebbe indubbiamente livellarsi.

del documento rappresentativo dell'azione medesima, per cui la «titolarità del diritto cartolare appartiene al proprietario del titolo»¹², il quale *ex* articolo 832 cod. civ. può godere e disporre del titolo stesso, che è «strumento esclusivo per l'esercizio del diritto in esso incorporato»¹³. Con il termine di legittimazione si suole designare, invece, «la situazione soggettiva che consente di esercitare il diritto incorporato nel titolo nei confronti del debitore che lo ha emesso»¹⁴, subordinatamente al compimento di alcuni specifici atti richiesti dalla disciplina legislativa: collocandosi le azioni quasi esclusivamente nella categoria dei titoli nominativi¹⁵, il possesso qualificato della *cartula*, che legittima l'esercizio del diritto in essa incorporato, è riscontrabile, secondo i principi generali in materia di titoli di credito, alla presenza di una doppia intestazione, a nome del possessore, sul titolo e nel registro dell'emittente (libro soci) ai sensi dell'articolo 2021 cod. civ. L'articolo 2355 cod. civ. individua, poi, specificamente le modalità con le quali, in presenza di azioni, può avvenire l'acquisto della legittimazione da parte del titolare della partecipazione interessata: è possibile anzitutto ricorrere al *transfert*, come contestuale annotazione del nome dell'acquirente sul titolo e nel registro dell'emittente, o rilascio di un nuovo titolo intestato all'acquirente stesso, accompagnato dall'annotazione di tale rilascio nel registro (articolo 2355, comma quarto, cod. civ. con rinvio all'articolo 2022 cod. civ.), oppure si può procedere con un trasferimento mediante girata, seguito dall'annotazione di detta girata nel libro soci (articolo 2355, comma terzo,

¹² A. ASQUINI, *Corso di diritto commerciale: titoli di credito e in particolare cambiali e titoli bancari di pagamento*, Padova, 1966, p. 65.

¹³ G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, I, Bologna, 2005, p. 195.

¹⁴ G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., p. 195.

¹⁵ L'art. 2354 c.c. consente di emettere titoli nominativi o al portatore a scelta del socio, a meno che non sia diversamente stabilito dallo statuto o dalle leggi speciali; mentre nominative devono necessariamente essere le azioni non interamente liberate e le azioni la cui alienazione è sottoposta a particolari condizioni dall'atto costitutivo. L'esigenza fiscale di conoscere il titolare dei titoli azionari comporta che la facoltà di emissione dei titoli azionari al portatore resti limitata alle sole azioni di risparmio, ipotesi peraltro poco diffusa, in quanto si tratta quasi sempre di azioni dematerializzate emesse da società per azioni quotate e pertanto soggette alla disciplina propria del mercato borsistico.

cod. civ.)¹⁶. Sulle formalità da seguire per il trasferimento di azioni o quote in caso di morte del socio trova specifica applicazione, poi, l'articolo 7 del r. d. 29 marzo 1942, n. 239, il quale prevede che «nel caso di morte dell'azionista, la società emittente, se non vi è opposizione, addiviene alla dichiarazione del cambiamento di proprietà sui titoli azionari e nel libro dei soci, su presentazione del certificato di morte, di copia del testamento se esista e di un atto di notorietà giudiziale o notarile, attestante la qualità di erede o di legatario dei titoli. La società trattiene detti documenti. Resta fermo l'obbligo della società di richiedere la prova che è stata presentata, se del caso, la denuncia di successione e pagata la relativa imposta»¹⁷.

¹⁶ Rispetto alla disciplina generale dettata per i titoli di credito nominativi, adottando questa modalità, l'iscrizione nel libro soci, che corrisponde all'annotazione nel registro dell'emittente di cui all'articolo 2023 cod. civ., non è richiesta per l'acquisizione della legittimazione all'esercizio dei diritti sociali. Tuttavia vi è chi osserva al riguardo che «in presenza di clausole statutarie *ex art. 2355 bis* la girata non è un titolo di legittimazione sufficiente all'esercizio dei diritti sociali o, che è la stessa cosa, l'articolo 2355, comma 3, non opera per le società che abbiano nel loro statuto clausole che limitano la circolazione [...]. Ne consegue che, per società siffatte, l'indice di legittimazione principale deve ritenersi il libro dei soci» (L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 617). Nello stesso senso, in termini generali, si esprime F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2008, p. 296, il quale identifica un'ipotesi di "circolazione impropria" *ex articolo 2015 cod. civ.* nella fattispecie in cui un titolo di credito si trasmetta per successione *mortis causa*: secondo la dottrina citata, infatti, «l'acquisto della proprietà del titolo, in tal caso, non produce l'effetto proprio della circolazione dei titoli di credito, bensì quello della cessione dei crediti, con la conseguente opponibilità di tutte le eccezioni relative al precedente titolare» e, posto che, anche se si è ottenuto il possesso del titolo, non si è però conseguito il suo possesso qualificato, «il possesso del documento non abilita all'esercizio del diritto in esso menzionato, occorrendo a tal fine la prova del suo titolo di acquisto (la prova della successione ereditaria)».

¹⁷ Si prevede pertanto a carico dell'erede o del legatario l'onere di richiedere il deposito dei trasferimenti a causa di morte per l'iscrizione del registro delle imprese e la conseguente annotazione nel libro soci. L'annotazione nel libro soci è comunque un'operazione successiva al deposito e all'iscrizione nel registro delle imprese del relativo titolo. Benché la disposizione testé citata sia formulata con riguardo al trasferimento delle azioni, trova indubbia applicazione anche nell'ipotesi in cui la vicenda traslativa concerna una quota di partecipazione a società a responsabilità limitata (F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, op. cit., p. 470).

La distinzione ora delineata ha dato origine a un interessante dibattito in dottrina e giurisprudenza sulla qualificazione da attribuirsi, quanto a natura (reale o consensuale) ed efficacia (reale od obbligatoria), a un contratto di cessione di partecipazioni sociali, sul quale - per ovvie ragioni - non è possibile in questa sede soffermarsi¹⁸. Tuttavia, pare utile richiamare alcune riflessioni che sono state compiute in dottrina a questo proposito, al fine di cogliere il ruolo effettivamente svolto dalle clausole in esame con riguardo al trasferimento delle partecipazioni nella società.

Riferendosi all'ipotesi di un negozio traslativo di queste ultime, in occasione del quale l'avente causa è tenuto a porre in essere le diverse formalità all'uopo indicate dalla disciplina codicistica (ed eventualmente convenzionale), è stato rilevato che «l'accordo non è di per sé idoneo a costituire, modificare o estinguere rapporti patrimoniali, ma lo è solo se meritevole di tutela ed emerge, quindi, su di un piano diverso, il profilo della causa e del tipo. Al fatto così integrato l'ordinamento, secondo una propria valutazione, fa seguire effetti impegnativi fra le parti (articolo

¹⁸ La risalente impostazione secondo la quale, nella fattispecie esaminata, si sarebbe potuto riscontrare un contratto reale *quoad constitutionem* (L. MENGONI, *La regola possesso vale titolo nella circolazione dei titoli di credito e i rapporti fra l'articolo 1994 e l'articolo 1153 cod. civ.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1949, I, p. 31; F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 129; G. VALERI, *Diritto cambiario italiano*, Milano, 1936, p. 130; conformi, quanto alla giurisprudenza di legittimità, Cassazione, 31 marzo 1949, n. 750, e 19 luglio 1950, n. 1938, e, quanto alla giurisprudenza di merito, Appello Milano, 26 giugno 1953, nonché Tribunale Milano, 23 aprile 1964 e 17 settembre 1987, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 797) è stata ben presto superata dalla teoria del contratto consensuale, spostandosi il dibattito sul piano dell'efficacia reale od obbligatoria dell'accordo stesso, una volta appurata la regola del consenso per la sua conclusione (per l'applicazione del principio consensualistico, W. BIGIAMI, *Il trasferimento del titolo di credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 1; G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, p. 266; analogamente, Cassazione, 3 novembre 1981, n. 5792, e 5 settembre 1995, n. 9314, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 1604, nonché Appello Milano, 12 luglio 1991, Tribunale Milano, 19 maggio 1987, in *Foro pad.*, 1988, I, p. 55, e 8 maggio 1989, in *Riv. Notariato*, 1989, p. 1216; per una ricostruzione in termini di efficacia obbligatoria del contratto, F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, op. cit., p. 295, nonché Cassazione, 28 aprile 1981, n. 2557 e Appello Milano, 9 settembre 1994, in *Vita not.*, 1995, p. 889, Tribunale Marsala, 24 febbraio 1994, in *Le società*, 1994, p. 957).

1372 cod. civ.) e, in prospettiva diversa, *attribuisce rilevanza al negozio nei confronti dei terzi* come conseguenza autonoma affatto»¹⁹: in tal senso, ferma l'efficacia del consenso legittimamente espresso, l'opponibilità esterna del trasferimento è affidata al rispetto di specifici indici formali. Questi ultimi assolvono alla funzione di risoluzione di eventuali conflitti, offrendo la garanzia di opponibilità dell'acquisto nei confronti di successivi acquirenti, per qualsivoglia titolo, della medesima partecipazione sociale dallo stesso dante causa o nei confronti della società ai fini dell'esercizio dei diritti sociali²⁰.

Non sono mancate voci tese ad evocare un ritorno alle posizioni assunte in passato da quella storica dottrina che sosteneva l'idea della proprietà relativa, alla luce di quanto contenuto nel codice civile del 1865, per cui il consenso faceva acquistare all'avente causa la proprietà nei riguardi dell'autore (in contraddizione però con l'interpretazione della proprietà come diritto assoluto, valevole nei confronti della generalità dei consociati), o ancora all'opinione di coloro che propendevano per un trasferimento parziale della proprietà, adducendo che il consenso, non trasmettendo una proprietà opponibile a tutti, trasferisse solo alcune componenti della proprietà stessa.

In realtà, a parere di chi scrive, lo smembramento del diritto (anzi, dei diritti) sulla partecipazione sociale, frutto della scissione dei due aspetti della titolarità della partecipazione stessa e della legittimazione del socio, di cui si fa cenno in dottrina²¹

¹⁹ G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni: analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 72.

²⁰ In questo senso si osserva che «per l'organizzazione societaria rileva essenzialmente il *fatto del trasferimento*, non le attività contrattuali che in esso non si risolvono e neppure le modalità contrattuali che eventualmente ne specificano il significato per le parti» (C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, II, Torino, 1991, p. 141).

²¹ Al riguardo, A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e conferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 356; analogamente, A. GAMBARO, *La proprietà, beni, proprietà e comunione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990, p. 317, il quale allude a una proprietà relativa al solo *tradens*, e P. SPADA, *L'efficacia del consenso traslativo nella circolazione dei titoli azionari: proposte per ripensare un problema*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Milano, 1992, p. 477, secondo il quale «si tratta di un'appartenenza relativa all'alienante».

e che viene posto a fondamento delle ricostruzioni sopra illustrate, non trova affatto corrispondenza in ciò che avviene nella prassi: l'adempimento degli oneri di carattere formale viene, infatti, richiesto semplicemente per assicurare un consolidamento del diritto dell'avente causa, di certo non comportando una parzialità o relatività del diritto dallo stesso acquistato. In tal senso, quindi, la nozione di legittimazione va ancorata, e non contrapposta, al concetto di trasferimento, riconducendosi l'acquisto della prima allo stesso momento perfezionativo di quest'ultimo: non è, infatti, sufficiente un atto traslativo della titolarità della partecipazione sociale a dare compiuta e utile conclusione al trasferimento, rendendosi, invece, necessario il compimento delle ulteriori prescritte formalità, solo in seguito all'espletamento delle quali potranno trovare effettiva esplicazione i diritti discendenti dalla titolarità della partecipazione sociale (e già prima di tali adempimenti potenzialmente alla stessa riconducibili)²².

Seguendo questa prospettiva anche nell'analisi della sorte della partecipazione sociale a seguito della morte del socio che ne era titolare, è pertanto possibile ricondurre all'ambito di applicazione dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. non solo quelle clausole, statutarie o parasociali, che - rispetto alla disciplina legale - introducono ulteriori oneri formali che l'avente causa del *de cuius* deve adempiere al fine di poter completare il proprio ingresso in società (a titolo esemplificativo, la sottoposizione

²² Del resto in questa direzione pare essersi espressamente orientato l'intervento riformatore del legislatore, benché con riguardo al limitato ambito delle società a responsabilità limitata, ove, giusta la natura di bene immateriale delle quote, ancora maggiori risultavano le perplessità sulla qualificazione da attribuirsi agli atti traslativi delle stesse. In questo contesto, infatti, prendendo atto delle diverse critiche avanzate in dottrina, è stata introdotta una norma specifica per risolvere il problema della doppia alienazione della medesima partecipazione sociale da parte dello stesso alienante, prevedendo la prevalenza di chi per primo abbia effettuato in buona fede l'iscrizione dell'acquisto nel registro delle imprese, indipendentemente dal fatto che il suo titolo sia di data posteriore.

Quanto alla disciplina della circolazione delle azioni, occorre rilevare che in dottrina si è autorevolmente sostenuto, richiamandosi alla regolamentazione dei titoli di credito, che «l'alienante deve [...] mettere l'*accipiens* nella condizione di effettuare l'acquisto a titolo originario del titolo e, con esso, l'acquisto del diritto *ex titulo* come diritto autonomo», osservando, pertanto, le formalità prescritte al riguardo (F. GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore*, op. cit., p. 295).

alla valutazione di gradimento da parte di un organo sociale oppure la soggezione alla procedura dell'offerta in opzione agli altri soci superstiti, auspicando che la prima procedura abbia un esito positivo e la seconda, invece, un riscontro negativo), ma pure quelle pattuizioni che finiscono con l'incidere automaticamente sulla destinazione della partecipazione sociale alla morte del socio (ad esempio, si pensi alle clausole di consolidazione a favore dei soci superstiti).

Da ultimo, a ulteriore conferma di quanto sinora rilevato, si osserva *a contrario* che, se il legislatore avesse voluto risolvere la questione solo in termini di legittimazione, intendendosi il trasferimento della partecipazione sociale invece pienamente compiuto, avrebbe potuto adottare una formulazione quale quella del previgente articolo 2523, secondo comma, cod. civ. in tema di società cooperative, ove si prevedeva che «l'atto costitutivo può vietare la cessione delle quote o delle azioni con effetto verso la società, salvo in questo caso il diritto del socio di recedere dalla società».

Chiarito quanto sopra, si può quindi procedere con l'analisi del portato normativo della disposizione in esame.

3. (segue) gli altri commi dell'articolo 2355 bis cod. civ.

In particolare, l'articolo 2355 *bis* cod. civ., dopo aver enunciato il principio per cui lo statuto di una società per azioni può sottoporre a particolari condizioni il trasferimento delle partecipazioni sociali, prosegue prendendo in specifica considerazione l'ipotesi in cui il contratto sociale contenga delle clausole che subordinino il trasferimento al mero gradimento degli organi sociali o di altri soci ovvero che, individuata la causa di detto trasferimento nella morte di un socio, vi appongano particolari condizioni.

In entrambe le fattispecie ora richiamate, infatti, l'efficacia delle clausole e, di conseguenza, la limitazione al trasferimento della partecipazione sociale sono condizionate alla previsione, a carico della società o degli altri soci, di un obbligo di acquisto (dell'azione, il cui trasferimento a favore del soggetto che non è in grado di

ottenere la legittimazione non può concludersi pienamente) ovvero al riconoscimento del diritto di recesso del dante causa²³. Dunque, riprendendo le osservazioni svolte nel precedente capitolo, le summenzionate clausole saranno in tanto opponibili all'avente causa del *de cuius* in quanto soddisfino i parametri indicati dall'articolo 2355 *bis* cod. civ. con riguardo alla liquidazione della quota e al diritto di recesso²⁴.

Per quanto concerne quest'ultima previsione è utile ricordare che il rinvio del terzo comma dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. al capoverso precedente viene letto in dottrina riconoscendo il menzionato diritto di recesso, in caso appunto di trasferimento a causa di morte, non in capo al dante causa, bensì all'avente causa²⁵, giusta l'intento del legislatore, che parrebbe emergere dalla norma in questione, nel senso di proteggere colui che ha acquistato le azioni a causa di morte²⁶. A questo

²³ Osservava, con riferimento al disegno di legge sul patto di impresa, M. IEVA, *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 *Riv. not.*, 1997, VI, pp. 1370 e ss., che «al socio resta in tal caso soltanto la possibilità di un trasferimento *inter vivos* delle azioni ad altro soggetto; comunque, senza la collaborazione degli altri soci che non dovranno esercitare i diritti di prelazione normalmente previsti dallo statuto in loro favore, risulterà impossibile far pervenire le azioni a soggetti diversi da quelli indicati nel patto di impresa».

²⁴ È interessante qui ricordare quanto rilevato da G. DE NOVA, *Il diritto di recesso del socio di società per azioni come opzione di vendita*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 329, il quale osserva che il recesso, nella riforma del diritto societario, ha sostanzialmente la struttura di un'opzione *put*, posto che, nel meccanismo delineato dall'articolo 2437 *quater* cod. civ., il rimborso delle azioni del recedente mediante acquisto da parte della società, utilizzando riserve disponibili anche in deroga a quanto previsto dal terzo comma dell'articolo 2357 o, addirittura, la riduzione del capitale sociale in assenza di utili o riserve disponibili, sono subordinati all'offerta delle azioni del socio recedente da parte degli amministratori in opzione agli altri soci, in proporzione al numero delle azioni possedute e, qualora questi non acquistino in tutto o in parte le azioni del recedente, alla collocazione presso terzi.

²⁵ L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 607, nota 118.

²⁶ Peraltro, come si vedrà nel prosieguo (pp. 41 e ss.), in tali termini si esprime per la società a responsabilità l'articolo 2469 cod. civ., ove dispone che «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 prevedere 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'articolo 2473».

proposito si evidenzia che «da legge impone un'alternativa secca fra l'iscrizione nel libro dei soci e la possibilità di disinvestimento. Se l'acquirente *mortis causa* si vede rifiutare l'iscrizione e sceglie di non avvalersi dell'opportunità di disinvestire (mediante vendita o recesso) che gli deve essere offerta, egli resta evidentemente titolare delle azioni ed eserciterà i soli diritti sociali che è consentito esercitare a prescindere dall'iscrizione nel libro dei soci»²⁷. Nello stesso senso, con particolare riguardo alla clausola di gradimento, altra dottrina osserva che «si preoccuperà perciò di ottenere il gradimento della società solo chi abbia acquistato le azioni al fine di esercitare i relativi diritti; non se ne preoccuperà, invece, chi comperi azioni al solo scopo di investire risparmio oppure allo scopo di speculare sulle oscillazioni della quotazione dei titoli»²⁸.

Diversamente, si ricorda che, nel senso delineato nel capitolo precedente, nell'ipotesi in cui ci si trovi dinanzi ad una clausola parasociale, ovvero ad una disposizione statutaria parasociale (nel senso che ai soci vengono riconosciuti diritti e obblighi, cosicché costoro divengono gli arbitri del destino della partecipazione sociale, riconoscendo loro un potere da esercitare o non esercitare alla luce dei propri interessi individuali), l'efficacia della previsione sarà solo di natura obbligatoria²⁹.

²⁷ L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 614. Cfr. Appello Cagliari, 16 settembre 1985, n. 235, in *Riv. giur. sarda*, 1986, pp. 808 e ss., nella quale si legge che la partecipazione sociale «comprende due contenuti o profili diversi: da un lato attribuisce al proprietario la qualità di socio e il potere di gestione, dall'altro gli attribuisce la titolarità di una frazione determinata del patrimonio sociale e il diritto di partecipare agli utili e alle perdite nella stessa misura» e che, ove sia ne sia pattuita l'intrasmissibilità, «è intrasmissibile la qualità di socio, mentre gli eredi possono succedere, per legge o per testamento, nei rapporti patrimoniali connessi alla quota, cioè nella quota considerata come cespite patrimoniale, suscettibile di valutazione economica in sede di liquidazione» (affermazione, questa, ritenuta non decisiva nel successivo giudizio di Cassazione del 16 dicembre 1988, n. 6849, in *Corr. giur.*, 1989, pp. 198 e ss.).

²⁸ F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, op. cit., p. 213.

²⁹ A titolo esemplificativo si riporta quanto notato da una dottrina con particolare riguardo alla violazione di un patto di preferenza, la quale parla di «inefficacia relativa dell'atto di alienazione, un'inefficacia cioè che possa essere fatta valere dai soli soci interessati all'esercizio della prelazione e

4. La corrispondente disciplina per le società a responsabilità limitata

Evidenziate le modifiche apportate alla disciplina delle società per azioni con la novellazione di cui all'articolo 2355 *bis* cod. civ., merita ora porre attenzione a quanto disposto, in tema di società a responsabilità limitata, dall'articolo 2469 cod. civ.

A questo proposito giova ricordare che il primo comma della disposizione citata riproduce pressoché testualmente – salvo l'avverbio “liberamente” riferito alla trasferibilità delle quote, evidentemente introdotto nell'intento di ribadire il principio generale di trasferibilità delle partecipazioni – il corrispondente comma del precedente articolo 2479 cod. civ., confermando la più ampia trasferibilità delle quote di partecipazione in società a responsabilità limitata sia per atto tra vivi sia per successione a causa di morte, salva contraria disposizione dell'atto costitutivo³⁰. La novità di maggior rilievo, introdotta con il decreto legislativo n. 6 del 2003, riguarda, invece, l'espreso riconoscimento al socio o ai suoi eredi del diritto di recesso dalla società a fronte di clausole che determinino l'intrasferibilità delle

non dalla società in sede di iscrizione nel libro soci del nuovo acquirente - nella clausola non venendo in considerazione, di regola, l'interesse della società e sempre che non venga pattuito diversamente - né ancor meno in via di pentimento da una delle parti del contratto di cessione» (G. A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)*, op. cit., p. 646). Non va trascurata l'eventualità in cui il patto parasociale sia stato stipulato in favore della società e che quindi quest'ultima possa farlo valere ai sensi dell'articolo 1411 e ss. cod. civ. In dottrina la configurabilità di un patto parasociale quale contratto a favore della società è stata da taluno contestata, sotto la mancanza di un interesse sufficientemente autonomo del terzo (società), sostanzialmente argomentando dalla funzione strumentale della società rispetto all'attuazione dell'interesse dei soci. Tuttavia il meccanismo del contratto a favore del terzo presuppone soltanto, nel terzo, la titolarità di una sfera giuridico patrimoniale distinguibile da quella di entrambe le parti, titolarità di cui la società è senza dubbio dotata. Ragionando *a contrario*, peraltro, diventerebbe impossibile individuare il titolo dell'attribuzione alla società quando la prestazione prevista nel patto parasociale venisse concretamente effettuata a favore della società sulla sola base del patto. Sul tema si veda anche F. D'ALESSANDRO, *Obbligo di risarcire i danni a carico del terzo acquirente di quota sociale per mancato rispetto del patto di prelazione?*, in *Giur. comm.*, 1975, II, pp. 23 e ss.

³⁰ Sul riferimento contenuto nella disposizione menzionata all'atto costitutivo e non allo statuto, si rinvia alle considerazioni svolte nel capitolo precedente, in particolare a pp. 11 e ss.

partecipazioni, ovvero ne subordinino la cessione al gradimento di organi sociali, soci o terzi senza prevederne condizioni o limiti, o, ancora, pongano limiti o condizioni che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte.

L'estensione (esplicita³¹) anche agli eredi della possibilità di recedere ha fatto sorgere un dibattito sulla correttezza dell'utilizzo del termine "recesso" in presenza di una situazione peculiare, quale quella dell'avente causa dal socio defunto al quale, per l'esistenza di una clausola ostativa, sia impedito il perfezionamento dell'ingresso nella compagine sociale: le perplessità concernono, in particolare, la facoltà accordata a tale soggetto di avvalersi del diritto corporativo di recesso³², quando all'avente causa potrebbero al più essere attribuiti i soli diritti di natura patrimoniale. Nel tentativo di superare l'*impasse*, si è rilevato che «il riferimento normativo al recesso da parte degli eredi parrebbe pertanto da interpretarsi alla stregua di indicazione relativa alle modalità e ai criteri di liquidazione della partecipazione da adottarsi nel caso della morte del socio dettati dall'articolo 2473 cod. civ. in ipotesi di recesso»³³. Aggiunge, inoltre, parte della dottrina³⁴ che il recesso, per quanto

³¹ Cfr. *supra* nota 26.

³² P. RAINELLI, *Il trasferimento della partecipazione*, in *Le nuove s.r.l.*, diretto da M. SARALE, Bologna, 2008, p. 308. Per quanto concerne la disciplina delle società per azioni, conforme A. DENTAMARO, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, p. 399, la quale, muovendo dalle osservazioni contenute nella Relazione ministeriale alla riforma, osserva che «i correttivi di cui al secondo comma dell'articolo 2355 *bis* sono rivolti al socio e, pertanto, non solo presuppongono la proprietà delle azioni, ma altresì la legittimazione nei confronti della società in capo a chi debba usufruirne. Da questa considerazione deriva che un terzo acquirente non legittimato non potrebbe né chiedere il gradimento né usufruire di quei correttivi. Conseguentemente i correttivi di cui al secondo comma dell'articolo 2355 *bis* non potrebbero più funzionare». *Contra*, L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 582, secondo il quale «ammettere un soggetto ad esercitare un (limitato e per così dire "terminale") diritto sociale quale il recesso costituisce un *minus* rispetto alla possibilità di escluderlo dall'esercizio di qualunque diritto, come accade (salvo [...] in punto di esercizio dei diritti patrimoniali) in conseguenza del rifiuto di gradimento».

³³ A. FELLER, *Commento sub articolo 2469 cod. civ.*, in *Società a responsabilità limitata* a cura di L. A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GREZZI e M. NOTARI, Milano, 2008, p. 355. In senso conforme, M. IEVA, *Le clausole limitative della circolazione*

concerne la presenza di una condizione o limitazione al trasferimento *mortis causa*, non spetterebbe ogniqualvolta questa sia accompagnata da una precisa indicazione delle modalità di rimborso del valore della partecipazione, secondo parametri sostanzialmente in linea con quelli previsti dall'articolo 2473 cod. civ., e del termine, non superiore a sei mesi, entro il quale deve perfezionarsi la liquidazione.

La ricostruzione ora prospettata si pone in perfetta sintonia con quanto già evidenziato per le società per azioni³⁵, ove le indicazioni fornite dal secondo comma dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. sono intese nel senso che «mentre con riferimento ai trasferimenti *inter vivos* i correttivi riguardano e sono posti a tutela di chi intende alienare le azioni, per i trasferimenti *mortis causa* i correttivi riguardano e sono posti a tutela degli interessi di chi ha ricevuto le azioni e perciò degli eredi»³⁶.

Tornando, quindi, alla disciplina della società a responsabilità limitata, occorre rilevare che il diritto di recesso è attribuito con modalità diversificate a seconda delle limitazioni al trasferimento che di volta in volta vengono in rilievo. Nelle prime due ipotesi contemplate - ovvero quella, da un lato, delle clausole di intrasferibilità assoluta (alle quali parte della dottrina affiancherebbe - discutibilmente - le clausole di consolidazione³⁷) e quella, dall'altro, delle clausole di mero gradimento - l'attribuzione del diritto di recesso opera su un piano puramente astratto, a prescindere dalla modalità di concreta applicazione della disposizione limitativa o ostativa alla circolazione. Con riguardo, invece, alle clausole che

delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria, in *Riv. notariato*, 2003, VI, p. 1361, nota 35.

³⁴ P. REVIGLIONE, *Commento sub articolo 2469 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, p. 1822.

³⁵ Per le quali, secondo l'orientamento maggioritario, il rinvio del terzo comma dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. al capoverso precedente, dovrebbe essere letto nel senso che, nella specifica ipotesi del trasferimento per causa di morte, l'esercizio del diritto di recesso verrebbe attribuito all'avente causa.

³⁶ A. DENTAMARO, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 394.

³⁷ P. RAINELLI, *Il trasferimento della partecipazione*, op. cit., p. 302. P. REVIGLIONE, *Commento sub articolo 2469 cod. civ.*, op. cit., p. 1822. Sulla discutibilità della posizione assunta da questa dottrina, vedasi il capitolo successivo, pp. 64 e ss.

pongono condizioni o limiti che, nel caso concreto, impediscono il trasferimento a causa di morte della partecipazione del socio defunto, la particolare locuzione utilizzata (*i.e.* “nel caso concreto”) induce a ritenere che l’effettiva portata della previsione debba essere valutata al momento dell’apertura della successione. Pertanto, se la mera presenza di una clausola appartenente alle prime due tipologie indicate è idonea e sufficiente a far sorgere, per tutta la durata della società, il diritto di recesso in capo a ciascun interessato, al contrario, a fronte di una delle disposizioni dell’ultimo genere indicato, l’esercitabilità o meno di tale diritto muta in relazione ai cambiamenti della compagine sociale o delle situazioni personali di singoli soci che siano intervenuti tra il momento nel quale la clausola è stata introdotta nell’atto costitutivo e quello dell’apertura della successione. In tal senso il diritto di recesso potrebbe essere effettivamente attribuito laddove il contratto sociale preveda la trasmissibilità *mortis causa* solo a condizione che gli eredi o i legatari soddisfino determinati requisiti soggettivi di difficile realizzazione, o, ancora, in presenza di clausole che accordino la libera trasmissibilità della partecipazione, purché il successore del defunto assolva a gravosi obblighi non previsti dalla legge a carico del socio e ai quali questi non sia oggettivamente in grado di far fronte.

5. Le clausole di intrasferibilità assoluta

Un discorso a parte meritano quelle disposizioni che determinano l’intrasferibilità della partecipazione sociale, sia in società per azioni che a responsabilità limitata³⁸.

³⁸ Quanto alle società in accomandita per azioni si osserva che, specularmente, con riguardo alla società in accomandita semplice, in giurisprudenza si è rilevato che «per poter davvero affermare che la regola generale della trasmissibilità per causa di morte della quota del socio accomandante non è disponibile da parte dei privati interessati occorrerebbe riuscire ad identificare una ragione logica e giuridica che vi osti. Ma non sembra assolutamente che una tale ragione sussista, non essendo qui in gioco interessi che trascendano quelli dei privati contraenti, né potendosi seriamente affermare che la previsione statutaria dell’intrasmissibilità della quota urterebbe contro uno dei connotati essenziali del tipo di società in esame. Nella quale è bensì vero che la posizione del socio accomandante risulta connotata da scarsa rilevanza personale (il che spiega, appunto, la previsione dettata in linea generale dal citato primo comma dell’articolo 2322), ma non fino al punto di vietare

Se ne tratterà in questo capitolo in quanto le stesse non rientrano propriamente nella materia oggetto del presente studio, posto che non permettono (naturalmente ove efficaci ed opponibili) alcuna continuazione del rapporto sociale originariamente riferibile al *de cuius*, di conseguenza non ponendosi un problema di successione nella partecipazione medesima. Come rilevato in dottrina, infatti, «la clausola [di intrasmissibilità assoluta: *n.d.r.*] pone soltanto un termine al rapporto di durata e viene ad impedire così la successione: non vi può essere continuazione di un rapporto, che si è già sciolto automaticamente con la morte di una parte»³⁹. In tal senso, queste pattuizioni si differenziano dalle clausole di accrescimento (che, per prime, saranno analizzate nel prosieguo): invero, un fenomeno di consolidazione o di accrescimento può riscontrarsi solo ove vi sia una prosecuzione in capo ad altri di un rapporto originariamente riferibile al *de cuius*, non configurandosi invece qualora, come avviene per effetto di una clausola di intrasferibilità, tale relazione venga interrotta al momento della morte del soggetto interessato⁴⁰. Attraverso lo strumento negoziale (nei limiti consentiti

alle parti di riconoscere, invece, anche alla partecipazione di detto socio un certo grado di specificità e di infungibilità, quando le esigenze del caso concreto lo suggeriscono» (Appello Milano, 22 febbraio 1994, con nota di E. PAOLINI, *Circolazione mortis causa della quota del socio accomandante*, in *Le società*, 1994, XI, p. 1496 e ss.).

³⁹ F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, pp. 106 e 211. L'autore introduce la distinzione tra “convenzioni oggettivamente complesse di intrasmissibilità”, il cui scopo è la mera determinazione dello scioglimento del rapporto contrattuale per morte e la conseguente regolazione della sorte dei crediti esigibili in tale momento, e “convenzioni soggettivamente complesse di intrasmissibilità”, ove, in presenza di una pluralità di soggetti, si verifica lo scioglimento parziale del vincolo, con prosecuzione del rapporto solo in capo ai superstiti.

⁴⁰ Ritiene che le fattispecie di intrasferibilità di cui agli articoli 2284 e 2479 cod. civ. presentino i caratteri propri delle clausole di intrasmissibilità assoluta M. D'AURIA, *Clausole di consolidazione societaria e patti successori*, in *Riv. not.*, 2003, III, pp. 657 e ss., secondo il quale «de due ipotesi di intrasferibilità previste dagli articoli 2284 e 2479 cod. civ. [nella formulazione precedente al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 - così come modificata dall'articolo 1 della legge 12 agosto 1993, n. 310 - che recitava come segue: «Trasferimento della quota. - Le quote sono trasferibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo. - Il trasferimento delle quote ha effetto di fronte alla società dal momento dell'iscrizione nel libro dei soci. - L'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci ha luogo nei trenta giorni dal deposito di cui

dall'ordinamento dai vigenti articoli 2355 *bis* e 2469 cod. civ.) si riproduce, quindi, nell'ambito delle società di capitali quanto già previsto *ex lege* per le società di persone, stante il combinato disposto degli articoli 2284 e 2289 cod. civ. (i quali, rispettivamente, recitano che «in caso di morte di uno dei soci, gli altri devono liquidare la quota agli eredi» e che «nei casi in cui il rapporto sociale si scioglie limitatamente a un socio, questi o i suoi eredi hanno diritto soltanto ad una somma di danaro che rappresenti il valore della quota»)⁴¹.

La scelta compiuta dal legislatore della riforma nel senso di accordare espresso riconoscimento alla validità delle clausole di cui si discute anche nel contesto delle società di capitali si pone in netta antitesi con l'opinione sino a quel momento dominante sul punto⁴². Prima dell'intervento novativo, infatti, si riteneva che l'inserimento di un divieto di alienazione di quote e azioni fosse possibile solo sotto forma di sindacati di blocco (soggetti alla disciplina generale di cui all'articolo 1379 cod. civ. e alle regole specifiche di cui all'articolo 122 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 - oggi anche degli articoli 2341 *bis* e *ter* cod. civ.). L'inaspettata posizione assunta dal legislatore della riforma, in realtà, si pone sullo stesso piano

al quarto comma, su richiesta dell'alienante o dell'acquirente, verso esibizione del titolo da cui risultino il trasferimento e l'avvenuto deposito. - L'atto di trasferimento delle quote, con sottoscrizione autenticata, deve essere depositato entro trenta giorni per l'iscrizione, a cura del notaio autenticante, presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale»: *n.d.r.*] non possono, in realtà, farsi rientrare tra le clausole di consolidazione. In effetti nell'una e nell'altra non si assiste, in morte del partecipante, ad alcun accrescimento della quota da parte dei soci superstiti (elemento, questo, ovviamente necessario per potersi parlare di clausola di consolidazione), ma solo a surrogazione della partecipazione societaria spettante agli eredi con la liquidazione di essa».

⁴¹ Al riguardo, si rinvia alle considerazioni svolte nel primo capitolo.

⁴² Con riguardo alla società per azioni dottrina e giurisprudenza erano infatti orientate nel senso di negare validità a clausole dello statuto che introducessero un divieto di trasferimento delle azioni, benché limitato nel tempo. In tal senso, Cassazione, 15 maggio 1978, n. 2365, edita in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 639, in *Foro it.*, 1978, I, p. 2781 e in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1978, II, p. 316, che aveva affermato l'invalidità della previsione statutaria di gradimento meramente discrezionale proprio argomentando dalla sua assimilazione alla clausola di divieto di alienazione. Conforme T. ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'articolo 2441 cod. civ. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, p. 531, nota 2.

della previsione di cui all'articolo 2341 *bis* cod. civ., contestualmente novellato, la cui *ratio* è desumibile dalla stessa lettera della norma e ravvisabile nell'esigenza di stabilizzare gli assetti proprietari e, con particolare riferimento agli atti *inter vivos*, evitare scalate ostili al controllo della società⁴³.

Allo stesso modo nell'ordinamento tedesco „*Vinkulierungsklauseln haben in aller Regel den Sinn, die fragliche Gesellschaft gegen das Eindringen Dritter in den Kreis ihrer Gesellschafter abzuschotten*“⁴⁴.

Residuano, tuttavia, alcune perplessità sull'applicabilità del divieto di alienazione in caso di trasferimenti *mortis causa* nelle società per azioni: più precisamente, secondo alcuni⁴⁵, da un confronto meramente letterale tra i commi primo e terzo dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. sembrerebbe evincersi che le clausole di intrasmissibilità non siano applicabili ai trasferimenti di cui si discute, per la ragione che la loro peculiare incidenza sul profilo successorio richiederebbe meccanismi e correttivi di indennizzo verso i successori del *de cuius*, che la legge testualmente prevede solo per le clausole che “sottopongono a particolari condizioni” il trasferimento delle azioni e non per quelle che lo vietano (al contrario della corrispondente disciplina in tema di società a responsabilità limitata, che si riferisce a tutte le clausole che, in vario modo, impediscono il trasferimento a causa di morte - siano quindi, riprendendo le categorie innanzi menzionate, di intrasferibilità assoluta o relativa - prevedendo che il socio o i suoi eredi abbiano, nel periodo in cui restano in vigore, un diritto di recesso liberamente esercitabile, salva la limitazione di cui al secondo comma dell'articolo 2469 cod. civ.).

È pertanto logico argomentare, secondo il noto brocardo *ubi lex voluit dixit*, che, stante la diversa scelta operata dal legislatore nel disciplinare la medesima materia nei due tipi societari summenzionati, la legge abbia inteso non prevedere, a fronte dell'esistenza di una clausola di intrasferibilità assoluta di azioni, il medesimo

⁴³ F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, op. cit., p. 214.

⁴⁴ «Le clausole limitative hanno in tutti i casi lo scopo di isolare la società dall'ingresso di un terzo nella cerchia dei suoi soci». M. LUTTER, B. GRUNEWALD, *Gesellschaften als Inhaber vinkulierter Aktien und Geschäftsanteile*, in *Die Aktiengesellschaft*, 1989, XII, p. 409 e ss.

⁴⁵ L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., pp. 609 e ss.

correttivo adottato per le quote di partecipazione in società a responsabilità limitata⁴⁶. Per altro verso, occorre pure evidenziare che, mentre nella disciplina di queste ultime non vi è alcuna limitazione temporale della durata del divieto in parola, nel caso delle società per azioni l'articolo 2355 *bis* cod. civ. stabilisce una durata massima del divieto statutario di trasferimento in cinque anni dalla costituzione della società o dal momento in cui il divieto viene introdotto (analogamente a quanto dispone l'articolo 2341 *bis* cod. civ. in tema di patti parasociali, dei quali, però, è esplicitamente ammesso il rinnovo alla scadenza). Ne consegue, dunque, che, secondo quanto sostenuto da parte della dottrina, «la tutela del socio sembrerebbe in questo tipo sociale anticipata all'atto dell'introduzione della clausola nell'atto costitutivo *ex* articolo 2437, secondo comma, lettera b). Introdotta la clausola, il socio che non ha esercitato il diritto di recesso resta prigioniero della società per un periodo massimo di cinque anni e al fine di tutelare i propri interessi potrà usufruire solo dei mezzi di tutela endosocietari che l'ordinamento gli fornisce»⁴⁷. Allo stesso modo, nell'ipotesi di apertura della successione del socio all'interno dell'arco temporale di efficacia della disposizione, sarà la sua partecipazione sociale a rimanere “prigioniera della società”, non potendo, neppure alla scadenza del quinquennio, essere trasferita ai successori del *de cuius*.

Quanto ora evidenziato non esclude, però, che i membri della compagine sociale, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possano accordare un diritto di

⁴⁶ Non si ritiene pertanto condivisibile quanto sostenuto da L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 610, secondo il quale «se dunque la legge tollera che questa sia la situazione in cui l'acquirente *mortis causa* si trova a fronte di una clausola di gradimento, che limita ma non esclude la circolazione, non vi sono motivi per ritenere che ciò non possa accadere anche per la clausola di divieto di alienazione. La situazione dell'erede o del legatario è nei due casi esattamente identica, e non si vede perchè se lo statuto vietava il trasferimento la loro tutela dovrebbe essere in forma specifica (con l'iscrizione nel libro soci) anziché semplicemente indennitaria (la liquidazione)».

⁴⁷ A. DENTAMARO, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 384.

recesso al singolo socio⁴⁸ ovvero prevedere i termini della liquidazione a favore dei successori del medesimo.

Nonostante la scelta operata dal legislatore, se intesa nei termini suaccennati, paia pienamente condivisibile, rimane, tuttavia, ancora qualche dubbio sull' idoneità dell' indicata limitazione temporale a rendere una clausola di divieto di trasferimento rispettosa del principio generale della libera circolazione della partecipazione sociale, sancito *ex* articolo 4, primo comma, della legge delega per la riforma del diritto societario (legge 3 ottobre 2001, n. 366)⁴⁹.

V'è da dire, però, che tale ultimo principio finisce con l'essere sacrificato a favore di un altro principio, cardine del nostro ordinamento, ovvero quello dell'autonomia negoziale privata: il potere, cioè, riservato alle parti di «determinare il contenuto del contratto, di forgiare contratti “innominati”, ma anche il potere di scegliere liberamente tra contratti tipici»⁵⁰, così come previsto dall'articolo 1322 cod. civ., a mente del quale «le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

Ed è in virtù di quello stesso principio di autonomia negoziale che si è recentemente venuta affermando una diversa lettura dell'articolo 458 cod. civ., soprattutto a seguito delle novità introdotte in ambito societario con riferimento alle disposizioni sull'analisi delle quali ci si è sinora soffermati.

⁴⁸ Non si concorda con la dottrina ora citata sul fatto che «nel periodo in cui è in vigore la clausola che vieta il trasferimento della partecipazione non è consentito al socio di esercitare il diritto di recesso, né sembra possibile attribuire tale diritto statutariamente» (A. DENTAMARO, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 384).

⁴⁹ Il quale così recita: «la disciplina delle società per azioni è modellata sui principi della rilevanza centrale dell'azione, della circolazione della partecipazione sociale e della possibilità di ricorso al mercato del capitale di rischio».

⁵⁰ A. CERRI, *La costituzione ed il diritto privato*, in *Trattato di Diritto privato. Premesse e disposizioni preliminari*, diretto da P. RESCIGNO, I, Torino, 2003, p. 187.

6. Il divieto dei patti successori: spunti per una rilettura alla luce delle novità introdotte con le recenti riforme

Il divieto dei patti successori è previsto nel nostro ordinamento dall'articolo 458 cod. civ., il quale accomuna tre distinte fattispecie: patti istitutivi (i cui estremi si delineano qualora taluno disponga contrattualmente della propria successione), dispositivi (ovvero pattuizioni mediante le quali un soggetto dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta) e rinunciativi (con ciò intendendosi le convenzioni attraverso le quali taluno rinuncia semplicemente ai diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta).

Dei tre profili del divieto ora menzionati quello che viene in rilievo ai fini della presente trattazione è quello attinente ai patti istitutivi: le clausole in esame, infatti, non concernono la rinuncia a una successione altrui, né assumono forma di atto dispositivo dei beni compresi nel patrimonio ereditario di altri, bensì, nella loro idoneità ad incidere sulla destinazione della partecipazione sociale del *de cuius*, possono determinare certe conseguenze nella dimensione successoria, la cui incidenza deve essere vagliata ai sensi dell'articolo 458 cod. civ., o, meglio, della *ratio* sottesa a questa disposizione.

Non vi è unanimità di vedute in dottrina nell'individuare il senso del divieto di cui si discute. Secondo la tesi tradizionalmente seguita, lo scopo perseguito sarebbe quello di tutelare la libertà di ognuno di disporre per dopo la propria morte, assicurando quindi all'individuo l'assoluta *libertas testantis usque ad vitae supremum exitum* e garantendo la piena spontaneità e massima ponderatezza per le ultime volontà. Da più parti si osserva, tuttavia, l'irriducibilità della logica del divieto dei patti successori al principio indicato (la cui valenza, per converso, va indubbiamente riconosciuta, anche nella materia ora in esame): infatti, fermo che l'atto *mortis causa* non potrà mai essere espressione di una volontà scevra da condizionamenti, se unico scopo della legge fosse stato veramente quello di assicurare ad ognuno il potere di mutare sempre la sorte delle situazioni giuridiche aventi "origine" nella propria morte, sarebbe bastato che l'ordinamento avesse sancito, come effetto

legale necessario, il diritto di recedere a favore di colui che abbia disposto contrattualmente a causa di morte⁵¹.

Seguendo la ricostruzione offerta da altra dottrina, l'articolo 458 cod. civ. non farebbe altro che riproporre quanto già disposto dal primo comma dell'articolo 457 cod. civ., del quale quindi non costituirebbe altro che un mero corollario. Il fondamento comune alle due disposizioni risiederebbe, infatti, nell'esigenza di tipicità delle fonti di delazione, come, del resto, pare confermato dal tenore della Relazione ministeriale di accompagnamento, ove si legge che «affermando espressamente la nullità di qualsiasi convenzione con la quale taluno disponga della propria successione e di ogni atto con il quale taluno disponga o rinunci a diritti che gli possono spettare per una successione non ancora aperta, e collocando tale norma in un articolo di nuova formulazione nella sede propria e cioè immediatamente dopo l'articolo 457», ciò facendo, «la norma costituisce la logica conseguenza del principio che la delazione dell'eredità può aver luogo soltanto per legge o per testamento»⁵².

L'assunto, benché condivisibile nel suo significato, appare però apodittico, posto che la tipicità delle fonti di delazione, proprio in quanto si traduce nella compressione dell'autonomia privata, è un modo di attuazione del divieto stesso, mentre non è in grado di spiegarne assolutamente la *ratio*.

Parrebbe, ancora, non soddisfacente la ricostruzione offerta da altro orientamento, che ancora il disposto dell'articolo 458 cod. civ. al divieto di *votum captandae mortis* o *votum corvinum*: secondo questa tesi i patti successori sarebbero vietati in quanto, una volta posti in essere, potrebbero determinare in coloro che ne traggono vantaggio l'intimo desiderio del decesso del soggetto della cui successione si tratta. La considerazione di tale profilo etico, benché ammirevole, così come non pare essere stata minimamente seguita nelle altre parti del codice che di questi profili si occupano, parimenti qui non sembra venire in rilievo: in base allo stesso disposto

⁵¹ C. CACCAVALE, *Il divieto di patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, Padova, 1994, p. 38.

⁵² Relazione ministeriale al codice civile, n. 225.

dell'articolo 2284 cod. civ., infatti, i membri di una società di persone potrebbero confidare nella morte di uno di essi, desiderando continuare a svolgere da soli l'attività sociale.

Resta da ricordare, infine, un altro orientamento, il quale ritiene che il divieto di cui all'articolo 458 cod. civ. risponda ad un ossequio alla volontà del *de cuius*, bandendo «congegni negoziali, i quali, alla stregua dei generali principi del diritto vigente, avrebbero imposto, una volta apertasi la successione, di tener conto, come della volontà e delle esigenze che erano proprie del *de cuius*, così, parimenti, degli interessi e della volontà della controparte»⁵³, escludendo inoltre sul disponente a causa di morte l'onere di portare a conoscenza del beneficiario l'eventuale revoca della disposizione.

Anche questa ricostruzione, tuttavia, non pare dare esauriente risposta all'interrogativo sulla *ratio* del divieto in esame, soprattutto alla luce delle deroghe al medesimo che sono state introdotte con le recenti riforme, *in primis* nell'ambito societario e *in secundis* in materia di patto di famiglia.

Con il superamento delle tesi tradizionalmente seguite, si è suggerita un'interpretazione sistematica della norma dell'articolo 458 cod. civ. con quella di cui all'articolo 457, terzo comma, cod. civ. Seguendo la ricostruzione proposta, il divieto sancito dalla norma in esame non costituirebbe altro che la chiusura di un sistema volto ad evitare la frammentazione della vicenda successoria in una pluralità di fasi, che potrebbero determinare una vanificazione di quei meccanismi di riequilibrio patrimoniale, quali riduzione e collazione, previsti a tutela di specifiche categorie di soggetti, ovvero i legittimari, da un lato, e i coeredi legati dai rapporti di cui all'articolo 737 cod. civ., dall'altro.

Questo si riverbera inevitabilmente sull'esplicarsi della libertà testamentaria, «la quale deve in pratica intendersi come lo stesso potere di autonomia, in quanto se ne faccia uso dal privato per regolare la propria successione *mortis causa* mediante testamento»⁵⁴, che incontra nel nostro ordinamento limiti non solo di natura

⁵³ C. CACCAVALE, *Il divieto di patti successori*, op. cit., p. 43.

⁵⁴ S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, pp. 19 e 24.

strutturale e formale (si pensi al divieto di testamento congiuntivo o, ancora, alle particolari previsioni dettate in materia di forma), ma pure di tipo contenutistico: in altre parole, «non si potrebbe tuttavia giungere ad escludere che le norme sulla legittima integrino a loro volta un limite all'autonomia privata, e più particolarmente alla libertà di testare, che della prima non costituisce [...] se non un aspetto»⁵⁵. Non si può non rilevare, poi, come il sistema predisposto a tutela dei legittimari incida sugli stessi atti *inter vivos* compiuti dall'ereditando, atteso che, ai fini del calcolo della legittima, *ex* articolo 556 cod. civ. occorre considerare non solo il *relictum* (al netto delle passività), ma pure il *donatum*. Ne discende una certa «non definitività di tutte le attribuzioni patrimoniali gratuite in pendenza della successione *mortis causa*»⁵⁶, purché queste integrino una liberalità ai sensi dell'articolo 555 o, per il rinvio a quest'ultimo, dell'articolo 809 cod. civ.

Vale la pena ricordare che le disposizioni ora menzionate, unitamente al corrispondente articolo 554 cod. civ. in tema di riduzione delle disposizioni testamentarie, garantiscono, attraverso strumenti di natura giurisdizionale (trattasi, infatti, di diritti potestativi ad attuazione processuale), la salvaguardia delle ragioni dei legittimari (i quali, per converso, *ex* articolo 557, secondo comma, cod. civ. non possono rinunciare al diritto di agire in riduzione finché viva il donante, né con dichiarazione espressa, né prestando il loro assenso alla donazione) e, in una con il disposto di cui all'articolo 457, primo comma, cod. civ. sulla tipicità delle fonti di delazione ereditaria, assicurano il rispetto del principio di unità della successione.

Al fine di tutelare adeguatamente le ragioni dei legittimari, il sistema approntato dal legislatore interviene quindi arginando il campo di operatività dell'autonomia privata, sia sul piano contenutistico che su quello formale: riprova ne è certamente la tendenza a contenere il numero delle attribuzioni ascrivibili alla categoria dell'articolo 809 cod. civ., laddove già la formalità richiesta per il testamento e per le donazioni è idonea, invece, ad assicurare l'agevole ricorso agli appositi strumenti di impugnativa negoziale, quali azione di riduzione e restituzione (impregiudicata,

⁵⁵ S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, op. cit., p. 28.

⁵⁶ L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, pp. 86 e ss.

naturalmente, l'esperibilità degli altri rimedi discendenti dall'invalidità delle pattuizioni in esame o l'applicabilità, eventualmente, dell'istituto della collazione).

Il ragionamento ora esposto costituisce una preziosa chiave di lettura nella valutazione di qualsiasi ulteriore apertura del legislatore a favore dell'autonomia privata delle parti, ove questa possa incidere sul regime successorio e, in particolare, su quello di tutela dei legittimari. Le novità introdotte con la riforma del diritto societario (in particolare, agli articoli 2355 *bis* e 2469 cod. civ.) paiono, pertanto, costituire, nella logica di riaffermazione del principio generale della libertà negoziale, una restrizione all'operatività della stessa norma (già limitativa) di cui all'articolo 458 cod. civ., la quale non ha, contrariamente a quanto da taluni sostenuto (o auspicato), cessato di svolgere una propria autonoma funzione all'interno del sistema. È rimesso, dunque, all'interprete il compito di saper cogliere la diversa valenza assunta dal divieto in parola e, in ragione di ciò, condurre sulle pattuizioni statutarie in esame la valutazione di meritevolezza che, in termini generali, l'articolo 1322 cod. civ. pone a fondamento del valido esplicarsi dell'autonomia contrattuale e a sostegno della quale già astrattamente militano i summenzionati articoli 2355 *bis* e 2469 cod. civ.

Accingendosi a quest'operazione di qualificazione giuridica, occorre preliminarmente rivolgere l'attenzione alla discussione che da decenni coinvolge le note categorie dei negozi *inter vivos* e *mortis causa*, della quale si cercherà ora di dare conto, avvertendo dell'imprecisione che connota frequentemente l'utilizzo della menzionata distinzione.

7. **Per una qualificazione della natura delle clausole che introducono limiti al trasferimento della partecipazione sociale: breve *excursus* sulle categorie giuridiche dell'atto *inter vivos*, *mortis causa*, *post mortem* e *trans mortem***

Degna di nota è quella dottrina alla quale si deve il merito di aver posto finalmente chiarezza nell'utilizzo delle nozioni rubricate, spesso confuso e impreciso sotto il profilo logico-funzionale.

Si è, in particolare, affermato che il termine *inter vivos* intende esprimere l'idea di una relazione intersoggettiva, ovvero di una situazione giuridica che in senso lato collega più persone viventi, traendo, questa, origine da un atto che incide o rileva contemporaneamente nella sfera giuridica e del suo autore e di uno o più terzi, determinati o indeterminati⁵⁷. Diversamente, secondo detto orientamento, ciò che contraddistingue l'atto *mortis causa* è la sua funzione, tesa a regolare rapporti e situazioni, patrimoniali e non, per il tempo e in dipendenza della morte del disponente, i quali vengono a formarsi in via *originaria* con il decesso del soggetto o dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione, nessun effetto - nemmeno prodromico o preliminare - essendo destinati a produrre prima di tale evento⁵⁸. Ciò premesso, ricorre un'attribuzione *mortis causa* solo ove l'atto venga realmente a regolare una situazione *post mortem*, la disposizione potendosi ritenere effettivamente riferita, nei suoi elementi oggettivi e soggettivi, soltanto al tempo della morte dell'attribuente.

La qualificazione di un atto quale *mortis causa* attiene pertanto a un piano ulteriore rispetto al profilo concernente le modalità attraverso le quali lo stesso può assumere rilevanza giuridica per i consociati. Sotto tale punto di vista, diviene invero fondamentale il ricorso alla distinzione tra atto *inter vivos* (nel significato innanzi illustrato, di atto che incide contemporaneamente nella sfera giuridica del suo autore e di uno o più terzi) e atto di ultima volontà: quest'ultimo - ferma restando la sua connotazione funzionale, per antonomasia, in termini di atto *mortis causa* - non tende, né è destinato a creare una relazione giuridica tra disponente e terzi, ma, al contrario, rileva per la generalità come proveniente da chi non è più tra i vivi⁵⁹, non potendosi quindi in alcun modo predicare la sua natura *inter vivos*.

La connotazione *mortis causa* cui si faceva cenno inerisce, invece, alla tipologia di funzione o causa negozialmente perseguita e, pertanto, può individuarsi sia con riferimento ad un atto di ultima volontà, sia con riguardo a un atto *inter vivos*, che,

⁵⁷ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 52.

⁵⁸ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, op. cit., p. 37.

⁵⁹ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, op. cit., p. 55.

pur essendo a causa di morte, dà luogo a un rapporto giuridico tra due o più soggetti.

Ove l'evento morte non venga in rilievo sotto il profilo funzionale, ma rappresenti un mero elemento accidentale del negozio, cui ricollegarne l'efficacia, l'atto non si configura *mortis causa*, bensì meramente a effetti *in diem mortis dilati*. È a quest'ultima differente tipologia di fattispecie negoziali che ci si riferisce comunemente con l'espressione atti *post mortem*.

Al riguardo taluno nota che un'analisi condotta con ricorso a tale distinzione sarebbe propedeutica ad ogni indagine relativa ad atti in cui le parti facciano riferimento al fatto della morte. In particolare atto *mortis causa* sarebbe quell'«atto che è stato preparato con una precisa destinazione che è quella di trovare nella morte la causa dell'attribuzione»⁶⁰ - la morte costituendone appunto l'elemento causale -, mentre con atto *post mortem* verrebbe designato il negozio in cui «la morte è evento dedotto in condizione o è termine fissato dalle parti in un negozio *inter vivos* per la produzione degli effetti giuridici finali del negozio»⁶¹.

Da ciò consegue che indici propri di un'attribuzione a causa di morte risulterebbero necessariamente, da un lato, «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»⁶² e, dall'altro lato, «la considerazione della persona del beneficiario come esistente in quello stesso momento»⁶³. La disposizione *mortis causa*, in quanto tale, non potrebbe che avere ad oggetto un *quod superest*, oltre ad essere inevitabilmente soggetta alla condizione della sopravvivenza del beneficiario, solo così risultando effettivamente riferita al tempo della morte

⁶⁰ A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale. Le forme alternative al testamento: modelli stranieri, elaborazione dottrinale, esperienze pratiche*, Napoli, 1983, p. 50.

⁶¹ A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, op. cit., p. 50.

⁶² G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, op. cit., p. 42.

⁶³ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, op. cit., p. 42.

dell'attribuente come se fosse compiuta nel preciso momento in cui si determina la situazione *post mortem*⁶⁴.

V'è da dire poi che, sulla scorta della tesi ora illustrata, altra dottrina individua tra gli atti *inter vivos*, accanto ai negozi *mortis causa* e *post mortem*, un'ulteriore categoria negoziale, nella quale convergono gli atti qualificati *trans mortem*. Pur essendo emerse diverse perplessità sulla correttezza ed utilità della distinzione così introdotta - per la circostanza che, pure per gli atti *trans mortem*, la morte non attiene alla struttura del negozio (come invece negli atti *mortis causa*), bensì rileva solo occasionalmente, quale elemento condizionante l'efficacia dell'atto (come del resto avviene, in generale, per i negozi *post mortem*) - si ritiene di dover prestare adesione a questa ulteriore corrente di pensiero, cui va riconosciuto il pregio di aver evidenziato alcuni aspetti di indubbio valore per la trattazione svolta in questa sede. Seguendo

⁶⁴ Osserva M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, op. cit., pp. 24 e ss. che «da 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 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 cose altrui». L'autore conclude nel senso che nel nostro ordinamento l'incidenza della morte sul profilo oggettivo sarebbe elemento riferibile solo agli atti *mortis causa* a effetti reali. In realtà pare opportuno scindere in ragione del tipo di contratto cui si riferisce il legato, estendendo tale considerazione ai rapporti contrattuali che abbiano anche effetti reali. A questo proposito F. GRADASSI, *Clause testamentarie in tema di legato di posizione contrattuale*, in *Notariato*, 1999, I, pp. 43 e ss., in tema di legato di posizione contrattuale in genere, rileva che «potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui entrambe le parti abbiano, al momento dell'apertura della successione, già eseguito interamente le rispettive prestazioni. È l'ipotesi, per esemplificare, il cui testatore, dopo aver legato la propria posizione di promittente venditore o promissario acquirente, di un preliminare di vendita immobiliare, proceda alla stipulazione del definitivo prima del decesso. In tal caso, ove nulla venga disposto nel testamento, si porrebbe l'alternativa di considerare la disposizione testamentaria: a) inefficace, essendo insuscettibili di ulteriore esecuzione le prestazioni ivi considerate, ovvero b) nulla per impossibilità dell'oggetto, ovvero c) riqualificare il legato di posizione contrattuale in un legato avente ad oggetto i beni acquisiti dal *de cuius* a seguito dell'esecuzione del contratto». In ogni caso, sulla particolare natura della partecipazione sociale quale «posizione contrattuale obiettivata» si rinvia *supra* alla nota 11.

quest'impostazione⁶⁵, la configurabilità di un atto *trans mortem* sarebbe, infatti, ancorata alla presenza di tre componenti, così individuate: *a*) l'uscita del bene dal patrimonio del beneficiante prima della morte; *b*) la definitività dell'attribuzione del bene al beneficiario soltanto dopo il decesso del disponente, salva una possibile e parziale anticipazione degli effetti di tipo successorio; *c*) la revocabilità dell'attribuzione da parte del disponente sino alla sua morte; ove, invece, difettasse uno degli elementi elencati – normalmente la revocabilità – si potrebbe parlare solo di atti *post mortem* e non *trans mortem*⁶⁶.

⁶⁵ G. M. PUGLIESE, *Consolidamento, continuazione ed entrata: il problema della successione nella titolarità dell'impresa*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 826. A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2000, p. 627, fa riferimento ai negozi *trans mortem* come attribuzioni che potrebbero avere efficacia anche dopo la morte.

⁶⁶ Incidentalmente si noti che parte della dottrina, richiamandosi al *discrimen* ora tracciato, precisa che, mentre i negozi *trans mortem* costituirebbero atti *inter vivos* alternativi in senso stretto al testamento, quelli *post mortem* rappresenterebbero invece negozi *inter vivos* alternativi *lato sensu* alla disposizione testamentaria (F. SCAGLIONE, *Riflessioni in tema di successioni anomale e contratto di società*, in *Riv. not.*, 1994, II, p. 1020). Del resto il concetto di alternatività dei negozi *de quibus* rispetto al testamento era già stato oggetto di approfondimento negli studi di altro autore (R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 148), il quale, partendo dalla distinzione tra atti *inter vivos* e di ultima volontà (nei termini proposti dal Giampiccolo, così come richiamata nella presente trattazione), evidenziava che di alternatività rispetto al negozio testamentario si potesse parlare solo in presenza di atti *inter vivos*, posto che nel nostro ordinamento è esclusa ogni forma di attribuzione patrimoniale – con ciò intendendosi ogni disposizione i cui effetti si risolvano in uno spostamento patrimoniale da una sfera giuridica ad un'altra – di natura *mortis causa* diversa dal testamento. Secondo il pensiero dell'autore, nel nostro sistema giuridico sarebbero ammessi atti *mortis causa* diversi dal negozio di ultima volontà testamentario purché privi di effetti attributivi: il riferimento sarebbe, in particolare, agli atti (quale, a titolo esemplificativo, quello in cui si nomina l'amministratore del patrimonio familiare) che «secondo la legge possono essere fatti sia con atto formalmente non testamentario sia con testamento. E sono tuttavia atti *mortis causa* perché sono diretti a regolare una situazione che trova origine soltanto nella morte. Però questi atti, pur qualificandosi *mortis causa*, non sono atti attributivi».

Alla luce delle posizioni assunte dalla dottrina ora illustrata, si può quindi concludere nel senso che i negozi attributivi a causa di morte si differenziano da quelli *inter vivos* a effetti *post mortem* o *trans mortem* per la diversa funzione e rilevanza che, nel fenomeno attributivo, assume l'evento morte, nonostante la considerazione che, attraverso un'analisi *ex post* degli effetti prodotti dal negozio, si

Siffatti negozi condividono sì con gli atti *post mortem* la rilevanza soltanto occasionale dell'evento morte, ma ne differiscono tuttavia per la facoltà di revoca dell'attribuzione riconosciuta al disponente sino al momento del suo decesso.

Non si deve dimenticare, infine, che, nella dottrina più recente, si è individuata una residuale tipologia di operazioni negoziali, le quali, pur non potendo essere ascritte né agli atti *mortis causa*, né a quelli *trans mortem* o *post mortem*, condividono con questi l'assunzione di rilevanza del vincolo negoziale al momento della morte del soggetto e assumono delle particolari implicazioni successorie⁶⁷.

Sulla base di queste premesse si potrà quindi procedere all'analisi di ciascuna tipologia delle clausole statutarie con le quali si determini la sorte della partecipazione sociale a seguito della morte del socio, prestando particolare attenzione nella verifica se l'attribuzione, di volta in volta considerata, avvenga o meno in funzione e a causa di quest'ultimo evento.

Come già anticipato, l'indagine sarà strutturata sull'esame, su fronti opposti, dapprima delle clausole che, disposte in favore degli altri soci superstiti, limitano o escludono l'ingresso in società dei successibili del socio defunto e, successivamente, di quelle che favoriscono o determinano invece tale risultato.

potrebbe essere indotti ad affermare che in entrambe le ipotesi l'atto miri a disciplinare un rapporto determinatosi per effetto della morte.

⁶⁷ M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, op. cit., pp. 110 e ss., che, per il vero, inserisce in questa residuale categoria anche ipotesi non negoziali.

CAPITOLO IV

CLAUSOLE DI CONSOLIDAZIONE A FAVORE DEI SOCI SUPERSTITI

1. Clausole di consolidazione: nozione e tipologie

Muovendosi nell'ambito delle clausole che limitano o escludono l'ingresso in società dei successibili del *de cuius*, la tutela delle esigenze di coesione tra soci può essere in primo luogo affidata a quelle clausole che sono comunemente definite "di consolidazione".

L'appellativo che le designa trae origine dalla precipua finalità perseguita dai paciscenti: lo scopo ultimo di tali clausole si identifica, infatti, nel progressivo *consolidamento* delle quote di partecipazione dei soci premorti in capo ai membri superstiti della compagine sociale¹, sino a giungere alla completa estinzione della pluralità degli appartenenti al gruppo.

Tali convenzioni sono radicate sul preminente apprezzamento che viene riconosciuto all'apporto personale dei singoli soci, i quali automaticamente subentrano - attraverso un fenomeno altresì qualificato come *accrescimento* o *concentrazione* - nella posizione sociale prima ricoperta dal defunto, in luogo di qualsiasi altro successibile di quest'ultimo.

¹ O eventualmente anche in capo ad un terzo non socio e non successore del defunto (G.C.M. RIVOLTA, *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995, p. 168).

Al riguardo T. TASSANI, *Clausole statutarie e morte del socio: riflessi nelle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, XXII, pp. 1063 e ss., distingue la figura autonoma delle "clausole di entrata", che avrebbero la funzione di far entrare in società un soggetto determinato, ma non come effetto della successione nella titolarità della quota di partecipazione, bensì come conseguenza della stipulazione di un nuovo rapporto sociale, previa liquidazione dei successori del socio defunto. Su queste e sul loro corrispondente dell'ordinamento tedesco (le cosiddette *Eintrittsklauseln*) ci si soffermerà più ampiamente nel prosieguo (pp. 232 e ss.).

A suscitare da diversi anni il vivace dibattito che anima la dottrina e la giurisprudenza sono tuttavia le modalità con le quali lo scopo di consolidazione può essere perseguito (e conseguito) nell'ambito dei rapporti *inter socios* nonché gli effetti che le convenzioni in parola sono idonee a produrre nei confronti di quella particolare categoria di terzi costituita dai successori, legittimi o testamentari, del *de cuius*.

L'eterogenea e poliedrica formulazione con la quale tali clausole statutarie si riscontrano adottate nella prassi rende opportuna la ricerca di uno o più modelli comuni di riferimento ai quali poter poi ricondurre le convenzioni di volta in volta considerate.

Ecco quindi che la preliminare distinzione da tracciare all'interno della categoria delle clausole di consolidazione *lato sensu* intesa concerne, da un lato, le convenzioni raggiunte *inter socios* e, dall'altro, le pattuizioni di diverso tenore concordate tra il socio e la società. L'utilità pratica di tale *discrimen* può indubbiamente essere colta esaminando le modalità concrete di attuazione delle previsioni contenute nelle suddette clausole. Infatti - senza voler già assumere posizione in merito alla questione sull'*an* (e sul *quantum*) della liquidazione da corrispondersi a coloro che, in difetto di consolidazione, sarebbero subentrati nella posizione di socio² - si può notare che, solo nell'ipotesi in cui il patto sia reciprocamente a favore e a carico dei (o di alcuni) soci, ha luogo un incremento (quantitativo o qualitativo) della partecipazione dei superstiti nella società, in ragione dell'estensione della posizione sociale di cui era precedentemente titolare il defunto³.

² Sulla quale ci si soffermerà ampiamente *infra* (in particolare, pp. 80 e ss. e pp. 253 e ss.).

³ Sulla questione si veda ampiamente G. BARALIS, O. CAGNASSO, *La morte del socio di società di persone*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, *Azienda ed impresa individuale e collettiva nella successione mortis causa: problemi di diritto civile e tributario*, Palermo, 1983, p. 86 e 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, *Azienda ed impresa*, op. cit., pp. 222 e ss., ove si evidenzia che «nell'ipotesi in cui il patto non sia reciprocamente a favore e a carico dei soci, ma intervenga fra i soci e la società altro non si avrà che una regolamentazione particolare [...] della liquidazione della quota spettante agli eredi del socio defunto», tanto che si discute sulla

Di conseguenza, si ritiene di concordare con chi propone una qualificazione delle pattuizioni intervenute direttamente tra socio e società in termini di “clausole di consolidazione improprie”, ove «pur senza potersi parlare di consolidazione, gli effetti negativi a carico degli eredi del socio [esclusi dalla successione nella titolarità della partecipazione sociale del socio defunto: *n.d.r.*] potranno essere raggiunti con altra e simile clausola che preveda che nulla potranno vantare gli eredi del socio defunto nei confronti della società»⁴.

Ciò detto, la presente trattazione involgerà le problematiche che concernono le clausole di concentrazione proprie (salvo ogni più opportuno riferimento a quelle definibili, giusta quanto sopra, improprie).

necessità di procedere a una riduzione del capitale sociale. Occorre, tuttavia, precisare che in altro passo della relazione da ultimo citata, l'autore nota che l'eventuale accordo raggiunto tra il singolo socio e la società produce effetti anche nei confronti degli altri appartenenti alla compagine sociale, atteso che «del mancato rimborso del conferimento profitta sì la società, ma collateralmente ne profitano i soci che vedono aumentare il patrimonio sociale di un valore pari al conferimento non rimborsato e quindi accrescono il valore della propria quota e altrettanto può dirsi, *mutatis mutandis*, per il mancato rimborso dell'eccedenza dell'attivo sociale che dovrebbe essere compreso nel diritto alla liquidazione della quota» (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*, op. cit., p. 229).

In realtà, uno spunto per la soluzione dell'antinomia che pare emergere dalle notazioni innanzi riportate può essere utilmente fornito dalle considerazioni svolte nel prosieguo in merito alla distinzione, proposta da parte della dottrina e della giurisprudenza, tra effetti attributivi e conformativi delle clausole in questione (si veda *infra* a pp. 77 e ss.).

In ogni caso, trattando delle società di capitali, dovrebbe tenersi conto dei limiti (e dei divieti) fissati dal legislatore con riferimento all'acquisto di partecipazioni proprie, ai quali si accennerà *infra* (si veda pp. 264 e ss.).

⁴ 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, *Azienda ed impresa*, op. cit., pp. 219 e ss. Le clausole di cui si discute, benché non assumano la struttura tipicamente propria delle clausole di accrescimento, presentano rispetto a queste ultime, pertanto, profili di comune rilievo con particolare riguardo agli effetti che sono idonee a produrre nei confronti dei successibili del *de cuius*.

Evidenziati i caratteri che valgono a connotare le clausole di consolidazione proprie, occorre ricordare che elemento generalmente ricorrente nelle pattuizioni *de quibus* è il profilo di reciprocità delle stesse, nel senso che, aderendo al contratto sociale o al patto parasociale, ciascun socio accetta il rischio della premorienza e, per contro, il vantaggio connesso alla propria sopravvivenza rispetto agli altri, al fine di valorizzare al massimo l'intangibilità di patrimonio e di compagine sociali a fronte delle vicende che possono interessare il singolo partecipante. Nulla impedisce, tuttavia, che le menzionate disposizioni contemplino un meccanismo negoziale differente, destinato ad operare in favore di alcuni soltanto dei soci ovvero di una particolare categoria di essi, e, inoltre, che la consolidazione si realizzi in modo non proporzionale⁵. Per i motivi già esposti, tali elementi differenziali, però, non valgono a privare siffatte pattuizioni del carattere di clausole di consolidazione proprie, dal momento che, mediante la loro operatività, si dà luogo, in ogni caso, a un fenomeno di accrescimento che coinvolge direttamente i soci o eventualmente soltanto alcuni di essi.

La riflessione da ultimo svolta offre lo spunto per un'ultima precisazione di natura preliminare. L'accrescimento della quota del defunto ai soci superstiti (o soltanto ad alcuni di essi o, eventualmente - ma ciò fuoriesce dall'ambito della presente indagine - ad altri soggetti, terzi rispetto alla società) può infatti essere subordinato alla mancanza di successibili di determinate categorie riservate⁶ ovvero può semplicemente essere esclusivo di ogni altra ipotesi di successione.

⁵ Al riguardo, L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2008, pp. 369 e ss., sottolinea come il ricorso a tale tipologia di clausole permetta di combinare l'esigenza di conservare un determinato assetto societario con la specifica realtà familiare che può fungere da substrato alla società, impedendo che la morte di un socio (familiare), in virtù della combinazione delle regole successorie con quelle societarie, determini un'alterazione sensibile dei rapporti all'interno della compagine sociale.

⁶ A titolo esemplificativo, in forza dell'autonomia statutaria, nello statuto di una società in accomandita la consolidazione potrebbe essere prevista solo fra accomandanti o solo fra accomandatari, di conseguenza essendo fugato ogni dubbio su di un'eventuale assunzione di responsabilità illimitata da parte dell'accomandante che acquisisca per consolidazione una frazione della quota dell'accomandatario. In merito alla questione ora accennata, infatti, la dottrina non è

La situazione che si verifica in forza dell'applicazione di siffatte disposizioni sarebbe apparentemente simile a quella determinata dalle clausole di intrasmissibilità assoluta⁷, dalle quali, tuttavia, i patti di consolidazione – come già rilevato⁸ - vanno nettamente distinti. Un fenomeno di consolidazione può riscontrarsi solo ove vi sia una prosecuzione in capo ad altri di un rapporto originariamente riferibile al *de cuius*.

Chiarite, quindi, le differenze, *in primis*, tra clausole di consolidazione proprie e improprie e, *in secundis*, tra convenzioni di intrasmissibilità relativa (nelle quali, appunto, rientrano le prime) ed assoluta, si può ora focalizzare l'attenzione sulla natura giuridica di quelle pattuizioni che vengono propriamente ricondotte nella prima categoria.

A questo proposito, non sono mancate voci in dottrina volte a ricostruire la natura delle convenzioni in parola attraverso un richiamo delle disposizioni codicistiche che espressamente regolano alcuni casi di accrescimento, intendendo procedere a una applicazione estensiva della relativa disciplina anche alla presente fattispecie.

2. Il fenomeno dell'accrescimento: critica a una ricostruzione in termini generali

Preliminarmente occorre dar conto che il codice civile si occupa del fenomeno dell'accrescimento negli articoli 674-678 (accrescimento nelle successioni *mortis*

concorde: secondo alcuni (G. CARLINI, F. CLERICÒ e C.U. TRASATTI, *Morte del socio, diritti dei successori e modalità del subentro nelle società di persone*, in *Riv. not.*, 2003, VI, pp. 1443 e ss.) sarebbe fisiologico lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente alla quota dell'accomandatario con nascita di un diritto di credito alla liquidazione della stessa, secondo la disciplina di cui all'articolo 2284 cod. civ. Sulla fattispecie speculare a quella in esame che si delinea in presenza di una clausola di continuazione vedasi ampiamente *infra* (in particolare, pp. 215 e ss.).

⁷ Per queste il codice introduce agli articoli 2355 *bis* e 2479 un'apposita disciplina, in merito alla quale si rinvia *supra* (pp. 44 e ss.).

⁸ Si veda *supra* (in particolare, p. 45).

causa), 773 (accrescimento nelle donazioni) e 1874 (accrescimento nella rendita vitalizia)⁹.

Muovendo da queste basi vi è chi ha cercato di delineare una concezione unitaria di accrescimento, tanto nella materia della successione *mortis causa*, quanto in quella degli atti *inter vivos*, sostenendo che presupposto comune per l'operatività dell'istituto sia l'esistenza attuale o, quanto meno, potenziale, di una situazione soggettiva a cui faccia riscontro una pluralità di soggetti: secondo l'opinione citata, la suddetta contitolarità (ampiamente intesa) potrebbe sorgere «in ordine a qualunque diritto, dando luogo allo stato di comunione (*lato sensu*); di diritti reali e, in particolare, di proprietà (comproprietà o condominio); o di diritti personali (solidarietà)»¹⁰.

Vale la pena ricordare che risale già agli inizi del Novecento la pratica di adottare clausole di accrescimento nel settore della contitolarità¹¹, le quali prevedevano che alla morte di un comunista la quota di comproprietà di quest'ultimo relativamente ad un determinato bene si sarebbe accresciuta a quella degli altri contitolari

⁹ Ipotesi, queste, alle quali viene accostata quella dell'usufrutto congiuntivo (F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, p. 213, secondo il quale, in tale fattispecie, «ciascun usufruttuario superstite acquisterebbe la quota del premorto grazie ad una convenzione tra vivi», l'accordo così stipulato incidendo «sulle facoltà del nudo proprietario che acconsente alla circostanza che la morte di un usufruttuario non determini la consolidazione della proprietà». Occorre, poi, ricordare la norma di cui all'articolo 2609 cod. civ., la quale, nell'ambito dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi, prevede che «nei casi di recesso e di esclusione previsti dal contratto, la quota di partecipazione del consorziato receduto o escluso si accresce proporzionalmente a quelle degli altri» (a tale proposito si segnala la divergenza di opinioni in dottrina sul riferimento alla quota del fondo consortile ovvero alla quota di contingentamento: la dottrina dominante ritiene che l'accrescimento riguardi solo l'eventuale quota di produzione riservata al singolo consorziato e non la quota di partecipazione al consorzio, la quale deve essere in ogni caso liquidata; in tal senso cfr. Appello Milano, 5 dicembre 1975).

¹⁰ G. GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, Milano, 1956, p. 8.

¹¹ Tale scelta trovava la propria giustificazione nelle circostanze politico-legislative contingenti: dinanzi alla progressiva soppressione di enti e fondazioni di culto in corso all'epoca, i religiosi avvertivano la necessità di provvedere ai loro bisogni e l'*escamotage* veniva trovato nell'acquisto di beni in comproprietà apponendovi una clausola di accrescimento.

superstiti, che interinalmente godevano dell'usufrutto congiuntivo. In presenza di una comunione di diritti reali l'accrescimento veniva, quindi, giustificato ravvisando, a fronte dell'acquisto *ab initio* della nuda proprietà da parte dell'ultimo sopravvissuto, una situazione interinale di usufrutto congiuntivo tra i vari comproprietari.

Emblematico al riguardo è il caso, sottoposto pure all'attenzione della giurisprudenza, di una clausola di consolidazione che, ispirandosi al ragionamento innanzi illustrato e stabilendo l'intrasferibilità delle quote per atto di ultima volontà, disponeva, alla morte di ciascun socio, il passaggio della nuda proprietà di queste a favore di un ente terzo, il quale diveniva, quindi, gradualmente socio di maggioranza, mentre restava invece attribuito ai consoci sopravvissuti solamente l'usufrutto; la clausola citata prevedeva, altresì, gradualmente: *a*) il consolidamento della nuda proprietà con l'usufrutto a favore del terzo; *b*) il pieno ingresso del terzo nella società (come socio) al momento della riduzione del numero dei soci fondatori a due e *c*) il subentro totale di tale ente terzo pure nella posizione dei due soci fondatori al momento del verificarsi della morte di essi. In merito alla validità di siffatta pattuizione si è pronunciata la Corte d'Appello di Roma, la quale ha osservato che «la clausola in questione contempla un'attribuzione patrimoniale operata mediante il meccanismo del contratto a favore del terzo e perciò lecita [...], la clausola concerne un negozio di disposizione a favore del terzo estraneo al negozio, nel quale è già potenzialmente contenuto l'effetto traslativo che si sarebbe verificato dopo la morte del socio»¹².

Su analoghe basi e in una prospettiva di più ampio respiro, con riguardo alla convenzione con cui più persone, acquistando un bene in comune, stabiliscano che la proprietà debba ritenersi in effetti acquistata o trasferita, ora per allora, in favore dell'ultimo tra essi vivente, in dottrina si è affermato che «non sussiste nemmeno un'attribuzione dei premorienti al superstite, in quanto la premorienza non determina trasferimento, bensì mancato acquisto del bene, perché delude per ciascuno dei partecipi la speranza di un acquisto che avrebbe potuto realizzarsi soltanto nel caso inverso, della sopravvivenza. Sin dall'inizio è previsto e si attua,

¹² Appello Roma, 5 giugno 1957, n. 1061, edita in *Temì romana*, 1957, I, pp. 597 e ss.

dunque, un solo diretto trasferimento, dal terzo alienante ad un soggetto indeterminato ma determinabile: il più longevo degli acquirenti»¹³. In senso conforme si è espressa anche la corrente di pensiero già *supra* citata, rilevando che «al beneficiario dell'accrescimento non viene conferito un diritto soggettivo (autonomo) al conseguimento della quota altrui rimasta vacante, bensì, sin dall'origine e per intero, il diritto oggetto della disposizione cui si accompagna il negozio di accrescimento; diritto suscettibile di compressione (in ordine alla intensità) in dipendenza dal concorso di altri contitolari, ma capace di espansione, in misura inversamente proporzionale alla graduale riduzione del numero dei titolari concorrenti»¹⁴.

Ebbene, se tale ragionamento può essere ritenuto condivisibile con riguardo al fenomeno dell'accrescimento nella sfera dei diritti reali, l'estensione del medesimo all'ambito dei diritti di obbligazione genera legittime perplessità. Nel dibattito originatosi in merito, l'orientamento dottrinale da ultimo richiamato, dando riscontro positivo al quesito, ha inteso ampliare il concetto di comunione anche ai diritti di credito, enfatizzando come la rendita vitalizia (per la quale l'articolo 1874 cod. civ. prevede un'ipotesi di accrescimento *ex lege*) sia ipotesi emblematica di un diritto di obbligazione e giungendo così a sostenere che «la clausola di accrescimento può quindi accompagnarsi [...] a qualsiasi negozio idoneo ad attribuire ad una parte (plurisoggettiva) o a terzi un diritto reale od obbligatorio»¹⁵: di tal guisa l'accrescimento consisterebbe non in un aumento quantitativo (in estensione) del diritto del beneficiario, ma nell'incremento qualitativo (in intensità) di tale diritto, in automatica rispondenza al venir meno del concorrente diritto di altro o di altri contitolari, posto che «la vera natura dell'accrescimento si coglie sol che si tenga presente come esso opera: provocando, cioè, col venir meno di occasionali limitazioni di intensità (dipendenti dal concorso di altri contitolari), la

¹³ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 48.

¹⁴ G. GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, op. cit., p. 113.

¹⁵ G. GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, op. cit., pp. 47 e ss.

naturale e spontanea espansione di un diritto, tuttavia inalterato nella sua originaria estensione»¹⁶.

Senonché, posto che già pare discutibile l'operatività del meccanismo dell'accrescimento nell'ambito dei diritti reali ove ciò avvenga - diversamente dalle specifiche ipotesi previste dal codice - *post acquisitum emolumentum* (ovvero allorché ad un'iniziale situazione di contitolarità di un diritto o di titolarità separata di diritti collegati ne subentra un'ulteriore, in cui il diritto pertiene esclusivamente ad un soggetto), parimenti risulta difficile accogliere l'idea che tale fenomeno si possa riproporre nel settore dei diritti di obbligazione nascenti da atto *inter vivos*, se non nel caso in cui questi siano di breve durata e destinati ad estinguersi con la persona dei contitolari¹⁷.

Il dubbio si pone *a fortiori* ove sia dato riscontrare una situazione iniziale non di contitolarità, ma addirittura di titolarità separata, e per di più la cui riconduzione all'una delle categorie menzionate di diritti (reali o di obbligazione) è tuttora - come si diceva - oggetto di discussione: tale è il caso della partecipazione sociale, la cui disponibilità pertiene esclusivamente ad ogni singolo socio¹⁸, nonostante sia

¹⁶ G. GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, op. cit., pp. 47 e ss.

¹⁷ Sull'inammissibilità dell'accrescimento posteriore all'acquisto (oltre il caso espressamente previsto dall'articolo 1874 cod. civ.), in quanto non sarebbe consentito all'autonomia privata di interferire nella sfera giuridica di terzi pregiudicando un diritto da essi già acquisito, nonché sulla difficoltà di un'estensione dell'accrescimento all'ambito dei diritti di obbligazione, R. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, Milano, 1951, pp. 50 e 84 e ss.

¹⁸ Nel senso di posizione contrattuale obiettivata chiarito nel precedente capitolo (nota 11). Interessanti le riflessioni condotte da Tribunale Lecco, 21 marzo 1992, in *Le società*, 1992, VII, p. 979, ove si legge che «ai fini della presumibile efficacia automatica dell'accrescimento sono state enunciate le seguenti note caratteristiche della situazione giuridica soggettiva: a) contitolarità da parte di più soggetti rispetto al medesimo oggetto; b) coesione tra i contitolari e riduzione della collettività a gruppo unitario; c) attribuzione del contenuto dell'intero rapporto al gruppo considerato in modo unitario; d) limitazione interna del contenuto della posizione di ciascun componente del gruppo conseguente al concorso degli altri pur in difetto di limitazioni aventi rilevanza esterna; e) elasticità della posizione di ciascun partecipante in correlazione con il venir meno del concorso degli altri. È di tutta evidenza che tali requisiti non si attagliano alla posizione

evidente il legame fra le posizioni soggettive degli appartenenti alla compagine sociale.

In ogni caso il vincolo esistente tra questi ultimi non può certamente ascrivere ad un'ipotesi di comunione, tanto più che l'articolo 2248 cod. civ., collocato dal legislatore immediatamente dopo la definizione del contratto di società, si preoccupa di tracciare una netta linea di demarcazione tra l'ambito di applicazione delle norme sulla comunione e quello delle regole societarie¹⁹.

Ciò che suscita perplessità nella fattispecie in esame è, infatti, la circostanza che, se l'incertezza del soggetto che risulterà consolidatario finale della quota è differita al momento della morte del penultimo socio, diventa pur sempre indispensabile regolare il regime transitorio di titolarità delle quote fino a tale momento. Né si può

del singolo nell'ambito di una compagine societaria, ove vigono regole del tutto divergenti rispetto a quelle proprie della comunione e, più in generale, della contitolarità di un diritto soggettivo».

¹⁹ Ciò premesso, l'espressione "comunione d'impresa" coniata da parte della dottrina (F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 343) deve ritenersi in linea di principio inammissibile, attesa la contrapposizione delineata dal codice tra diversi modi di utilizzazione dei beni nella società e nella comunione: si ricorda che, mentre nella prima i conferimenti sono destinati all'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili, nella comunione manca questo specifico intento, trovando spazio solo lo scopo di godimento di una o più cose. Invero le fattispecie tendenzialmente ricondotte alla figura menzionata (a titolo esemplificativo, si pensi al rapporto di comunione ereditaria incidentale che si instaura tra gli eredi dell'imprenditore defunto, i quali proseguano nell'esercizio dell'impresa stessa) paiono integrare altrettante ipotesi di società di fatto, tacitamente costituite (in tal senso, F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2006, pp. 23 e ss.). L'eventuale unica eccezione può ravvisarsi in presenza di un'azienda coniugale *ex* articolo 177, comma primo, lettera d), cod. civ., ovvero dell'attività esercitata in comune da due coniugi che non abbiano optato per il regime della separazione dei beni: in ogni caso non si tratterà di un'ipotesi di comunione ordinaria, bensì della speciale comunione di cui agli articoli 180-192 cod. civ. Sul rapporto tra società e comunione cfr. altresì L. MOSSA, nota a Tribunale Milano, 17 novembre 1949, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, II, pp. 75 e ss.

ritenere, in difetto di esplicita pattuizione²⁰, che i vari soci siano meri usufruttuari per tutta la durata della loro vita e non pieni proprietari.

Cercando di ovviare alle incongruenze insite nella tesi innanzi illustrata, altra dottrina ha - condivisibilmente - proposto una qualificazione delle clausole in parola ricorrendo a uno schema negoziale strutturato sul meccanismo condizionale, sull'analisi del quale è ora opportuno soffermarsi.

3. Una ricostruzione alternativa della struttura negoziale delle clausole di consolidazione: convenzioni a effetti condizionati

Secondo l'opinione da ultimo menzionata, le clausole di consolidazione potrebbero, infatti, essere legittimamente ascritte alla categoria dell'atto condizionato: in sede di stipulazione delle stesse, ogni socio avrebbe convenuto con gli altri la cessione della propria partecipazione alla condizione sospensiva della sua premorienza (*si praemorian*), la quale, in forza dell'atipicità che conformerebbe il patto e del ricorso al disposto di cui all'articolo 1360 cod. civ., non avrebbe alcuna efficacia retroattiva²¹; ciò a garanzia del fatto che l'esercizio del diritto *medio tempore* sia pieno, immediato e non risolvibile²².

²⁰ Per un'espressa previsione al riguardo si rinvia alla clausola già menzionata *supra* (p. 66) ed oggetto della decisione resa dalla Appello Roma, 5 giugno 1957, n. 1061, cit.

²¹ Al riguardo 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, *Azienda ed impresa*, op. cit., p. 222, sottolinea, infatti, che, per espressa disposizione di legge, la retroattività della condizione può essere limitata od esclusa dalla volontà delle parti o dalla stessa natura del negozio (articolo 1360 cod. civ.), in modo da trasformare la condizione risolutiva in «causa di cessazione (e non di risoluzione) del rapporto consequenziale, priva di qualsiasi influenza sulla situazione giuridica effettuale, realizzatasi precedentemente all'intervento dell'evento condizionante». In senso conforme, F. SCAGLIONE, *Riflessioni in tema di successioni anomale e contratto di società*, in *Vita not.*, 1994, II, p. 1024.

²² Diversamente, nell'ordinamento francese gli effetti della cosiddetta *clause d'accroissement* retroagiscono, atteso che la medesima condizione della premorienza, sospensiva per l'avente causa, si atteggia al contempo come risolutiva per ciascun titolare che premuoia, il diritto in questione venendo, pertanto, a concentrarsi progressivamente in capo al più longevo degli acquirenti. Dalla

Tale ragionamento trova risalevole conferma nelle sentenze rese, dapprima, dalla Corte d'Appello di Napoli in data 8 febbraio 1949 e, successivamente, dalla Cassazione il 17 marzo 1951, n. 685, in merito a una clausola di consolidazione inserita nello statuto di una società di persone²³. Già in sede di gravame si notava che la stipulazione della clausola *de qua* era avvenuta «unicamente per regolare i rapporti patrimoniali tra la società (ente collettivo distinto dalle persone dei soci) e gli eredi del socio defunto, stabilendosi in base a quale bilancio sociale dovesse loro liquidarsi la quota spettante al *de cuius*»²⁴; successivamente, il Supremo Collegio confermava pienamente la statuizione del giudice di secondo grado, rilevando che «il consolidarsi nei soci superstiti della quota del socio defunto [...] si verifica in virtù di convenzione sociale reciproca, le cui disposizioni rimangono sospese fino

retroattività di tale elemento deriverebbe l'esclusione dell'altrimenti inevitabile sanzione della nullità per violazione del divieto di patti successori istitutivi (al riguardo *amplius* F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, op. cit., p. 215, nota 23).

²³ La clausola oggetto delle summenzionate pronunce, contenuta nell'atto costitutivo di una società in nome collettivo, disponeva che, in caso di morte di uno dei soci, la società si sarebbe consolidata nei soci superstiti, i quali, dal canto loro, assumevano solidalmente l'obbligo di liquidare agli eredi del *de cuius* la quota ad essi spettante risultante dall'ultimo bilancio, restando detti eredi estranei a qualsiasi operazione, utili o perdite posteriori.

Come già evidenziato, il riferimento alle sentenze rese in tema di società di persone si giustifica in ordine al fatto che non soltanto buona parte della giurisprudenza sulle clausole di consolidazione abbia avuto modo di formarsi, in passato, tramite decisioni inerenti a tali tipologie societarie, ma sia estremamente radicata la convinzione che dal sistema delle società personali sia possibile trarre argomenti per analogia applicabili a quello delle società di capitali: in tal senso si veda oltre a Cassazione, 16 aprile 1975, n. 1434, Tribunale Verona, 27 giugno 1989, in *Riv. not.*, 1990, pp. 1101 e ss. e in *Dir. fall.*, 1991, II, pp. 366 e ss.; *contra* Appello Roma, 28 aprile 1992, edita in *Giur. it.*, 1993, I, 2, pp. 448 e ss., in *Le società*, 1992, XI, pp. 1526 e ss., in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, II, pp. 634 e ss., in *Corr. giur.*, 1992, pp. 1233 e ss., in *Giur. mer.*, 1992, pp. 1093 e ss.

²⁴ Appello Napoli, 8 febbraio 1949, edita in *Monitore Tribunali*, 1949, p. 214. Alla luce delle osservazioni *supra* svolte con riferimento alle clausole di consolidazione proprie e improprie, si precisa che la statuizione resa nel caso di specie dal giudice di secondo grado non deve trarre in inganno sull'ascrivibilità della clausola tra quelle di concentrazione improprie, posto che, come rilevato nella precedente nota, la società trovava consolidazione nei soci superstiti. Del resto, di ciò si ha ulteriore conferma nella massima della sentenza resa dalla Corte di Cassazione sullo stesso caso e pure di seguito riportata.

alla realizzazione di un evento incerto, quale è appunto la premorienza. Gli altri soci conseguono la cosa *tempore mortis*, ma non *causa mortis*; essi non succedono né a titolo universale né a titolo particolare al defunto»²⁵. Seguendo la ricostruzione offerta dalla giurisprudenza, quindi, la clausola in esame, lungi dal costituire un patto successorio, integrava gli estremi di una mera convenzione con efficacia condizionata, mediante la quale i singoli soci, al di fuori dell'ambito della successione ereditaria, assumevano un obbligo - la cui fonte poteva ravvisarsi unicamente in un atto *inter vivos* - di liquidare agli eredi del defunto la quota di quest'ultimo secondo un parametro predeterminato²⁶.

Il richiamo alla nota distinzione tra atti *inter vivos* e *mortis causa* induce ad approfondire la questione relativa alla qualificazione giuridica da attribuirsi alle clausole in esame, al fine di valutare se queste ultime possano considerarsi

²⁵ Cassazione, 17 marzo 1951, n. 685, edita in *Dir. fall.*, II, pp. 118 e ss. nonché in *Giur. comp. Cass. Civ.*, 1951, II, pp. 227 e ss. e III, pp. 9 e ss.

²⁶ Né pare doversi accogliere la posizione di chi ritiene impossibile conciliare autonomia della clausola e meccanismo condizionale (G. GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, op. cit., pp. 84 e ss.), asserendo l'esistenza di un concorso di negozi giuridici eterogenei (in particolare, negozio di accrescimento e negozio di attribuzione), caratterizzato da un rapporto di dipendenza unilaterale (del primo) derivante direttamente e obiettivamente dalla legge, in forza del contenuto di ciascuno di essi (G. GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, op. cit., p. 70). Sulla base di tali presupposti si afferma che, mentre «il negozio con clausola di accrescimento [...] risulta dalla combinazione di due negozi autonomi, con elementi (e causa) propri, legati soltanto da un nesso di dipendenza funzionale [...] il negozio condizionato si presenta invece quale unica fattispecie complessa, nella cui zona marginale viene ad inserirsi una determinazione accessoria (la clausola condizionale) e, talvolta, (nella condizione sospensiva) anche un evento (l'evento condizionante)» (G. GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, op. cit., p. 84). Aderendo alla prospettiva di un collegamento in termini funzionali, apparirebbe tuttavia difficile individuare il negozio di base cui la clausola di consolidazione accede: forse l'atto di sottoscrizione da parte del singolo socio della quota di partecipazione nella società, con realizzazione del conferimento correlativamente richiesto? La convenzione di consolidazione, unitamente alle altre clausole che possono essere inserite nel contratto sociale ovvero in un patto parasociale, pare invero essere dotata di propria autonomia negoziale che, per la meritevolezza dell'interesse perseguito, ne giustifica il pieno riconoscimento all'interno del nostro ordinamento.

confliggenti o meno con il divieto di patti successori previsto nel nostro ordinamento.

4. Spunti per una riflessione sulla natura giuridica delle clausole di consolidazione

Alla luce delle considerazioni sinora svolte si rende quindi opportuno procedere ad un'analisi della natura giuridica delle clausole di consolidazione e del loro operare secondo il già illustrato meccanismo condizionale.

Ponendo, quindi, attenzione alla questione che qui interessa, pare indubitabile che la collocazione della clausola di consolidazione all'interno del contratto sociale - come tale, stipulato da più parti (soci) viventi - induca a qualificare la convenzione di cui trattasi come negozio *inter vivos*, restando invece da appurare quale sia la causa che la connota e, in particolare, in che modo l'evento morte venga in rilievo nel meccanismo negoziale (vale a dire se la clausola *de qua* assuma la connotazione di atto *mortis causa, post mortem* o *trans mortem*).

La problematica è di non poco rilievo attesa la cogenza nel nostro ordinamento del divieto sancito dall'articolo 458 cod. civ., in particolare con riferimento alla stipulazione di patti successori istitutivi, nell'ambito dei quali potrebbero essere attratte, secondo un giudizio meramente astratto, le stesse clausole di consolidazione, giusta la loro idoneità a incidere sulla destinazione della partecipazione sociale del *de cuius*²⁷.

L'assenza di unanimità di vedute nell'individuare la *ratio* sottesa al divieto di cui si discute non giova certamente alla ricerca di una soluzione della questione, ma la nuova lettura dell'articolo 458 cod. civ., che è stata recentemente proposta in dottrina e all'esame della quale si è dato ampio spazio *supra*, può fornire un valido

²⁷ Nella presente trattazione, come già evidenziato nel precedente paragrafo, verranno in rilievo, in particolare, le problematiche concernenti i cd. patti successori istitutivi, i quali si configurano quando mediante contratto si istituisce l'erede o il legatario o ci si obbliga a farlo con successivo testamento.

spunto in questo senso. Come già si diceva, è rimesso in ultima analisi all'interprete il compito di cogliere la valenza sottesa al divieto di cui in parola e, in ragione di ciò, valutare in termini di "meritevolezza di tutela", ai sensi del principio generale posto dall'articolo 1322 cod. civ., gli interessi di cui le pattuizioni statutarie o parasociali in esame sono portatrici.

A questo proposito, giova precisare che in dottrina si è sottolineato che «finalità principale di siffatte clausole è quella di evitare che, alla morte del socio, la società o i superstiti si trovino costretti ad affrontare un sacrificio patrimoniale che potrebbe dimostrarsi persino esiziale, così rinvenendosi nelle clausole stesse l'espressione di un interesse sociale meritevole di tutela»²⁸.

È questo, dunque, l'interesse - meritevole di tutela secondo una valutazione di tipo particolare - da sottoporre all'ulteriore vaglio dei principi fondanti l'ordinamento giuridico e, soprattutto, da conciliare con la *ratio* sottesa al divieto di cui all'articolo 458 cod. civ.²⁹

Ciò detto, occorre ora valutare quale ruolo rivesta l'evento morte nelle clausole di consolidazione. Un valido ausilio al riguardo può essere offerto da una rapida analisi della giurisprudenza venutasi a creare sulle pattuizioni in esame.

5. Uno sguardo alla giurisprudenza

In tema di clausole di consolidazione, la pronuncia giurisprudenziale indubbiamente più citata - sia per la fonte da cui promana che per la rigida presa di posizione che

²⁸ S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2002, p. 64. Benché una tale considerazione sia svolta dall'Autore con riferimento alle clausole di continuazione, è evidente che lo scopo perseguito sia specularmente analogo nelle clausole di consolidazione.

²⁹ Si veda *supra* (in particolare pp. 50 e ss.).

in essa viene sviluppata - è certamente la sentenza resa dal Supremo Collegio il 16 aprile 1975, rubricata al n. 1434³⁰.

In tale occasione la Corte di Cassazione si è trovata ad esaminare lo statuto di una società di persone, nel quale era stata inserita, per il caso di morte di un socio, la clausola che disponeva la consolidazione della partecipazione del *de cuius* con quella di cui risultavano rispettivamente titolari i soci superstiti, l'accrescimento della quota di questi ultimi avvenendo automaticamente in seguito alla morte del socio, senza la necessità di liquidare alcunché a favore degli eredi del defunto³¹.

Nonostante la clausola in esame fosse contemplata nello statuto di una società di persone³², di particolare rilievo risultano le considerazioni di carattere generale svolte in proposito dalla Corte e per di più esplicitamente estese anche all'ambito delle società di capitali, tanto da costituire un precedente frequentemente richiamato dalla giurisprudenza successiva.

In chiusa a detta decisione si legge che «il rilievo che in materia di società è ammesso il patto di *consolidazione delle azioni o delle quote* tra i soci nel caso di morte di uno di essi non ha alcuna incidenza sul caso che si esamina. La consolidazione tra i soci dà luogo, infatti, alla liquidazione della porzione spettante al defunto e alla devoluzione di tale porzione secondo le regole della successione ereditaria; il patto non costituisce, quindi, limitazione alla libertà testamentaria. Il patto, invece, con il quale si dispone che alla morte di uno dei soci *le azioni o quote* si trasferiscano ad altri, senza che sia prevista l'attribuzione di alcunché ai successori per legge o per testamento, è patto che esclude del tutto la libertà testamentaria ed è, quindi, patto nullo ai sensi della norma in esame [*i.e.* articolo 458 cod. civ.: *n.d.r.*]».

³⁰ Edita in *Giur. comm.*, 1976, II, pp. 184 e ss.; *Giur. it.*, 1976, I, 2, pp. 59 e ss.; *Giust. civ.*, 1975, I, p. 1107. Nel caso di specie i coniugi Scappino citavano in giudizio innanzi al Tribunale di Torino il figlio Carlo Scappino, esponendo di aver ripartito il loro patrimonio fra numerose società in accomandita semplice, delle quali erano accomandatari e di essere in seguito addivenuti alla stipulazione dell'accordo di cui si discute con il detto Carlo Scappino.

³¹ La clausola testé richiamata così recitava: «in caso di morte di una delle parti le sue azioni o quote o spettanze si consolidano nei superstiti».

³² Al riguardo si rinvia a quanto già osservato *in incipit* alla presente trattazione.

In primis si nota come la Corte di legittimità dia completamente per assodato il principio per cui una clausola di consolidazione possa essere inserita tanto nello statuto di una società di persone quanto in quello di una società di capitali, con ciò preconizzando l'orientamento di altre successive pronunce. L'utilizzo dell'espressione "azioni" accanto a quella di "quote", infatti, induce a concludere per l'applicazione delle considerazioni svolte dal Collegio tanto nel caso di una società personale quanto nell'ipotesi di una società per azioni o di una società in accomandita per azioni, ove le partecipazioni sociali sono appunto rappresentate da azioni³³.

³³ Critico rispetto alla statuizione della Corte si presenta P. BOERO, *Società di capitali e successione mortis causa*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, *Azienda ed impresa*, op. cit., p. 178, il quale rileva che «nella sentenza ora ricordata, il riferimento alle clausole di consolidazione non è attinente in maniera diretta al *thema decidendum*, ma è contenuto solo in un'argomentazione per raffronto, nella quale (essendo il discorso svolto in maniera unitaria) non è improbabile che i giudici non si siano compiutamente posti il problema della differenziazione normativa tra s.p.a. e società di persone, per le quali ultime la possibilità di una liquidazione della quota deriva comunque direttamente dall'articolo 2284 cod. civ.; l'ammissibilità, per una s.p.a., di una clausola di consolidazione va dunque più attentamente verificata. Si è rilevato [...] che una clausola di consolidazione non può ritenersi ammissibile, per le s.p.a., nemmeno se essa preveda un meccanismo di liquidazione idoneo a soddisfare le ragioni patrimoniali dell'erede: e ciò perché essa si porrebbe in contrasto col principio [...] secondo cui non sono possibili clausole che escludano del tutto la circolazione delle azioni». A seguito dell'intervenuta riforma del diritto societario e della nuova formulazione adottata in tale sede per l'articolo 2355 *bis* cod. civ., l'attenta verifica cui invita l'Autore in materia di società per azioni deve essere condotta tenendo in debito conto che il primo comma della disposizione menzionata prevede che «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». In merito occorre rilevare che la dottrina non è concorde sull'applicabilità del limite quinquennale così fissato anche nell'ambito della limitazione dei trasferimenti a causa di morte. Secondo alcuni (D. VATTERMOLI, *Commento all'articolo 2355 bis*, in *La riforma delle società. Società per azioni*, I, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, p. 182) al primo comma della disposizione menzionata, che fa ricorso al termine "trasferimento" senza ulteriori specificazioni, andrebbe attribuito un significato ampio, comprensivo del riferimento sia al trasferimento delle azioni *inter vivos* sia per causa di morte. Secondo altri (P. USAI, *Clausola statutaria di limitazione alla circolazione della partecipazione sociale in caso di morte*, in *I nuovi contratti nella*

Non solo, la decisione ora richiamata prende posizione anche con riguardo ad altri profili di indubbio interesse per l'individuazione della natura delle clausole di consolidazione, dei quali si darà opportuno approfondimento nel prosieguo.

6. (segue) sul contenuto attributivo e conformativo delle clausole di consolidazione

Il ragionamento svolto dalla Corte si incardina sulla contrapposizione tra convenzioni che prevedono, a fronte dell'accrescimento nei confronti dei soci superstiti, una liquidazione a favore dei successibili del socio defunto e pattuizioni che, al contrario, escludono l'erogazione di qualsiasi rimborso verso questi ultimi. Il riferimento alla prassi statutaria dimostra, quindi, come, nella previsione formulata dalle parti (sulla cui legittimità ci si soffermerà nel prosieguo), alla conseguenza tipica della consolidazione a vantaggio degli altri membri della compagine sociale possa o meno accompagnarsi un effetto in favore di quella particolare categoria di terzi costituita dai successibili del *de cuius*.

prassi civile e commerciale, Torino, 2004, p. 382) l'interpretazione da ultimo descritta incontrerebbe due ordini di ostacoli: da un lato, il fatto che il terzo comma dell'articolo 2355 *bis*, quando si riferisce ai trasferimenti di azioni per causa di morte cita solo il secondo comma e non il primo, e, per di più, fa menzione delle sole "clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento" e non di quelle che lo vietano in modo assoluto; dall'altro, la circostanza che, a seguito del decesso del socio, si determinerebbe un congelamento della di lui partecipazione sociale che resterebbe, per il tempo residuale previsto dal divieto, priva di titolare, dal momento che nessuno eserciterebbe i diritti sociali per i quali è necessario un intestatario o un suo delegato.

Per un riferimento alla consolidazione delle azioni si veda altresì Cassazione, 8 ottobre 2008, n. 24813, edita in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 10, pp. 1454 e ss.; in *Vita not.*, 2008, III, pp. 1456 e ss., in *Foro it.* 2008, XII, pp. 3519 e ss., in *Riv. notariato*, 2009, I, pp. 234 e ss.; in tal senso anche le riflessioni di Tribunale Firenze, 27 settembre 1988, in *Riv. Notariato*, 1988, pp. 1360 e ss. La decisione da ultimo citata concerne una clausola contenuta nello statuto di una società a responsabilità limitata di questo tenore «per successione a causa di morte di un socio le quote sociali non sono liberamente trasferibili e gli altri soci hanno diritto di liquidare gli eredi, acquistando le loro quote al valore nominale», che pare doversi ascrivere più alla categoria delle clausole di opzione che a quella delle convenzioni di consolidazione (in tal senso invece l'orientamento del giudice).

Con riguardo al primo aspetto (l'accrescimento in favore degli altri soci), vale la pena ricordare la fondamentale bipartizione tracciata in dottrina in merito al profilo contenutistico della tipologia di clausole in esame e, più in generale, di qualsivoglia disposizione statutaria che afferisca alla morte di un compartecipe nella società. Il contratto sociale può, infatti, contemplare pattuizioni che realizzano una vera e propria attribuzione patrimoniale connessa all'evento morte del socio e statuizioni, invece, che, lungi dall'effettuare una disposizione per causa o in occasione del decesso dello stesso, si limitano a fissare quale sarà la situazione soggettiva destinata a cadere in successione, svolgendo una funzione meramente conformativa del patrimonio ereditario; inoltre, non si può escludere la ricorrenza nella medesima clausola di entrambi i profili richiamati, conformativo e attributivo. Quest'ultima combinazione si evidenzia proprio nella clausola di consolidazione, ove l'attribuzione a soggetti determinati (ovvero i singoli soci superstiti) di uno specifico bene³⁴ (ossia la quota o una sua singola parte) realizza, al contempo, un effetto conformativo di ciò che andrebbe incluso nella successione nonché attributivo di sostanze comprese nel patrimonio ereditario³⁵.

Venendo quindi al secondo profilo innanzi accennato (concernente la posizione dei successibili del *de cuius*), dottrina e giurisprudenza accolgono ormai unanimemente la distinzione tra consolidazione "pura", ove l'accrescimento della quota del socio defunto a favore dei soci superstiti - generalmente in misura proporzionale alle quote di partecipazione di cui questi hanno la titolarità - trova attuazione senza che sia prevista l'erogazione di alcunché a favore dei successori legittimi o testamentari

³⁴ Occorre tuttavia precisare che la dottrina non è affatto unanime sul grado di determinatezza che caratterizza le clausole in questione sotto il profilo dell'individuazione dell'oggetto della disposizione/attribuzione.

³⁵ Osserva, infatti, M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, op. cit., p. 68, che si realizzerebbero i medesimi effetti di un legato ad efficacia reale. Nello stesso senso la letteratura tedesca, la quale osserva che „*Der Verfügungscharakter dieser Klausel wird dadurch evident*“ («Il carattere dispositivo di questa clausola è perciò evidente», F.A. SCHURR, *Erbfolge bei Personengesellschaften in der aktuellen italienischen Rechtsprechung – Interessenskollisionen und Gestaltungsmöglichkeiten*, in *Jahrbuch für Italienisches Recht*, 2000, p. 238).

del *de cuius*, e “impura”³⁶, che ricorre ogniqualvolta la disposizione di accrescimento contiene delle statuizioni particolari in punto termini e modalità di liquidazione del *quantum* dovuto ai successibili da parte dei soci superstiti che beneficiano dell’operatività della clausola.

Non si può trascurare di ricordare che, operando una sovrapposizione dei profili innanzi menzionati (quello dell’efficacia della clausola di consolidazione verso i soci e quello degli effetti prodotti da questa nei confronti dei successibili del *de cuius*) parte della dottrina ha rilevato che la previsione della corresponsione di una liquidazione ai successibili del *de cuius* - purché effettuata nel rispetto di determinati criteri - varrebbe a privare la clausola di consolidazione spuria di quel contenuto attributivo che, al contrario, connoterebbe la clausola di concentrazione pura, posto che si attuerebbe «anziché un’attribuzione, un mero mutamento del soggetto debitore della somma dovuta a titolo di liquidazione, che non sarebbe più la società, bensì ciascun socio superstite»³⁷. Correttamente da altri è stato rilevato, però, che «di effetto attributivo deve parlarsi anche quando esso si verifica in conseguenza di un esborso da parte del beneficiario dell’effetto medesimo. Non v’è dubbio, infatti, che i soci superstiti siano destinatari di un effetto attributivo a prescindere

³⁶ Pure denominata “di consolidazione spuria” o, ancora, “di liquidazione obbligatoria” (G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, tomo primo, Milano, 2002, p. 39). Si evidenzia come le clausole di consolidazione spuria si collochino in posizione intermedia tra le clausole di consolidazione pura, condividendo con queste la funzione di accrescimento automatico della quota dei soci superstiti a seguito della morte del *de cuius*, e le clausole di prelazione e di opzione a favore degli altri soci, nelle quali il detto fenomeno di concentrazione opera solo a fronte del versamento di un corrispettivo in favore dei successibili del socio defunto (a quello stesso titolo di “liquidazione” che contraddistingue le clausole di consolidazione spuria, menzionate appunto anche come clausole di liquidazione obbligatoria). Alla luce di ciò, giusta la natura ambivalente delle clausole di consolidazione spuria, per motivi di omogeneità, la trattazione delle problematiche concernenti la determinazione del *quantum* di detta liquidazione sarà affrontata *infra* (pp. 253 e ss.) in una con l’analisi degli stessi profili attinenti le clausole di prelazione e di opzione in favore degli altri soci superstiti.

³⁷ F. TASSINARI, *Clausole in funzione successoria negli statuti delle società di persone*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 946.

Per quanto concerne l’individuazione del soggetto su cui grava l’obbligo di corrispondere l’eventuale liquidazione ai successori del *de cuius* si veda *infra* (pp. 260 e ss.).

dall'eventuale obbligo di corrispondere agli eredi del socio defunto il valore, integrale o parziale, della quota»³⁸.

A ben riflettere, quindi, relativamente alla sorte della partecipazione del defunto, l'effetto previsto da una clausola di accrescimento parrebbe sempre attributivo.

Sotto questo aspetto, già *prima facie* paiono evidenti le problematiche che un tal genere di pattuizioni (soprattutto nella veste di clausole di consolidazione pura) è idoneo a suscitare con riferimento alle ragioni dei successibili del defunto e, in particolare, dei legittimari. A questo riguardo, occorre dar subito conto dei rilievi svolti da quell'orientamento, conforme alla summenzionata sentenza, che si è venuto sviluppando in dottrina. A detta di alcuni, infatti, sarebbe possibile propendere per la validità delle sole clausole di consolidazione spuria, posto che, solamente in tal caso (e non in quello della consolidazione pura), la libertà di testare del socio non incontrerebbe vincolo alcuno.

7. (segue) sul concetto di libertà testamentaria

L'argomento addotto dalla tesi da ultimo richiamata - che si sviluppa, invero, sulla scorta di un ragionamento di più ampio respiro, volto a radicare la distinzione tra patti successori istitutivi (invalidi) e contratti sinallagmatici da eseguirsi dopo la morte del disponente (validi) sulla ricorrenza o meno dell'elemento della corrispettività od onerosità (da intendersi in senso lato) dell'attribuzione che ne è oggetto - deve essere posto a confronto con le considerazioni innanzi svolte sulla *ratio* da intendersi sottesa al divieto dei patti successori. In altre parole, occorre verificare la portata del concetto di libertà di testare, riassunto nel brocardo latino "*ambulatoria est voluntas testantis usque ad vitae supremum exitum*"³⁹, cui tale corrente di

³⁸ L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, op. cit., p. 368.

³⁹ Il richiamo al noto brocardo (ULPIANO L. 4 Dig. 34, 4) che sintetizza la *ratio* del divieto di patti istitutivi già previsto nel nostro ordinamento dall'articolo 1118 del codice civile del 1865 e riprodotto dall'articolo 458 vigente cod. civ. offre lo spunto per anticipare quanto poi sarà oggetto di approfondimento, ovvero che le clausole di consolidazione di cui si discute, di certo, non possono essere ascritte alla categoria dei patti successori dispositivo, come ritenuto invece da G.

pensiero si riferisce, al fine di vagliare la congruità del criterio dell'onerosità cui la stessa dottrina ancora il giudizio di liceità a norma dell'articolo 458 cod. civ.⁴⁰.

È noto che il principio della libertà testamentaria, così come accolto nel nostro ordinamento, trova principale fondamento nella salvaguardia della cosiddetta *mobilitas* della *voluntas testantis*⁴¹ e, quindi, si attua concretamente attraverso il

CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, op. cit., p. 39, secondo il quale le clausole di concentrazione pura «costituiscono un autentico patto successorio dispositivo», venendosi con tale clausola «ad attribuire *inter vivos* ai soci superstiti un diritto successorio quale è appunto il diritto di acquisire senza liquidazione la quota del defunto». In realtà non pare condivisibile una ricostruzione in tali termini, atteso che nel caso di specie non vi è alcuna disposizione di diritti attinenti alla successione altrui.

⁴⁰ P. BOERO, *Società di capitali e successione mortis causa*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, *Azienda ed impresa*, op. cit., p. 191, secondo il quale «la corrispettività od onerosità (intese in senso lato) dell'attribuzione patrimoniale assumono così un ruolo decisivo per la valutazione della legittimità della clausola, sotto il profilo – benché non sempre reso esplicito – della sua incompatibilità logico-giuridica con un'attribuzione, come quella *mortis causa*, per propria natura *gratuita e liberale*; il che, da un punto di vista equitativo corrisponde anche, in linea di massima, ad un apprezzabile temperamento fra i vari e configgenti interessi in gioco». In questo senso anche il ragionamento del Supremo Collegio illustrato nella pronuncia da ultimo richiamata, secondo cui la libertà di testare del socio non incontrerebbe vincolo alcuno allorché si procedesse alla liquidazione della porzione del patrimonio societario spettante al defunto medesimo e alla devoluzione di tale quota secondo le regole della successione ereditaria.

⁴¹ Secondo la definizione tradizionalmente condivisa in dottrina, la libertà testamentaria va intesa «quale potere di predisporre un determinato regolamento relativo alla propria successione per causa di morte con il *solo* limite dato dai diritti che la legge riserva, sul patrimonio del *de cuius*, ai suoi più stretti familiari» (S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, in *Il Codice civile commentato* a cura di P. SCHLESINGHER, Milano, 2005, pp. 92 e ss.). Eventuali ulteriori vincoli di natura convenzionale – diversi da quello di legge, preposto alla tutela delle ragioni dei legittimari – non sono pertanto ammessi in quanto idonei a privare il soggetto di una libertà che, secondo l'orientamento manifestato dalla Corte di legittimità, assurge a vero e proprio principio di ordine pubblico. Con preciso riguardo a questo aspetto la Suprema Corte ha statuito che «il patto successorio, ponendosi in contrasto con il principio fondamentale (e pertanto di ordine pubblico) del nostro ordinamento della piena libertà del testatore di disporre dei propri beni fino al momento della sua morte, è per definizione non suscettibile di conversione ex articolo 1424 cod. civ.» (Cassazione, 14 luglio 1983, n. 4827, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, p. 93 ss.; cfr. Cassazione, 29 maggio 1972, n. 1702, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 1954 nonché Cassazione, 24 aprile 1987, n. 4053, in *Giust. Civ.*, 1987, I, p. 1655; *contra*, sull'ammissibilità della conversione del patto successorio gratuito, M.V. DE GIORGI, voce

riconoscimento della possibilità di modificazione o cancellazione di un piano successorio già fissato dal *de cuius*⁴². Ciò precisato, risulta evidente che la mera introduzione di un parametro di raffronto di tipo economico non può valere, per ciò solo, a garantire che il volere espresso dal socio sia in grado di collimare con quello manifestato da questi (o che sarebbe intenzione di costui esprimere) in un momento successivo⁴³.

“*Patto successorio*”, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, 1982, pp. 547 e ss.). Recentemente una dottrina ha tuttavia evidenziato come i limiti alla libertà contrattuale segnati dall’articolo 458 cod. civ. – almeno limitatamente alla *ratio* del divieto dei patti istitutivi – siano piuttosto intesi come un espediente volto ad assicurare il trasferimento della ricchezza all’interno della famiglia e, viceversa, ad evitare la successione al di fuori del nucleo familiare, che non a preservare davvero la libertà testamentaria del *de cuius* (P. SCHLESINGER, *Interessi dell’impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 132; in senso conforme, Cassazione, 18 dicembre 1995, n. 12906, sulla quale si veda *infra*, a p. 245).

⁴² Secondo quanto affermato dall’orientamento maggioritario in dottrina sarebbe l’ammissibilità della revoca a connotare il testamento in termini di negozio di ultima volontà nel senso della *mobilitas* della *voluntas testantis*: questo non solo per essere l’«atto funzionale a quella conclusiva esplicazione dell’autonomia del privato che consiste nello stabilire l’assetto *post mortem* dei propri rapporti patrimoniali» ma pure nell’accezione che «il volere oggettivato nella scheda [...] deve essere l’ultimo che al riguardo il defunto abbia manifestato» (S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, op. cit., p. 93). Vedi altresì V. PUTORTÌ, *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, IV, p. 800, secondo cui «proprio la revocabilità, anche se costituisce un fattore estrinseco rispetto alla sostanza dell’atto e non un dato caratterizzante una determinata categoria concettuale, potrebbe talora rappresentare uno dei possibili indici ai quali far riferimento per ottenere un’eventuale conferma sulla natura *mortis causa* dell’attribuzione». Si veda, tuttavia, L. SANTORO, *Le alternative al testamento*, in *Contr. e impr.*, 2003, III, p. 1188, la quale, richiamandosi a quanto sostenuto da A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, sez. VIII: *le successioni per causa di morte*, Napoli, 2003, afferma che «la natura di atto *mortis causa* non deve ritenersi necessariamente legata al carattere della revocabilità, giacché il testamento, che per legge è revocabile, rimane un negozio distinto dalle disposizioni patrimoniali *mortis causa* in esso contenute, che possono, invece, presentare il carattere dell’irrevocabilità».

⁴³ Cfr. M. D’AURIA, *Clausole di consolidazione societaria e patti successori*, in *Riv. not.*, 2003, III, pp. 657 e ss., secondo il quale «una soluzione basata non su criteri giuridici è una soluzione che non può soddisfare l’operatore di diritto [...]; l’unico criterio per sancire l’illiceità o la liceità delle clausole

L'inidoneità del criterio *de quo* a tracciare un esatto *discrimen* tra convenzioni rientranti nello schema normativo di cui all'articolo 458 cod. civ. e pattuizioni che a esso non sono riconducibili appare ancor più manifesta sol che si consideri che nulla esclude che pure un patto successorio, come tale vietato, possa avere un carattere oneroso (si pensi alla nota vendita a causa di morte⁴⁴).

alla nostra attenzione è, infatti, a prescindere dall'esistenza di un corrispettivo per l'acquisto, l'inclusione o meno di esse tra i patti successori istitutivi». Accogliendo, infatti, l'opposta prospettiva, si giungerebbe al paradosso per cui una clausola di consolidazione che introducesse un procedimento liquidatorio, benché di minima rilevanza, a favore dei successori del socio defunto (aventi diritto alla porzione della legittima) si differenzierebbe notevolmente da altra analoga pattuizione che, al contrario, non contemplasse alcun criterio soddisfacente delle ragioni di tali successori. Solo in quest'ultima ipotesi, secondo il pensiero della Corte nella pronuncia più volte richiamata del 1975, la mancata «attribuzione di alcunché ai successori per legge o testamento è patto che esclude del tutto la libertà testamentaria».

⁴⁴ Al riguardo V. PUTORTI, *Promesse post mortem e patti successori*, op. cit., pp. 825 e ss., afferma che può in particolare accadere che le parti, pur adottando uno degli schemi negoziali sulla cui validità in astratto non è dato dubitarsi, stipulino anche dei patti collaterali allo scopo di attribuire all'operazione negoziale la realizzazione, in via indiretta, di una tipica finalità successoria. Nel porre in essere una vendita con oggetto determinato e individuato in tutti i suoi elementi sin dalla conclusione del negozio, i contraenti potrebbero differirne il tipico effetto traslativo a un momento successivo alla morte del venditore e disporre che il bene sia conferito al destinatario durante l'operazione di divisione ereditaria, oppure che l'acquirente, anziché corrispondere *ante mortem* l'intero prezzo o una parte di esso, si obblighi a pagare una quota dei debiti ereditari corrispondente al valore del bene oggetto del contratto.

La presenza di tali clausole dovrà conseguentemente indurre l'interprete a svolgere una pregnante indagine sulla reale comune intenzione delle parti contraenti al fine di applicare, nell'eventualità in cui si ravvisasse un intento fraudolento, il disposto di cui all'articolo 1344 cod. civ. sull'illiceità del contratto oppure la previsione normativa di cui all'articolo 1345 cod. civ. ove risulti che l'illiceità del motivo comune ad entrambe le parti è stata determinante per la conclusione del negozio.

Con riferimento alle considerazioni suesposte in merito alla cd. vendita a causa di morte, giova ricordare la fattispecie concreta dalla quale trae origine uno dei più noti pronunciamenti della Corte di Cassazione in materia di patti successori, ovvero la sentenza n. 2404 del 22 luglio 1971, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 1536 (decisione ricordata per aver identificato e fissato i presupposti in presenza dei quali sia dato ravvisare un patto successorio, come evidenziato *infra* nella nota 51). Si trattava della vendita di un podere compiuta dal padre in favore di uno solo dei figli e della pedissequa assegnazione del corrispettivo della vendita a tutti i figli, compreso l'acquirente, a tacitazione di

Anche ove il richiamo al concetto di libertà di testare voglia essere inteso, ampiamente, alla luce della *ratio* di tutela dei legittimari che si ritiene di porre a fondamento dell'articolo 458 cod. civ.⁴⁵, occorre evidenziare che l'assenza di una previsione statutaria alla quale si possa riconoscere, a fronte dell'effetto di consolidazione, un carattere oneroso non è, beninteso, necessariamente idonea a escludere in via definitiva che, in altro modo, possa darsi luogo a una qualche liquidazione a favore dei successori, per il loro mancato subentro nella posizione sociale prima ricoperta dal *de cuius*⁴⁶.

A ciò si aggiunga che, stante la maggiore elasticità della previsione recentemente introdotta in tema di recesso dalle società di capitali (articoli 2437 e 2473 cod. civ. rispettivamente in materia di società per azioni e di società a responsabilità limitata)⁴⁷, pur in presenza di una clausola di concentrazione pura, potrebbe

qualsiasi loro pretesa sulla futura eredità. In tale occasione la Suprema Corte ebbe modo di evidenziare che, al di fuori delle ipotesi di collegamento necessario stabilite dalla legge o di accessorietà (pegno, ipoteca, fideiussione), per potersi stabilire se le vicende di un negozio si ripercuotono sull'altro, «deve indagarsi sulla volontà dalla quale ha tratto origine il collegamento». In particolare nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio l'accertamento del giudice di merito avrebbe dovuto sottolineare «se il primo contratto era permeato dal medesimo intendimento per il quale la seconda convenzione era stata ritenuta inficiata dalla nullità di cui all'articolo 458 cod. civ.», atteso che il padre venditore nella premessa del secondo atto precisava che la vendita era intervenuta «per poter disporre di una somma liquida da ripartire con gli altri figli per le loro necessità», ma anche per far sì che «detto potere divenisse di proprietà dell'indicato figlio, che era il solo a dedicarsi alla sua coltivazione».

⁴⁵ Si rinvia alle considerazioni svolte *supra* (pp. 50 e ss.) con riferimento alla rilettura della *ratio* sottesa al divieto dei patti successori recentemente proposta.

⁴⁶ Del resto lo stesso Collegio nella pronuncia più volte richiamata del 1975 predilige l'utilizzo dell'espressione “senza che sia prevista” in luogo di quella più forte “con esclusione”, da ciò conseguentemente discendendo che, alla luce della definizione di libertà testamentaria *supra* riportata (si veda pp. 80 e ss.), non si può certo ritenere che questa sia del tutto esclusa attraverso l'adozione di siffatte clausole.

⁴⁷ Per quanto concerne le società di persone, osserva M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, op. cit., p. 71, che «il risultato di rendere revocabile, in senso lato ovviamente, l'atto di disposizione della quota sociale posto in essere attraverso la clausola di consolidazione potrebbe, in ipotesi, essere raggiunto attraverso l'inserimento nel contratto di società della facoltà di recesso *ad nutum*, ma a tale soluzione osta la posizione di quella dottrina che nega l'ammissibilità del recesso *ad nutum*

accadere che il socio decida di esercitare la facoltà di recesso dalla società che gli venga dallo stesso statuto eventualmente garantita, sottraendosi in tal modo all'operatività delle previsioni contenute nel contratto sociale (o nell'eventuale patto parasociale intervenuto con gli altri soci)⁴⁸. Per non dire poi del fatto che qualsiasi convenzione parasociale che ponga limiti al trasferimento della partecipazione sociale ha, quanto meno in materia di società per azioni, una durata limitata per

da una società a tempo determinato argomentando dall'articolo 2285, secondo comma, cod. civ. che con l'espressione "casi previsti nel contratto sociale" si riferirebbe a cause di recesso ivi predeterminate con elencazione tassativa».

⁴⁸ Di questo tenore era del resto l'avvertimento rivolto da P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*. Relazione al convegno su La trasmissione familiare della ricchezza (Verona, 5-6 febbraio 1993) organizzato dall'Istituto Giuridico Italiano e dall'ordine degli avvocati e procuratori di Verona, in *Vita notarile*, 1993, pp. 1281 e ss., il quale a fronte, della potenziale limitazione della revocabilità della disposizione attuata con l'assenso prestatto all'operatività di una delle clausole in esame, suggeriva di concedere al disponente un eccezionale potere di recesso «per cause tipicamente individuate o per fatti inquadrabili in una generale nozione di giusta causa». *Contra*, A. DENTAMARO, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, p. 384 (si rinvia alla nota 47 del precedente capitolo). Con riferimento ai negozi successori in generale, C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, Padova, 1994, p. 38, osserva che «se unico scopo della legge fosse stato veramente quello di assicurare ad ognuno il potere di mutare sempre la sorte delle situazioni giuridiche aventi origine nella propria morte, se questo veramente fosse stato il suo solo fine, non sarebbe bastato forse che essa avesse sancito, come effetto legale necessario, il diritto di recedere a favore di colui che abbia disposto contrattualmente a causa di morte? Non avrebbe potuto la legge, come per il testamento, prevedere che anche per i patti istitutivi, e per i negozi successori più in generale, sussista comunque il potere del disponente di porre nel nulla l'atto di disposizione?».

In conclusione, alla luce delle notazioni di cui sopra, non pare pertanto condivisibile - o, comunque, non più attuale, giusta le posizioni assunte dal legislatore della riforma del diritto societario - la posizione assunta dalla Suprema Corte nella pronuncia del 1975 nel tacciare di invalidità, per asserita violazione dell'articolo 458 cod. civ. e della libertà testamentaria del socio defunto, la clausola di consolidazione che non preveda la corresponsione di una congrua liquidazione ai successibili del medesimo: infatti, da un lato, si tendono a sovrapporre i due piani, della libertà *testantis* e della tutela dei legittimari; dall'altro, la revocabilità della pattuizione - tanto più alla luce delle innovazioni introdotte con la recente riforma del diritto societario - non può ritenersi *a priori* esclusa.

legge, benché prorogabile attraverso l'esercizio della facoltà di rinnovo alla scadenza (articolo 2341 *bis* cod. civ.⁴⁹).

L'attenzione deve, quindi, primariamente concentrarsi non tanto sulla tipologia degli effetti che le clausole in questione sono idonee a produrre, e nei confronti degli altri soci e verso i successibili del defunto, quanto, a monte, sulla natura della disposizione che viene realizzata e sul momento dal quale la produzione di tali effetti può potenzialmente incidere sul patrimonio del *de cuius* (e correlativamente sulle ragioni dei legittimari). Del resto, come da recente dottrina si è osservato, «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* articolo 458 cod. civ. concerne il mezzo e non il risultato»⁵⁰.

⁴⁹ L'articolo 2341 *bis* cod. civ. disciplina i patti parasociali nelle società per azioni, mentre non è stata dettata alcuna regola specifica per le società a responsabilità limitata. Non sono state coinvolte dalla portata della riforma le società a responsabilità limitata e le società di persone che non controllino società per azioni, come, del resto, espressamente confermato dalla Relazione governativa, nella quale si legge che la scelta legislativa compiuta «non intende escludere la possibilità che analoghi patti riguardino altre forme di società, per le quali ovviamente resterà applicabile la disciplina generale dell'autonomia privata e dei contratti, così per esempio per le società a responsabilità limitata, come anche per le società di persone». Parte della dottrina è orientata in senso positivo circa l'estensione della previsione dell'articolo 2341 *bis* cod. civ. alle società a responsabilità limitata (in tal senso, G. SANTONI, *I patti parasociali*, in occasione della relazione tenuta il 25 gennaio 2003 presso l'Università degli Studi di Roma Tre nell'ambito dei seminari sulla riforma del diritto societario organizzati dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tre in concorso con la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Roma-Tor Vergata).

⁵⁰ M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, op. cit., p. 74. Del resto, anche altra dottrina (P. BOERO, *Società di capitali e successione mortis causa*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, *Azienda ed impresa*, op. cit., p. 191) riconosce che «un'applicazione rigorosa dell'articolo 458 cod. civ., che tenga conto della sua portata sostanziale e ritenga vietate tutte quelle convenzioni che si pongono comunque in contrasto – anche solo nei loro effetti concreti – con la *ratio* della norma, difficilmente consentirebbe di escludere la configurabilità come patti successori delle clausole di cui ci stiamo occupando. Lo stesso criterio distintivo della corrispettività [...] non è però idoneo a discriminare efficacemente i patti rientranti, in base ad una concezione sostanziale, nella fattispecie *ex* articolo 458 cod. civ.».

Seguendo quest'impostazione e richiamandosi alla distinzione nei termini innanzi indicati tra atti (*inter vivos*) *post mortem*, *trans mortem* e *mortis causa*, diviene pertanto fondamentale interrogarsi sul grado di vincolatività delle pattuizioni sottoscritte dal *de cuius* e, nella fattispecie in esame, concretamente verificare se il socio conservi o meno un potere di disposizione della quota o delle azioni (di cui risultava titolare al momento dell'introduzione della clausola) o, comunque, delle eventuali variazioni in aumento della propria partecipazione sociale.

8. (segue) sul grado di vincolatività delle clausole di consolidazione

Muovendosi nell'ottica da ultimo illustrata, occorre rilevare che l'avviso della Suprema Corte si è costantemente orientato nel senso che «ai fini della sussistenza di un patto successorio è necessaria la dimostrazione di un preciso accordo tra le parti inteso a far sorgere un vero e proprio *vinculum iuris* di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca in concreto l'adempimento: di un *accordo*, cioè *che abbia di per sé i requisiti di una valida ed irrevocabile fonte di obbligazione* e che, d'altra parte, sia da considerarsi nullo solamente in virtù della norma dell'articolo 458 cod. civ.»⁵¹. In altre parole, ove non sia stata contratto un impegno valido e vincolante

⁵¹ Cassazione, 29 maggio 1972, n. 1702, cit. A poco prima risale la pronuncia storica della Cassazione in tema di patti successori (sentenza del 22 luglio 1971, n. 2404, edita in *Giust. civ.*, 1971, I, pp. 1536 e ss.), nella quale il Supremo Collegio ha statuito che «per poter stabilire se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui al citato articolo 458 occorre accertare: 1) se il *vinculum iuris* con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se le cose o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano, comunque, essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto od in parte alla propria successione, privandosi così del *jus poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contrattato o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato».

In realtà, la massima nel testo citata introduce un'ulteriore questione, ovvero quella della validità o meno dei patti successori obbligatori e di conseguenza degli atti esecutivi successivi. La dottrina maggioritaria conclude nel senso che nel divieto dell'art. 458 cod. civ. ricadano, evidentemente, non solo i patti successori istitutivi cosiddetti reali (cioè quelli con cui taluno dispone immediatamente

secondo le restanti norme dell'ordinamento, ci si trova dinanzi a una disposizione meramente programmatica e come tale non riconducibile in alcun modo al sistema sanzionatorio della nullità comminata dalla disposizione menzionata⁵².

Volgendo nuovamente l'attenzione alla questione che nello specifico interessa, occorre, dunque, valutare l'effettiva sussistenza di un *vinculum iuris* assunto dai soci nell'addivenire alla stipulazione della clausola di consolidazione e, in caso di riscontro positivo, verificare l'efficacia - in termini di vincolatività rispetto alla destinazione della partecipazione sociale - della pattuizione contratta.

Quanto al primo aspetto, certamente si può concordare con quanto asserito da quella dottrina che ravvisa nelle clausole *de quibus* «un'immediata efficacia, che è quella di regolare lo svolgimento dell'attività societaria, i rapporti tra i soci, i rapporti tra i soci ed i terzi»⁵³. Peraltro, tale assunto risulta confermato dalla stessa Suprema Corte, la quale con pronuncia del 16 aprile 1994, n. 3609, pur giudicando della validità di altra tipologia di convenzione statutaria (clausola di opzione a favore dei soci superstiti)⁵⁴, ha in linea generale statuito che con le clausole in questione nasce un vincolo che trova la propria giustificazione causale

della propria successione), ma pure quelli con cui ci si obbliga a disporre della propria successione, attraverso il compimento di un apposito atto esecutivo successivo. In questo senso M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, pp. 66 e ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, I, p. 30; conforme Cassazione, 21 aprile 1979, n. 2228, 24 novembre 1980, n. 6230, e 6 gennaio 1981, n. 63.

⁵² Peraltro, uno dei motivi di gravame avverso la sentenza resa dalla Corte d'Appello sulla questione poc'anzi esaminata (Cassazione 16 aprile 1975, n. 1434) concerneva la circostanza che, nel caso di specie, «le parti [si fossero] limitate a prevedere un futuro regolamento dei propri rapporti, senza assumere alcun impegno attuale». Al riguardo il Supremo Collegio si è limitato a statuire che ciò «non sottrae il patto alla nullità; il patto, se così interpretato, è privo di efficacia vincolante, non produce effetti negoziali e non può essere posto come fondamento di una domanda di adempimento».

⁵³ T. TASSANI, *Clausole statutarie e morte del socio: riflessi nelle imposte sui redditi*, op. cit., pp. 1063 e ss.

⁵⁴ In merito alla quale si veda *infra* (pp. 136 e ss. e, in particolare, p. 145).

«nell'esigenza di consentire ai soci superstiti una valutazione circa l'interesse societario e l'opportunità di far entrare nella compagine sociale soggetti estranei»⁵⁵.

Orbene, appurato che la stipulazione di una clausola di concentrazione è idonea a far sorgere un *vinculum iuris*, quanto meno in funzione di una regolamentazione dello svolgimento delle dinamiche sociali, residua da verificare se al singolo socio sia impedito di disporre della propria partecipazione sociale o, in ogni caso, di quella di cui risultava, all'epoca della sottoscrizione dell'accordo, titolare.

La questione merita speciale attenzione in quanto l'esclusione delle clausole di consolidazione dal margine di operatività del predetto divieto di cui all'articolo 458 cod. civ. deve, secondo parte della dottrina, *in primis* ricondursi all'assunzione da parte dei soci di un vincolo di indisponibilità della quota costituente oggetto della pattuizione. È tale l'avviso, infatti, non solo di chi opta per la validità delle clausole in esame, laddove sia espressamente previsto che il socio perda il potere di disposizione della quota in quel momento posseduta⁵⁶, ma anche di chi ritiene che quello innanzi descritto sia addirittura un effetto naturale e costante discendente dall'onerosità della clausola di consolidazione - intesa quindi, nei termini innanzi descritti, solo come spuria - alla quale conseguirebbe sempre un vincolo di indisponibilità, trattandosi di “un trasferimento condizionato (a titolo oneroso)”⁵⁷.

Non mancano, ovviamente, opinioni in senso contrario, come il pensiero di chi evidenzia che, così ragionando, «si opera un restringimento dell'obiettivo perseguito attraverso le clausole in questione giacché - col prevedere che il consolidamento concerne unicamente la quota posseduta al momento della pattuizione e non gli eventuali incrementi - non [si] consente di realizzare pienamente l'“obiettivo successorio”»; per altro verso, [ciò] comporta l'assunzione di un obbligo di non disposizione che, sebbene non si ponga in contrasto con la disciplina in tema di trasferimento delle partecipazioni sociali, implica che la compagine sociale, così

⁵⁵ Edita in *Vita not.* 1994, pp. 1381 e ss., in *Riv. not.* 1994, pp. 1491 e ss., in *Giust. civ.*, 1995, I, pp. 1063 e ss., in *Giur. it.*, 1995, I, 1, pp. 1334 e ss., in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, p. 17, in *Società*, 1994, pp. 1185 e ss. e in *Giur. comm.*, 1996, II, pp. 217 e ss.

⁵⁶ M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, op. cit., p. 71.

⁵⁷ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, op. cit., p. 47.

come contemplata al momento dell'introduzione della clausola di consolidazione, rimanga definitivamente immutabile»⁵⁸.

A questo punto, risulta opportuno chiarire in che cosa consista questo "obiettivo successorio", ovvero in che modo incida la clausola di consolidazione sottoscritta dal socio sul potere di quest'ultimo di disporre della partecipazione sociale, eventualmente anche a fini, più o meno, dichiaratamente successori (vale a dire, *mortis causa*).

8.1. Clausole di consolidazione e assunzione di un vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale

Orbene, riprendendo il concetto - già in precedenza esaminato - di atto *mortis causa*⁵⁹, si nota che, nell'ipotesi in cui dalla stipulazione di una convenzione di accrescimento si possa arguire l'avvenuta assunzione da parte del socio di un vincolo di indisponibilità della partecipazione di cui questi in tale momento risultava titolare⁶⁰, è certamente dato ravvisarsi l'elemento soggettivo che, sotto il profilo dei soggetti coinvolti, caratterizza un negozio *mortis causa*: il beneficiario dell'attribuzione, infatti, diviene effettivamente tale solo se sopravvissuto al disponente; tuttavia, diversamente da quanto si osserva nella menzionata categoria di atti, la disposizione in questione non può in alcun modo considerarsi *de residuo*, l'oggetto del negozio essendo già stato determinato al tempo della conclusione dell'atto.

Pertanto, alla luce di tali considerazioni, secondo quanto autorevolmente sostenuto da una parte della dottrina⁶¹, dovrebbe escludersi la natura *mortis causa* dell'attribuzione. Peraltro, osserva tale orientamento, non solo tali clausole

⁵⁸ L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, op. cit., pp. 366 e ss.

⁵⁹ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, op. cit., p. 52. Si rinvia a quanto osservato *supra* a pp. 55 e ss.

⁶⁰ Ammissibile non solo nelle società di persone, ma anche nell'ambito delle società di capitali ex articoli 2355 *bis* cod. civ. primo comma e 2469 cod. civ.

⁶¹ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, op. cit., p. 47.

sarebbero frequenti con riferimento alle varie ipotesi di scioglimento del rapporto sociale, ivi comprese quelle (a titolo esemplificativo, recesso o esclusione del socio dalla società) che a una *contemplatio mortis* non presentano minima attinenza⁶² - il che dovrebbe in linea di principio rendere scarsamente attendibile l'ipotesi relativa all'esistenza di un'attribuzione *mortis causa* anche nel caso in esame - ma in esse ricorrerebbe «o il regolamento convenzionale, già perfetto ed impegnativo per i contraenti, di un momento particolare dell'esecuzione del rapporto (liquidazione della società, scioglimento della comunione) ovvero, nel più semplice dei casi, un trasferimento condizionato»⁶³.

In altre parole, partendo dal presupposto che atti *mortis causa* siano esclusivamente quelli regolanti situazioni o rapporti destinati a formarsi in via originaria con la morte del disponente, le clausole di consolidazione, dotate del carattere di vincolatività di cui si discute, andrebbero più propriamente ascritte alla categoria degli atti *post mortem*, ovvero degli atti *inter vivos* regolanti situazioni già esistenti e nei quali l'evento morte inerisce unicamente come condizione o termine di efficacia⁶⁴.

Del resto, proprio nel senso suindicato, si orientava la Cassazione con la già citata sentenza del 17 marzo 1951, n. 685⁶⁵, attraverso la quale affermava che la convenzione di consolidazione è «clausola normale nei contratti di società» e che «gli altri soci conseguono la cosa *tempore mortis*, ma non *causa mortis*; essi non succedono né a titolo particolare, né a titolo universale al defunto».

Recentemente analoghe problematiche sono state affrontate dalla giurisprudenza di merito. In particolare la Corte di Appello di Bologna, con decreto del 23 ottobre 1996⁶⁶, ha capovolto la decisione assunta dal Tribunale di prime cure⁶⁷, così

⁶² Al riguardo cfr. A. PALAZZO, *Le successioni*, op. cit., p. 173.

⁶³ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, op. cit., p. 47.

⁶⁴ C.E. PUPO, *Sulla validità della clausola di consolidazione in capo ai soci superstiti della quota di socio defunto di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 1997, VI, p. 735.

⁶⁵ Si veda *supra*, nota 25.

⁶⁶ Editto in *Giur. comm.*, 1997, II, pp. 730 e ss. e in *Le società*, 1997, pp. 414 e ss.

⁶⁷ Il giudice di primo grado (Tribunale Bologna, 11 luglio 1996, in *Giur. comm.*, 1997, II, pp. 730 e ss.) aveva statuito che «non è omologabile la delibera assembleare che introduca nell'atto costitutivo

statuendo: «è omologabile la delibera assembleare che introduca nell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata una clausola che prevede, in caso di morte di un socio, la consolidazione della quota di quest'ultimo in capo ai soci superstiti [...]; simile obbligazione non rappresenta infatti violazione né del divieto di patti successori né del divieto di prestazioni accessorie consistenti in denaro»; nella pronuncia richiamata la Corte ha inoltre osservato che «lo scopo comune perseguito dalle parti del contratto di società non è quello di regolare la successione dei contraenti o di disporre di diritti successori, ma unicamente quello di conferire un determinato assetto alla società dopo che si fosse verificato l'evento morte, individuando sin dall'origine il diritto trasmissibile nel suo contenuto (il credito monetario e non la quota) e nel soggetto obbligato (i soci)». Nella predetta sentenza si trova pure richiamata la pronuncia della Cassazione del 16 aprile 1994, n. 3609⁶⁸, secondo la quale «con la stipulazione di tale clausola [di concentrazione spuria: *n.d.r.*] nasce un vincolo che trova la propria giustificazione causale solamente nell'esigenza di consentire ai soci superstiti una valutazione circa l'interesse societario e l'opportunità di far entrare nella compagine sociale soggetti estranei [...] di talché *la morte del socio non assume una rilevanza causale ma meramente temporale ed accidentale*; la morte [...] viene considerata unicamente come l'evento che determina l'operatività della clausola e non come causa della stessa, secondo la struttura pienamente logica dei negozi *post mortem*».

A parere di chi scrive, le considerazioni suesposte inducono a concludere per la natura non *mortis causa* delle clausole di consolidazione, purché queste contengano (o se ne possa, comunque, desumere) la previsione di un vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale di cui, nel momento della loro stipulazione, risulti titolare il socio. La struttura assunta dalla convenzione così formulata andrebbe,

di società a responsabilità limitata una clausola che prevede, in caso di morte di un socio, la consolidazione della quota di quest'ultimo in capo ai soci superstiti, qualora, con tale clausola, si stabilisca altresì che obbligati a corrispondere agli eredi del defunto l'equivalente in denaro della quota consolidata debbano essere gli anzidetti soci superstiti e non già la società; simile obbligazione rappresenterebbe infatti una violazione sia del divieto di patti successori sia del divieto di prestazioni accessorie consistenti in denaro».

⁶⁸ Si veda *sub* nota 55.

quindi, tipicamente ricondotta a quella del negozio *post mortem*, giusta l'apposizione di un vincolo al bene oggetto della disposizione in epoca anteriore al decesso del disponente e la contestuale sospensione del definitivo prodursi degli effetti sino alla realizzazione dell'evento *mortis*⁶⁹, salva l'eventuale produzione di una mera aspettativa di diritto⁷⁰, da intendersi come situazione soggettiva identificabile in un interesse preliminare del soggetto, tutelato in via provvisoria e strumentale in presenza di una fattispecie giuridica a formazione progressiva⁷¹.

Ciò chiarito sulla natura non *mortis causa* della tipologia di clausole qui considerate, pare opportuno richiamarsi brevemente a quell'orientamento che, nell'opporsi a un'impostazione che *a priori* escluda la liceità della clausola di consolidazione pura per il suo carattere non oneroso, ammettendo per converso la validità della sola clausola di concentrazione spuria, ha sostenuto la riconducibilità della prima alla figura della *donatio si praemoriar*.

Come noto, per donazione sotto condizione di premorienza s'intende quel negozio di liberalità tra vivi, nel quale la morte opera da condizione sospensiva degli effetti

⁶⁹ F. SCAGLIONE, *Riflessioni in tema di successioni anomale e contratto di società*, op. cit., p. 1038, secondo il quale ove da altre clausole dello statuto o del patto potesse arguirsi la revocabilità della disposizione in esame, si potrebbe sostenere la natura di negozio *trans mortem* e, in particolare, di contratto atipico *transmorte* a titolo oneroso, purché la liquidazione effettuata in favore degli eredi rispondesse a congruità. Come, del resto, avvertiva la Suprema Corte nella più volte menzionata sentenza del 17 marzo 1951, n. 685, l'effetto dell'accrescimento «non è a titolo successorio, né di liberalità, ma si verifica in virtù di convenzione sociale reciproca, le cui disposizioni rimangono sospese fino alla realizzazione di un evento incerto, quale è appunto la premorienza».

⁷⁰ G.M. PUGLIESE, *Consolidamento, continuazione ed entrata: il problema della successione nella titolarità dell'impresa*, op. cit., pp. 835 e ss.

⁷¹ Coloro che riconducono la fattispecie in esame al fenomeno dell'accrescimento in generale, evidenziano, in ogni caso, «la configurabilità di un effetto giuridico, che non sia anche un rapporto giuridico. Di guisa che dovendosi ricollegare alla clausola di accrescimento (quale suo effetto) la costituzione di un particolare rapporto tra i contitolari della disposizione o, quanto meno, un'apprezzabile modificazione della loro posizione in seno al rapporto conseguente al negozio principale (di attribuzione) non si può negare al negozio di accrescimento la natura di vera e propria situazione- presupposto, cioè a dire, di autentica fonte immediata di effetti giuridici» (G. GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, op. cit. p. 66).

finali⁷², atteso che la premorienza del donante al donatario è prevista dai contraenti quale evento condizionante l'arricchimento del secondo.

L'ascrivibilità della clausola in esame alla fattispecie della *donatio si praemortuar* - purché, naturalmente, munita dei requisiti formali di cui all'articolo 782 cod. civ. (atto pubblico e, in forza degli articoli 47 e 48 della legge del 16 febbraio 1913, n. 89, presenza dei due testimoni)⁷³ - varrebbe pertanto a confermarne la validità, posto che «l'elemento che caratterizza la donazione con clausola *si praemortuar* e che la differenzia, rendendola ammissibile, dalla donazione *mortis causa* e dal patto successorio, vietati dalla legge, è dato dalla funzione che assume, nella prospettiva delle parti, la morte del donante, la quale non è considerata o elevata a causa dell'attribuzione, sicché prima del suo verificarsi il negozio non debba produrre alcun effetto, bensì costituisce un mero evento condizionante l'efficacia negoziale, salva la produzione degli effetti prodromici che si ricollegano al perfezionamento dell'accordo»⁷⁴.

Benché tali considerazioni siano perfettamente rispondenti alle riflessioni innanzi svolte in chiave generale, la tesi di cui ora si è dato conto non pare, tuttavia, da ritenersi condivisibile, posto che la clausola di consolidazione non può considerarsi *de plano* caratterizzata da quell'*animus donandi* che contraddistingue invece la donazione ai sensi della formulazione letterale adottata dall'articolo 769 cod. civ. (il quale fa, appunto, menzione dello "spirito di liberalità")⁷⁵. A prescindere dalla

⁷² F. SCAGLIONE, *Riflessioni in tema di successioni anomale e contratto di società*, op. cit., p. 1020.

⁷³ Si ricorda, incidentalmente, la diatriba che riguarda, anche alla luce delle novità introdotte dalla riforma all'articolo 2328 cod. civ., i requisiti di forma richiesti per la validità delle disposizioni statutarie, posto che la norma citata prescrive la forma pubblica solo per l'atto costitutivo della società.

⁷⁴ Cassazione, 9 luglio 1976, n. 2619.

⁷⁵ Il superamento della tesi innanzi menzionata permette, *inter alia*, di ovviare alle problematiche che potrebbero discendere dall'essere la clausola di consolidazione pura contenuta in un atto privo della forma richiesta dall'art. 782 cod. civ., nonché alle ulteriori criticità che, altrimenti, verrebbero in rilievo nell'ipotesi in cui fosse riconosciuta al socio - sotto forma di diritto di recesso dalla società - la revocabilità della pattuizione medesima, in tal modo eludendo la limitazione della facoltà di revocazione della donazione.

concreta verifica di tale intento liberale, la convenzione di accrescimento puro va piuttosto astrattamente ricondotta alla più ampia categoria dei negozi a titolo gratuito, contraddistinti dal solo fatto dell'originare un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo⁷⁶. Costante orientamento della giurisprudenza di legittimità rileva, infatti, che «l'*animus donandi*, che qualifica soggettivamente come donazione un'attribuzione patrimoniale a titolo gratuito, ricorre tutte le volte che l'attribuzione venga compiuta *nullo iure cogente*, e cioè nel senso che il comportamento del disponente non è determinato da alcun vincolo giuridico o extragiuridico rilevante per l'ordinamento»⁷⁷; pertanto «non basta un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo a porre in essere una donazione che, dovendo verificarsi per liberalità, ossia con l'intento di beneficiare, è esclusa ogni qual volta trovi, invece, causa in un intento diverso da quello benefico»⁷⁸.

Ciò precisato, sulle basi della riflessione innanzi condotta, si ritiene di poter concludere che le clausole di consolidazione dalle quali discenda un vincolo di indisponibilità, siano a titolo oneroso o meno, configurandosi come atti *inter vivos* con efficacia differita al momento della morte del socio, possono legittimamente essere ascritte alla categoria delle clausole di cui si fa menzione agli articoli 2355 *bis*, primo comma, e 2469, secondo comma, cod. civ., finendo le stesse con il sottoporre a particolari condizioni, ma non in funzione *mortis causa*, il trasferimento delle partecipazioni sociali.

Ciò posto, occorre sottolineare che, ove si volesse prestare adesione alla dottrina che individua, accanto ai negozi *post mortem*, la speciale categoria di quelli *trans mortem*, il riconoscimento di un diritto di recesso del socio dalla società⁷⁹, di fatto

⁷⁶ In generale, sull'inesistenza di una violazione del divieto dei patti successori in presenza di atto a titolo gratuito con effetti *post mortem* G. AZZARITI, *Alloggio familiare con arredamento dato in comodato, fallimento post mortem del comodante, pretesa restituzione dell'oggetto alla massa fallimentare*, nota (critica) a Cassazione, 24 aprile 1987, n. 4053, in *Giust. civ.*, 1987, II, pp. 1651 e ss. (sentenza edita altresì in *Riv. not.*, 1987, pp. 582 e ss. e in *Giur. comm.*, 1987, II, pp. 725 e ss.).

⁷⁷ Cassazione, 9 aprile 1980, n. 2273, edita in *Giust. civ. Mass.*, 1980, IV.

⁷⁸ Cassazione, 19 novembre 1971, n. 3322, edita in *Giur. It. Mass.*, 1971, p. 1716.

⁷⁹ Per quanto concerne la possibilità che i soci introducano una particolare previsione di recesso, si veda il capitolo precedente, alla nota 48.

concretizzandosi nella possibilità di revoca della disposizione realizzata con efficacia *in diem mortis dilata*, permetterebbe di ascrivere le summenzionate clausole alla diversa tipologia dei negozi *trans mortem*.

8.2. Clausole di consolidazione e conservazione del potere di disposizione della partecipazione sociale

Evidenziate le ragioni ritenute fondanti per il riconoscimento della validità delle clausole di consolidazione, pura o spuria, alle quali sia dato collegare il sorgere in capo al singolo socio di un vincolo di indisponibilità della partecipazione di cui quest'ultimo fosse risultato, al momento dell'accordo, titolare, residua da affrontare la problematica della liceità delle convenzioni di concentrazione (a titolo gratuito od oneroso) alle quali siffatto effetto non possa, invece, ricondursi.

Un orientamento della dottrina, che si ritiene condivisibile, precisa che nell'ipotesi «in cui le parti nulla stabiliscano circa l'entità della quota che deve consolidarsi alla morte del socio in capo ai superstiti, [...] la quota che si consolida non è quella posseduta dal socio al momento della stipulazione della clausola, bensì quella posseduta dal socio al momento della sua morte»⁸⁰.

Orbene, in una fattispecie come quella testé descritta l'oggetto dell'atto dispositivo del socio parrebbe assumere senz'altro i caratteri di un'attribuzione *de residuo* e, correlativamente, l'evento morte tenderebbe ad assurgere a elemento causale del negozio, costituendo il decesso del socio punto d'origine e di individuazione della situazione regolata dalla volontà delle parti; di conseguenza, la disposizione in esame, concretizzando un negozio *mortis causa* diverso da quello testamentario, finirebbe con il ricadere pienamente e inevitabilmente nel divieto posto dall'articolo 458 cod. civ., configurandosi in particolare quale patto successorio istitutivo.

Ciò premesso, al fine di dare compiuta risposta alla questione della liceità delle clausole in esame, pare opportuno richiamarsi brevemente alle notazioni effettuate da quella dottrina che riconosce alle clausole di consolidazione - a prescindere da

⁸⁰ F. SCAGLIONE, *Riflessioni in tema di successioni anomale e contratto di società*, op. cit., p. 1029.

un'analisi in merito all'assunzione del vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale - l'intento di perseguire un obiettivo successorio.

Con riflessione focalizzata sulla disciplina delle società di persone, ma i cui presupposti meritano di essere estesi - con le debite osservazioni - anche all'ambito delle società di capitali, tale orientamento fonda la validità delle sole clausole di consolidazione spuria sul disposto dell'articolo 2284 cod. civ., evidenziando come detta norma stabilisca che, se la morte di uno dei soci dà luogo all'applicazione del regime legale, che altro non determinerebbe se non l'effetto dell'accrescimento della quota degli altri soci, costoro debbano necessariamente liquidare il valore della quota ai successori del defunto.

Seguendo l'opinione espressa da tale dottrina, attesa la cogenza di questa ultima previsione, sarebbe consentita una deroga convenzionale al regime *ex lege* previsto solo ove fosse riconosciuto «il diritto degli eredi del socio defunto a percepire il valore della quota, trattandosi [...] di diritto inderogabile ogniqualvolta l'effetto sia quello della consolidazione»⁸¹.

L'adesione alla tesi ora illustrata consentirebbe, quindi, nonostante la natura *mortis causa* delle convenzioni in esame, di sostenerne la validità in deroga al principio enunciato dall'articolo 458 cod. civ., purché le stesse rivestano la forma delle clausole di consolidazione spuria. Ciò posto, non paiono sussistere limitazioni all'estensione della riflessione sinora condotta all'ambito delle società di capitali, attesa la formulazione degli articoli 2355 *bis*, comma terzo, e 2469 cpv. cod. civ., che sanciscono la possibilità di apporre limiti alla circolazione “a causa di morte” delle partecipazioni sociali a fronte della corresponsione di una liquidazione⁸². Alla

⁸¹ L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, op. cit., pp. 368 e ss.

⁸² Rinviano al prosieguo (pp. 255 e ss.) la trattazione delle problematiche concernenti il *quantum* di detta liquidazione, si precisa, tuttavia, sin d'ora che, per quanto concerne le clausole di consolidazione spuria relative a società a responsabilità limitata, la cui disciplina riformata si è spesso ispirata ai principi informativi delle regole che governano le società di persone, è stato sollevato il problema in relazione ai criteri da applicarsi nella effettiva determinazione dell'importo da corrisponderci agli eredi del socio defunto, ovvero se la liquidazione della quota di questi debba

luce delle considerazioni suesposte, si approda, dunque, alla medesima conclusione di chi propende, in generale, per la validità di qualsiasi convenzione di accrescimento «quando [...] le parti prevedano la prosecuzione del rapporto fra i superstiti, ma facciano salva la trasmissione, in capo agli eredi del premorto, di eventuali crediti o debiti conseguenti allo scioglimento parziale del vincolo»⁸³.

Del resto, l'interpretazione così fornita è pienamente conforme alla rilettura recentemente proposta in merito alla *ratio* sottesa al divieto dei patti successori e di cui *supra* si è dato conto: ovvero quella di salvaguardare, attraverso la norma di chiusura di cui all'articolo 458 cod. civ., non solo la tipicità delle fonti della delazione ereditaria, ma pure il principio di unità della successione e di tutela dei legittimari.

avvenire facendo ricorso ai principi di cui all'articolo 2289 cod. civ. o ad un'interpretazione estensiva dell'articolo 2473, commi secondo e terzo, cod. civ.

⁸³ F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, op. cit., p. 216. In termini analoghi si è espressa la Corte di Cassazione nella sentenza del 3 luglio 1967, n. 1622, riconoscendo la fondatezza del motivo di ricorso presentato avverso la pronuncia di secondo grado - che statuiva l'invalidità della clausola di consolidazione spuria contenuta nell'atto costitutivo di una società in nome collettivo - con il quale si evidenziava che «al verificarsi della [...] morte, la condizione retroagirebbe a norma dell'articolo 1360 cod. civ., determinando la risoluzione del contratto *ex tunc* e la continuazione della società tra i soci superstiti, mentre agli eredi non potrebbe spettare altro che un diritto di credito nei confronti della società». In tale fattispecie il Supremo Collegio, richiamandosi al precedente del 17 marzo 1951, n. 685, ha, quindi, concluso per la validità della clausola contenuta nell'atto costitutivo di una società in nome collettivo con la quale si fosse stabilito che, in caso di morte di uno dei soci, la società si sarebbe consolidata nei soci superstiti, i quali avrebbero dovuto liquidare agli eredi del defunto la quota di lui risultante dall'ultimo bilancio formato dai soci (pronuncia edita in *Dir. fall.*, 1967, II, pp. 983 e ss.). In senso conforme, la pronuncia resa in un caso analogo dalla Corte d'Appello Torino del 28 giugno 1948, edita in *Foro pad.*, 1949, I, pp. 94 e ss., nella quale si legge che «la famosa consolidazione di quote [...] non ha costituito altro che un trasferimento convenzionale di carature dal socio defunto - la cui volontà espressa in vita si manifestava così dopo la morte - ai due soci superstiti, senza concorso di volontà da parte degli eredi che non furono dalla successione investiti d'altro che del diritto di credito verso i cessionari». Per alcune osservazioni sulla retroattività della condizione *de qua* si rinvia *supra* alla nota 21.

Passando, quindi, all'esame delle clausole di consolidazione pura dalle quali non discenda alcun vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale che ne sia inizialmente oggetto, non pare potersi ad esse estendere alcuna delle considerazioni sinora formulate: tali convenzioni *mortis causa*, stante la gratuità che le connota, non potrebbero, infatti, essere in alcun modo ricomprese nella previsione derogatoria al divieto innanzi tracciata.

Come già rilevato in passato in dottrina⁸⁴, infatti, la clausola di concentrazione pura risulta inevitabilmente invalida in quanto importa l'accrescimento gratuito del valore della quota a favore dei soci superstiti, non avendo né il contenuto della donazione (*rectius*: dell'atto a titolo gratuito), per difetto dell'attualità dell'attribuzione patrimoniale (propria, invece, benché a effetti differiti, delle clausole di consolidazione con vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale), né potendo essa valutarsi, per carenza di forma, come disposizione testamentaria a favore dei soci superstiti; di conseguenza, trattandosi di convenzione su una futura successione, la clausola in parola finisce con l'essere attratta nel divieto dei patti successori.

Traendo le fila dell'approfondimento sinora svolto si può, pertanto, concludere nel riconoscimento, in generale, della validità delle clausole di consolidazione spuria, dovendo, invece, sempre appurare, nel caso di convenzioni di concentrazione pura, se, mediante queste, sia stato pattuito un vincolo concernente la partecipazione sociale di cui, al momento della stipulazione dell'accordo, il singolo socio era titolare. In caso di esito positivo - diversamente da quanto ritenuto da quella dottrina che, invece, fonda le proprie considerazioni solo sul criterio dell'onerosità del trasferimento - potrà propendersi per la liceità di tali pattuizioni, assumendo le stesse la natura di negozi a titolo gratuito con effetti *trans mortem* o comunque *post mortem*.

Del resto, seguendo l'insegnamento della Suprema Corte, «il divieto dei patti successori, costituendo eccezione alla regola della validità dei contratti sulle cose future, non può essere esteso a rapporti che non ne presentino gli estremi

⁸⁴ M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 520.

caratteristici»⁸⁵; presupposti, questi, che sono invece da ravvisarsi nelle clausole di consolidazione pura che differiscono al momento della morte del singolo socio l'individuazione dell'oggetto dell'attribuzione, posto che queste finiscono con il perseguire una funzione *mortis causa*, i cui effetti non risultano essere in alcun modo bilanciati nel senso di assicurare adeguata tutela ai principi dell'unità della successione e della tutela dei legittimari.

8.3. Clausole di consolidazione e società in accomandita per azioni

Un'interessante applicazione delle considerazioni sinora svolte si ha nel caso della società in accomandita per azioni, ove lo statuto sociale preveda una clausola di consolidazione della quota dell'accomandante a favore dell'accomandatario per l'ipotesi di morte del primo. Frequente nella prassi è, infatti, il ricorso a un tale tipo di clausola nelle modalità dell'assunzione di un vincolo di indisponibilità della quota dal beneficiante-accomandante in favore del beneficiario-accomandatario nell'intento di saggiare le capacità imprenditoriali di quest'ultimo. Ciò non toglie che, come sostenuto dalla prevalente dottrina, i poteri gestori di questi possano in ogni caso essere revocati per giusta causa ai sensi dell'articolo 2456 cod. civ., divenendo, quindi, il socio accomandatario mero accomandante, giusta il nesso indissolubile che nella società in accomandita per azioni si crea tra qualità di socio accomandatario, carica di amministratore e responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali⁸⁶.

La clausola in questione presenta dunque tutti i caratteri propri di una valida disposizione a titolo gratuito con effetti *post mortem*, o meglio *trans mortem*, attesa la possibilità di procedere ad una revoca (indiretta) del beneficio nei confronti del socio accomandatario che eserciti in modo inadeguato i propri poteri gestori⁸⁷.

⁸⁵ Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3609, cit.

⁸⁶ Depongono in tal senso gli articoli 2455, 2456 e 2461, secondo comma, cod. civ.

⁸⁷ V'è da dire, tuttavia, che la revoca del beneficio in siffatta ipotesi ha efficacia nei confronti di un solo soggetto determinato e, qualora dovesse essere esercitata, mediante l'esautoramento dai poteri gestori di

A ciò si aggiunga che la disposizione in parola potrebbe essere altresì strutturata con la previsione di un onere a carico dei soci accomandatari di continuare a orientare l'attività sociale nel perseguimento di determinate finalità, con la conseguenza che l'erede del socio accomandante potrebbe, *ex* articolo 793 cod. civ., chiedere la risoluzione del beneficio per inadempimento dell'onere, provando che «l'unica ragione della donazione indiretta con effetti *post mortem*, in che si concretano gli effetti della clausola di consolidamento, era il sostenere lo svolgimento dello scopo prefissato nello statuto sociale»⁸⁸.

9. Compatibilità delle clausole di consolidazione con il divieto di associazioni tontinarie e di patto leonino

Attesa la rilevanza assunta, nelle valutazioni di cui sopra, dal criterio della indisponibilità della partecipazione sociale oggetto di convenzione di accrescimento, occorre da ultimo dar conto di un orientamento della dottrina, condiviso anche in alcune pronunce, soprattutto della giurisprudenza di merito, che, proprio in ragione della limitazione del potere di disposizione della quota da parte del singolo socio, discendente dall'apposizione di una clausola di consolidazione, conclude per l'invalidità dell'intera pattuizione alla luce del divieto posto dall'articolo 12 del decreto legislativo del 7 settembre 2005, n. 209 (cd. codice delle assicurazioni private), a mente del quale sono vietate le associazioni tontinarie o di ripartizione⁸⁹, nonché a fronte della formulazione dell'articolo 2265 cod. civ. in tema di patto leonino.

Un accenno alla tematica che ora ci occupa è pure presente nella già citata sentenza della Cassazione del 16 aprile 1975, n. 1434. In quest'ultima si legge, infatti, che «i

tutti gli accomandatari, potrebbe esporre la società al rischio di scioglimento di cui all'articolo 2458 cod. civ.

⁸⁸ A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale. Le forme alternative al testamento: modelli stranieri, elaborazione dottrinale, esperienze pratiche*, op. cit., p. 196.

⁸⁹ Al riguardo si veda in particolare 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, *Azienda ed impresa*, op. cit., pp. 223 e ss.

giudici del merito hanno rilevato, in primo luogo, che le parti erano pervenute all'accordo, di cui si discute, dopo aspri dissidi, derivanti soprattutto dall'esercizio che il resistente Carlo Scappino esplicava dei poteri che gli erano stati conferiti; in secondo luogo che l'accordo prevedeva che i cespiti di maggior valore rimanessero in comunione tra i genitori ed il figlio Carlo; in terzo luogo, che, *secondo l'ordine naturale degli eventi, il patto di consolidamento avrebbe funzionato presumibilmente piuttosto a favore del figlio Carlo, che a favore dei genitori; da ciò hanno concluso che la pattuizione del trasferimento automatico costituiva la principale contropartita delle limitazioni che lo stesso Carlo accettava di subire nella gestione dei vari cespiti patrimoniali*. In base a queste considerazioni, hanno dedotto che il patto costituisse un elemento essenziale dell'accordo, senza del quale questo non sarebbe stato affatto posto in essere». La statuizione dei giudici di legittimità ora riportata rivela una certa sensibilità verso gli argomenti addotti da quella dottrina che, come si diceva innanzi, sostiene l'invalidità delle clausole di consolidazione, in quanto queste ultime rivestirebbero natura di scommessa o, meglio, di una scommessa particolare che nelle sue linee rappresenta una forma di patto tontinario.

Tontina non è altro che l'operazione finanziaria per mezzo della quale più soggetti, mettendo insieme un capitale fruttifero, si assicurano una rendita vitalizia destinata ad accrescersi, a seguito della morte di ciascuno di essi, a favore dei sopravvivenenti, a profitto dei quali è attribuita la quota in precedenza detenuta dal *de cuius*.

Fu ideata dal banchiere napoletano Lorenzo Tonti nel 1653 ed attuata come prima forma di assicurazione sulla vita in Francia dal cardinale Mazzarino, nell'intento di realizzare una pubblica sottoscrizione organizzata e gestita dallo Stato attraverso la costituzione di una società di assicurazione mutua tra i sottoscrittori. Il vantaggio per l'istituzione statale consisteva originariamente nel fatto che questa si assumeva l'onere della rendita, ma, una volta morto l'ultimo superstite, il capitale rimaneva all'erario. Ben presto, tuttavia, tale forma di prestito pubblico gestita dallo Stato divenne oggetto di speculazione privata, con il sorgere di plurime associazioni tontinarie⁹⁰. Fu proprio questo uno dei principali motivi che ne consentirono la

⁹⁰ Note anche con la denominazione di *Casse chatelusiane*, dal fondatore francese di una di queste, Chatelus.

diffusione anche in altri paesi, pure dopo che la legislazione francese ne vietò la costituzione con l'editto reale del 20 novembre 1863.

Al fine di evitare di incorrere nelle problematiche in Francia già manifestatesi, in Italia si cercò di arginare il ricorso a tale forma di assicurazione, dapprima - secondo quanto disposto in genere per le società di assicurazione sulla vita - assoggettandone la costituzione a preventiva autorizzazione governativa e sottoponendone la gestione a una serie di controlli, poi, regolamentando specificamente l'attività delle associazioni tontinarie con la legge del 26 gennaio 1902, n. 9 e con il pedissequo regolamento del 21 luglio 1902, n. 346. Ulteriori vincoli all'attività delle tontine vennero quindi introdotti dalla legge del 7 luglio 1907, n. 533.

Pur tuttavia diverse erano le difficoltà che emergevano dall'impiego dell'istituto tontinario, *in primis* sul fronte dell'ostacolo allo sviluppo delle assicurazioni sociali e *in secundis* sul lato dell'incapacità del governo italiano di esercitare un'efficace vigilanza, a garanzia degli interessi privati nazionali, sulle istituzioni tontinarie straniere, per il fatto che i fondi erano accumulati all'estero e che i soci appartenevano a diverse nazionalità.

Fu così che si addivenne alla definitiva soppressione delle tontine già esistenti e all'introduzione del divieto di costituirne di nuove con la legge che attribuì allo Stato il monopolio delle assicurazioni sulla vita (articoli 20, 21, 22, 23 della legge 4 aprile 1912, n. 305 nonché articolo 61 del relativo regolamento del 5 agosto 1912, n. 939). Il divieto venne poi ribadito con l'articolo 3 del r.d.l. del 29 aprile 1923, n. 966 - convertito nella legge del 17 aprile 1925, n. 473 - e nel d.p.r. 13 febbraio 1959 n. 449 e quindi trasfuso nel vigente codice delle assicurazioni private.

Il divieto ivi previsto non interessa, però, le sole associazioni tontinarie, ma anche quelle cosiddette "di ripartizione", intendendosi con quest'ultima denominazione quelle forme associative in cui il contributo degli associati, anziché essere versato preventivamente come nelle tontine, viene richiesto ai singoli dopo ogni sinistro ed in misura variabile a seconda dell'andamento degli infortuni. In tale concetto vengono poi tradizionalmente fatte rientrare anche le cosiddette mutue a

ripartizione, che sono società mutue di assicurazione volte a ripartire periodicamente fra tutti i soci le conseguenze economiche dei sinistri verificatisi per alcuni di essi, distinguendosi in particolare in mutue a ripartizione pura, in cui si richiede ai soci un contributo dopo il sinistro in misura variabile in relazione all'andamento della sinistrosità, e in mutue a contributo variabile, nelle quali ad un conferimento iniziale in misura fissa si aggiunge un apporto supplementare variabile, con il quale vengono di fatto risarcite le perdite eccedenti i contributi fissi.

Il riferimento da ultimo effettuato al rapporto tra perdite e utili ci consente di svolgere incidentalmente un breve accenno a un ulteriore profilo di invalidità che, secondo alcuni, connoterebbe le clausole di consolidazione.

Ad avviso di costoro tali pattuizioni sarebbero infatti in grado di infrangere il divieto di patto leonino, così come posto dall'articolo 2265 cod. civ. a tutela dell'essenza stessa del contratto di società⁹¹, la cui costituzione, secondo la lettera dell'articolo 2247 cod. civ., andrebbe intesa come principalmente volta alla ripartizione degli utili tra i soci.

Contro tale asserzione altri autori, però, rilevano che «per principio generale si presumono distribuiti (o, *ex ante*, da distribuirsi) gli utili *durante societates*»⁹² e, in ogni caso, «il socio, con le clausole in esame, non rinuncia agli utili conseguiti dalla società, ma soltanto agli utili che eventualmente non siano stati distribuiti durante la sua vita»⁹³. È vero, peraltro, che «*causa societatis* è non solo la divisione degli utili, secondo quanto testualmente espresso nell'articolo 2247, bensì pure la ripartizione finale fra i soci dell'eventuale supero di patrimonio netto, dopo che sia stato effettuato il pagamento dei debiti sociali e il rimborso dei conferimenti ai soci; o comunque la piena partecipazione dei soci alle fortune dell'organismo collettivo

⁹¹ Sull'applicabilità del divieto di patto leonino anche alle società di capitali, in quanto principio di carattere generale si veda Cassazione, 29 ottobre 1994, n. 8927, in *Le società*, 1995, pp. 178 e ss. e in *Giur. comm.*, 1995, II, pp. 478 e ss.

⁹² G. BARALIS, O. CAGNASSO, *La morte del socio nelle società di persone*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, *Azienda ed impresa*, op. cit., p. 219.

⁹³ M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, Padova, 1994, p. 87.

finché esso duri», con la conseguenza che questa lettura della *causa societatis* dovrebbe applicarsi «ai casi di scioglimento particolare del vincolo sociale, non ravvisandosi nel sistema ragioni di conservazione dell'impresa sociale per le quali debba sotto il profilo patrimoniale in tali casi risultare un trattamento deteriore»⁹⁴.

L'attenzione deve così spostarsi sull'analisi del rapporto intercorrente tra *causa societatis* e clausola di consolidazione, costituente la chiave per la soluzione sia della problematica concernente l'eventuale profilo di invalidità delle convenzioni *de quibus* alla luce del divieto di patto leonino sia della questione sorta con riferimento alla supposta infrazione del divieto di associazioni tontinarie⁹⁵.

Occorre innanzitutto evidenziare che in termini strettamente strutturali e funzionali⁹⁶ il patto di consolidazione - sia questa pura o spuria - è certamente altra cosa rispetto agli istituti vietati sopra descritti: tale patto, infatti, rappresenta una semplice clausola accessoria a un contratto di società avente una propria causa autonoma⁹⁷.

In tal senso, infatti, «la portata dell'ordinamento statutario è strettamente connessa al riconoscimento della società come contratto, ove il momento iniziale non è limitato alla nascita della società ma si estende all'insieme delle regole organizzative,

⁹⁴ L. DELLE VERGINI, *Il divieto di associazioni tontinarie in un interessante caso giurisprudenziale*, in *Riv. not.*, 1993, pp. 1276 e ss.

⁹⁵ 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, *Azienda ed impresa*, op. cit., pp. 231, evidenzia, infatti, che «il patto tontinario stravolge la fisionomia causale del contratto di società ed infirma contemporaneamente il principio di tipicità in materia sociale».

⁹⁶ In merito alla stretta correlazione che si crea tra struttura e funzione scrive V. PUTORTÌ, *Promesse post mortem e patti successori*, op. cit., p. 794, nota 11, che «struttura e funzione, pur riguardando aspetti diversi di un medesimo fenomeno (il primo infatti si riferisce al dato obiettivo della natura di una data situazione concreta, mentre il secondo rappresenta la valutazione di tale situazione in termini di efficacia secondo gli schemi di un determinato ordinamento), non si possono svincolare, in quanto rappresentano i termini di una costante dialettica che per potersi utilmente svolgere non può prescindere dall'uno o dall'altro».

⁹⁷ P. BONTEMPI, *Clausola di consolidazione delle quote sociali e divieto delle associazioni tontinarie*, in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, p. 149.

superando ogni visione di tipo istituzionale o corporativo»⁹⁸, atteso che l'autonomia negoziale trova completa espressione proprio nelle scelte statutarie, le quali permettono così di conformare le basi organizzative dell'attività comune e le modalità di partecipazione individuale alla stessa.

Orbene, per quanto concerne il divieto di associazioni tontinarie, è pur vero che in giurisprudenza si è affermato che il divieto sancito dall'articolo 12 del più volte citato codice delle assicurazioni private sarebbe espressione di un generale principio di ordine pubblico - secondo il quale «ai privati è inibita ogni pattuizione tontinaria, che implichi una scommessa sulla premorienza, al di fuori delle ordinarie forme di assicurazione sulla vita e del normale sistema assicurativo [...], principio di cui si deve ritenere espressione anche la norma (da considerarsi eccezionale) di cui all'articolo 1919 cod. civ. in materia di assicurazione sulla vita propria o di un terzo, la quale presuppone il *divieto generale di ogni mera assicurazione per il caso di morte del terzo, che debordi a mera scommessa*»⁹⁹ - ma è altrettanto vero che il Supremo Collegio ha statuito che il divieto di esercizio dell'attività assicurativa posto nei confronti di soggetti diversi da istituti di diritto pubblico e da società per azioni o cooperative non impedisce ai soggetti privati di stipulare patti di tale natura¹⁰⁰.

⁹⁸ T. TASSANI, *Clausole statutarie e morte del socio: riflessi nelle imposte sui redditi*, op. cit., pp. 1063 e ss. Si osserva inoltre come con il medesimo termine "società" possono designarsi di volta in volta fenomeni distinti: il contratto con cui due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili; il soggetto operante con propria autonomia negoziale sorto proprio in forza del contratto sociale ed infine il rapporto che lega tra loro i soci.

⁹⁹ Tribunale Vercelli, 19 novembre 1992, in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, pp. 147 e ss., in *Riv. not.* 1993, II, pp. 1256 e ss. e in *Giur. it.*, 1993, I, 2, p. 489; Appello Torino, 22 ottobre 1993, in *Riv. not.* 1993, pp. 1257 e ss.

¹⁰⁰ Cassazione, 21 giugno 1969, n. 2211. In senso conforme si è orientata pure la dottrina che ha evidenziato che «come già la collocazione nella disciplina sulle assicurazioni private denuncia e come l'origine storica della norma conferma, il divieto enunciato di patti tontinari incide sui rapporti contrattuali tra un'impresa ed una pluralità di vitaliziati. Le associazioni tontinarie che l'ordinamento ha voluto interdire sono quelle in cui un soggetto, solitamente imprenditore, raccoglie capitali in una cerchia definita di persone impegnandosi a pagare una rendita globale destinata a rimanere inalterata e a ripartirsi fra gli investitori sopravvissuti. Il divieto mira a

Di conseguenza, proprio in forza del principio di autonomia negoziale, deve ritenersi ammesso l'inserimento nel contratto sociale di una clausola, anche di natura assicurativa, che ponga un'alea nei rapporti tra i soci, purché non si giunga alla pattuizione di una vera e propria scommessa sulla durata della vita degli altri membri della compagine sociale¹⁰¹.

Il tutto si riduce ancora una volta ad una valutazione empirica: il criterio di discernimento nel vaglio delle varie ipotesi di clausole di consolidazione dovrà pertanto essere rappresentato dalla volontà dei soci e dallo scopo concretamente

reprimere abusi a danno degli investitori e rimane estraneo alle problematiche esaminate, giacché le associazioni tontinarie proibite si limitano a regolare la sorte dell'obbligo dell'impresa senza introdurre alcuna forma di successione nel contratto» (F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, op. cit., p. 219 e ss.).

¹⁰¹ In tal senso una fattispecie non potrà essere sussunta nella mera scommessa solo se, in primo luogo, le parti non abbiano inteso lucrare secondo il corso di avvenimenti ad esse estranei, ma abbiano voluto semplicemente evitare un danno, e se, in secondo luogo, esse non abbiano avuto di mira la creazione di un rischio artificiale, bensì solamente la copertura di un rischio preesistente *in rerum natura*, superiore ed indipendente dalla volontà delle parti. Secondo parte della dottrina, in particolare, G.M. PUGLIESE, *Consolidamento, continuazione ed entrata: il problema della successione nella titolarità dell'impresa*, op. cit., pp. 834 e ss., «si riscontrano nel patto [di consolidazione: n.d.r.] gli estremi di un *contratto aleatorio atipico* basato su un congegno condizionale che sospende gli effetti del consolidamento sino alla morte del socio. Generalmente l'alea è reale. Sul piano oggettivo, infatti, se la capacità produttiva dell'impresa sociale al momento della morte del socio è più alta di quella rappresentata dalla quota convenzionalmente liquidata, i soci superstiti si arricchiranno più degli eredi; se invece la situazione dovesse essere inversa, allora saranno gli eredi a ricevere i vantaggi maggiori dalla liquidazione pattuita. Sul piano soggettivo, invece, l'alea è fondata sull'impossibilità di prevedere la premorienza di un socio rispetto all'altro (o agli altri)». In senso conforme G. BARALIS, O. CAGNASSO, *La morte del socio di società di persone*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, *Azienda ed impresa*, op. cit., p. 94, il quale, dopo aver individuato nelle clausole di consolidazione una componente di aleatorietà oggettiva e soggettiva, precisa che «le circostanze nel caso di specie possono essere tali da escludere l'esistenza dell'alea (si pensi al caso di società di due soci, di cui uno giovane e l'altro molto anziano); l'alea può altresì mancare per volontà espressa nel contratto sociale (si pensi al caso di clausola di consolidazione al valore nominale a favore soltanto di uno dei soci)». In generale, sul fatto che con queste clausole non sia intenzione dei soci porre in essere una "*Lotterie auf den Todesfall*", ma semplicemente determinare la sorte della partecipazione dopo la morte, D. REUTER, *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 343 e ss.

avuto di mira da questi, traducendosi quindi nel rilievo se la premorienza di uno dei soci si identifichi in un semplice evento che si è inteso disciplinare nell'ambito della società ovvero costituisca unico presupposto di una pattuizione diretta ad assumere i caratteri di vera e propria scommessa¹⁰².

Evidentemente qualora si ravvisassero i caratteri di una mera scommessa, la clausola di consolidazione non potrebbe che risultare affetta da nullità e ciò per due ordini di ragioni, in alternativa tra loro: *ex* articolo 1418 cod. civ. per contrarietà al disposto dell'articolo 12 del codice delle assicurazioni private oppure ai sensi dell'articolo 1344 cod. civ. per elusione della medesima norma¹⁰³.

In aggiunta a quanto suesposto e con riferimento anche all'operatività del divieto di patto leonino, si deve pure rilevare che la clausola di consolidazione non determina alcuna creazione o trasformazione di un fondo comune, costituito dai contributi preventivamente versati dai soci, in funzione dell'arricchimento di quelli superstiti

¹⁰² Secondo un'ulteriore prospettiva potrebbero delinearci addirittura gli estremi di un atto di liberalità, eventualmente ascrivibile alla categoria della donazione mista, ogni qual volta il patto di consolidamento fosse previsto a favore di uno solo dei soci oppure vi fosse un'elevata differenza di età tra questi ultimi (G.M. PUGLIESE, *Consolidamento, continuazione ed entrata: il problema della successione nella titolarità dell'impresa*, op. cit., p. 835). In termini analoghi la già citata sentenza di Tribunale Vercelli, 19 novembre 1992.

¹⁰³ A questo proposito pare opportuno evidenziare l'orientamento assunto nell'ordinamento tedesco, dove, benché il problema della violazione del divieto dei patti successori non si ponga in caso di clausola di consolidamento contenuta in un *Erbvertrag*, la dottrina tedesca ha evidenziato che nei casi in cui il consolidamento sia invece previsto nel contratto di società senza alcun collegamento con l'*Erbvertrag*, vada esclusa la gratuità dell'attribuzione ai soci superstiti, sottolineando il profilo aleatorio della clausola approvata al momento della costituzione del rapporto sociale.

Del resto, nel sistema germanico un risultato analogo a quello delle clausole in esame potrebbe raggiungersi efficacemente mediante un'altra figura, quella dell'*Eintrittsklausel* (sulla quale ci si soffermerà *infra*, pp. 232 e ss.), che è sostanzialmente disancorata dalle vicende successorie del socio premorto ed è contraddistinta dai caratteri del contratto a favore di terzo. La clausola menzionata si caratterizza, in particolare, per uno dei seguenti elementi: *a*) tutti i soci si scambiano la reciproca promessa che, in caso di morte di uno di loro, l'"entrante" sarà un soggetto determinato; *b*) un socio si fa promettere dagli altri soci che, nel caso della sua morte, l'"entrante" sarà un soggetto determinato che egli si riserva di designare successivamente.

al verificarsi di un dato avvenimento esterno: il patrimonio sociale è infatti destinato allo svolgimento dell'attività economica costituente l'oggetto della società e non alla costituzione in qualche modo di una rendita vitalizia a favore dei soci superstiti¹⁰⁴.

Il ricorso alle previsioni statutarie trova la sua giustificazione proprio nel fatto che «riescono, esse sole, a connotare l'attività della società, che è tale (e attività comune, elemento causalmente rilevante *ex* articolo 2247 cod. civ.) in quanto è programmata, nelle modalità di esplicazione e nei risultati, nell'atto costitutivo e nello statuto»¹⁰⁵.

Il potenziale contrasto tra clausole statutarie che regolano l'evento della morte del socio e divieto di patti tontinario e leonino può essere pertanto risolto sol che si rinvii alle ragioni sistematiche che portano all'introduzione delle prime, ovvero alla funzione, a queste riconosciuta, di disciplinare, anche attraverso la gestione del patrimonio sociale, l'attività comune di gruppo, il rapporto tra compagine sociale, singoli soci e soggetti estranei¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Né ciò può dirsi avvenga con riferimento al divieto di patto leonino. Una sentenza non molto recente della Cassazione (Cassazione, 22 giugno 1963, n. 1686, in *Giust. civ.* 1963, I, pp. 2040 e ss.) si preoccupa infatti di precisare che «la *ratio* della nullità del patto con il quale uno o più soci siano esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite sta nel contrasto del patto stesso con l'essenza della società, in quanto non è possibile essere soci senza essere al tempo stesso partecipi dell'attività sociale» e pertanto va esclusa dall'ambito di operatività del divieto di patto leonino pure «una convenzione che importi il pagamento di una somma quale corrispettivo del godimento di diritti temporaneamente trasmessi da un gruppo di soci ad altro gruppo di soci, cioè in un contratto di scambio nel quale esula ogni intento associativo». Altra dottrina poi rileva che, avendo la clausola di consolidazione normalmente carattere aleatorio, ovvero non conoscendosi, al momento della conclusione del contratto, quale socio beneficerà della clausola, «il carattere aleatorio sembra escludere di per sé la possibilità di ritenere violato il divieto del patto leonino» (G. BARALIS, O. CAGNASSO, *La morte del socio di società di persone*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, *Azienda ed impresa*, op. cit., p. 93).

¹⁰⁵ T. TASSANI, *Clausole statutarie e morte del socio: riflessi nelle imposte sui redditi*, op. cit., pp. 1063 e ss.

¹⁰⁶ In tal senso «possono esistere altri interessi, sicuramente meritevoli di tutela, che spingano le parti a pattuire il consolidamento – anche solo parziale – in capo ai soci superstiti. Si pensi, ad esempio, alla necessità di non privare di una cifra ingente una società sottoposta a forti carichi

Ne discende pertanto che tali due profili - autonomia negoziale e capacità ordinante/organizzativa - finiscono con il connotare qualsiasi clausola societaria, ivi compresa quella che regoli l'evento della morte del socio, che pertanto diviene parte della vera e propria disciplina dell'attività sociale.

Ancora una volta trova conferma, dunque, l'assunto per cui difficilmente le clausole di cui si tratta potranno avere quella natura parasociale che si è evidenziato, viceversa, connotare le clausole statutarie parasociali.

sociali; oppure al caso di un mercato in rapida mutazione e alla relativa necessità di non computare per intero il valore dell'avviamento sociale» (G.M. PUGLIESE, *op. cit.*, pp. 831 e ss.). Allora si dovrà concludere per l'inapplicabilità del divieto qualora, dopo un vaglio attento dell'elemento causale del patto sospetto, si scopra che è stato stipulato per perseguire interessi diversi dalla mera ripartizione tontinaria. Se, ad esempio, il patto di consolidamento non fosse polarizzato esclusivamente sull'evento morte, ma anche su altri casi di scioglimento del rapporto limitatamente ad un socio (recesso *ad nutum*, recesso per giusta causa, esclusione del socio), non sarebbe difficile intravedervi scopi ulteriori rispetto a quello della ripartizione, fuggendo così ogni dubbio di frode alla disciplina delle tontine (A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale. Le forme alternative al testamento: modelli stranieri, elaborazione dottrinale, esperienze pratiche*, *op. cit.*, p. 173; *contra* F. SCAGLIONE, *Riflessioni in tema di successioni anomale e contratto di società*, *op. cit.*, p. 1031, secondo il quale nelle ipotesi in esame ci si trova inevitabilmente innanzi ad un negozio immorale, in quanto «quale protezione infatti si può accordare a chi ritiene che la morte dell'individuo sia non già origine di un triste bisogno economico, bensì solamente motivo di locupletazione?»).

CAPITOLO V

CLAUSOLE DI PRELAZIONE A FAVORE DEI SOCI SUPERSTITI

L'inserimento di una clausola di prelazione nelle convenzioni sociali o parasociali destinate a disciplinare le vicende circolatorie di quote e azioni¹ rappresenta un ulteriore meccanismo frequentemente usato per tutelare l'integrità della compagine sociale, sia sotto il profilo della sua composizione, costituendo la clausola in esame un efficace strumento di controllo dell'ingresso di terzi all'interno della società, sia sul versante del mantenimento degli equilibri interni all'ente, la prelazione potendo

¹ Agli stessi risultati perseguibili tramite la previsione nello statuto di clausole restrittive della circolazione delle azioni può accedersi mediante la stipulazione, tra alcuni o tutti i soci, di accordi extrastatutari di contenuto vario, analogo a quello delle disposizioni statutarie: anche un meccanismo di prelazione può, pertanto, essere introdotto in via parasociale (attraverso il cosiddetto sindacato di blocco). In realtà, patto parasociale limitativo della circolazione delle azioni e clausola statutaria di corrispondente tenore non sono certamente fungibili, *in primis* per la differenza sul piano dell'efficacia, la quale non può ritenersi colmata neppure qualora il patto parasociale sia stato concluso tra tutti i soci. Secondo la giurisprudenza di legittimità, ove il diritto di prelazione sia stato inserito nello statuto di una società per azioni in favore dei soci per il caso di trasferimento delle azioni, la conoscibilità dello statuto da parte dei terzi renderebbe, infatti, la prelazione agli stessi opponibile e consentirebbe al socio beneficiario l'esercizio dei medesimi strumenti posti a tutela dei diritti reali (Cassazione, 10 ottobre 1957, n. 3702, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 1958, II, p. 14; Cassazione, 16 marzo 1977, n. 1044, edita in *Giust. civ.*, 1977, I, pp. 719 e ss.; in senso analogo, G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 168). Occorre, tuttavia, segnalare che, come evidenziato da parte della dottrina, vi sono alcuni casi in cui la prelazione, non assurgendo a norma del regolamento interno, resta esclusivamente una pattuizione parasociale, anche se inserita materialmente nello statuto (N. SQUILLACE, *La prelazione societaria*, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 592; in generale, G.A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. soc.*, 1991, pp. 596 e ss.; per una sintesi delle posizioni di dottrina e giurisprudenza in merito alla distinzione tra clausole statutarie di prelazione e patti parasociali di prelazione, R. TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, 2000, pp. 404 e ss.). Per una ricostruzione in termini generali della questione dell'opponibilità delle clausole statutarie e parasociali di limitazione alla circolazione della partecipazione sociale si rinvia a quanto diffusamente evidenziato *supra* (in particolare a pp. 24 e ss.).

garantire agli altri soci di conservare inalterata la loro posizione qualora il terzo potenziale avente causa sia già membro della società.

Con tale pattuizione viene, infatti, subordinata convenzionalmente² l'assunzione della qualità di socio da parte di un nuovo soggetto al fatto che il dante causa abbia

² Solo alcune voci, rimaste peraltro isolate, sono giunte ad assurgere la tipologia delle clausole in esame a un'ipotesi di prelazione legale (F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2004, p. 123). Gli assunti posti alla base di una tale ricostruzione vengono da tale opinione identificati, da un lato, nella circostanza che prelazione legale ed efficacia *erga omnes* sono indissolubilmente legate, dall'altro, in via simmetrica, nel fatto che, essendo la prelazione contemplata in una fonte legale, ne discenderebbe la collocazione delle clausole citate nel novero delle prelazioni legali. A questo proposito, tuttavia, occorre rilevare che nessuna differenza intercorrerebbe tra la clausola di prelazione negoziabile in virtù dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. e quella sommariamente regolata dall'articolo 1566 cod. civ. (patto di preferenza nella somministrazione): in dottrina e giurisprudenza è consolidata l'idea che quest'ultima costituisca una forma di prelazione convenzionale, avente, come tale, efficacia meramente obbligatoria, giusta, peraltro, la natura dispositiva delle norme in esame. Diversamente, la qualificazione di una prelazione come legale può ritenersi discendere dalla scelta legislativa di far prevalere, sull'interesse privato alla libera disponibilità di beni, interessi superindividuali di vario segno: di qui la maggiore importanza sociale della prelazione legale rispetto a quella convenzionale.

A parere di chi scrive l'attenzione non pare doversi concentrare sull'analisi *a priori* della natura convenzionale o legale della prelazione accordata, quanto, invece, sul contesto concreto nel quale tale preferenza risulta essere riconosciuta. Su tale questione vedi altresì *supra* (pp. 17 e ss.).

Pare opportuno in questa sede incidentalmente ricordare il dibattito sorto nell'ambito delle società di persone in merito alle modalità di introduzione, modifica o soppressione di una clausola statutaria di prelazione. Larga parte della dottrina e della giurisprudenza hanno osservato che sarebbe necessaria l'unanimità dei consensi dei soci: in tal senso Cassazione, 8 gennaio 1970, n. 52, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, p. 696; Tribunale Salerno, 14 gennaio 1980, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 403; Corte d'Appello Milano, 26 giugno 1973, in *Dir. fall.*, 1974, II, p. 320; F. FERRARA JR., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, p. 436, nota 10. *Contra* Cassazione, 21 dicembre 1960, n. 3292, in *Foro it.*, 1961, I, p. 19; Corte d'Appello Roma, 4 dicembre 1979, in *Riv. dir. comm.*, 1980, II, p. 255, G. FERRI, *Le società*, Torino, 1987, p. 517. Interessante la posizione assunta per le società di capitali da Tribunale Bologna, 21 marzo 1995, in *Le società*, 1995, pp. 1208 e ss., ove si legge «da clausola di prelazione costituisce una clausola organizzativa posta a tutela dell'interesse sociale alla tendenziale omogeneità della compagine sociale. In tema di società di capitali, la regola generale è l'attribuzione alla maggioranza dei soci di un generale potere di modifica del contratto sociale, con i limiti che la

previamente offerto la stessa partecipazione sociale a uno o più soci (o - ma questo esula dalla presente trattazione - a terzi previamente individuati) e che questi ultimi non abbiano accettato la proposta.

Anche in questa ipotesi, così come nel caso in cui trovi applicazione una clausola di gradimento, è data riscontrarsi, pertanto, una scelta discrezionale dei soci; tuttavia, la decisione assunta da questi ultimi (o da uno di essi) nel senso di avvalersi della prelazione non si traduce semplicemente nell'impedire l'iscrizione nel libro soci di un nuovo soggetto. Tale determinazione, infatti, consente l'acquisto della partecipazione sociale da parte del beneficiario, con una perfetta coincidenza - al contrario di quanto avviene nell'ipotesi di mancata concessione del gradimento - dei soggetti coinvolti, da un lato, nella decisione di impedire l'iscrizione del potenziale avente causa nel libro soci e, dall'altro, nella esternazione della volontà di acquistare la partecipazione oggetto del trasferimento³.

legge ritiene espressamente di apportare a tale principio, limiti che non si rinvengono in tema di modifica o soppressione di clausole di gradimento o di prelazione previsto nello statuto di società per azioni. Si deve ritenere, pertanto, legittima la deliberazione assembleare di soppressione del diritto di prelazione, adottata con le normali maggioranze prescritte dagli articoli 2436 e ss. cod. civ. Il parallelismo possibile con il diritto di opzione non giustifica una interpretazione analogica dell'articolo 2441 cod. civ. e il richiamo delle speciali maggioranze ivi prescritte, in considerazione della natura eccezionale di tale disposizione».

³ In altre parole «il soggetto che ha il potere di impedire l'esecuzione del *transfert* è lo stesso che, per effetto dell'esercizio di tale potere, acquista la partecipazione» (L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, in *Azioni* a cura di M. NOTARI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GREZZI e M. NOTARI, Milano, 2008, p. 584). In tal senso anche diverse pronunce della Corte di Cassazione, la quale ha statuito che «[il] patto [di gradimento] costituisce uno sbarramento rispetto all'ingresso nella compagine sociale di un soggetto 'non gradito', operando nel senso che, in mancanza del *placet*, l'atto di trasferimento rimane privo di effetti come se non fosse mai avvenuto. Il patto di prelazione, invece, non incide sull'effettività del trasferimento, paralizzandolo, ma sulla individuazione del soggetto nei cui confronti il trasferimento stesso avviene, comportando l'eventuale sostituzione del designato nel negozio con quello fra i soci che intende prenderne il posto» (Cassazione, 12 gennaio 1989, n. 93, in *Corr. giur.*, 1989, III, pp. 293 e ss. con nota di M. MAIENZA, *Prelazione ed atti a titolo gratuito: consensi (e qualche dubbio) sulla scelta negativa*; in *Giur. comm.*, 1990, II, pp. 563 e ss., con nota di N. SQUILLACE, *La prelazione societaria*, e in

Chiarita la nozione generale di “clausola di prelazione”, si rende anzitutto opportuno effettuare una distinzione all’interno della categoria delle pattuizioni ora in esame, avuto particolare riguardo alle modalità concrete di operatività delle stesse.

1. Tipologie di clausole di prelazione

La prassi ha portato ad individuare, da un lato, clausole di prelazione propria (o alla pari) e, dall’altro, clausole di prelazione impropria (o impure).

Mentre in presenza delle prime l’acquisto in prelazione da parte dei beneficiari può avvenire a condizioni pari a quelle offerte al socio da terzi, in applicazione delle seconde il prezzo al quale il titolare del diritto di prelazione può acquistare non è lo stesso indicato dal terzo, bensì quello risultante dalla valutazione compiuta da un arbitratore, ovvero (o in aggiunta) emergente sulla base di criteri previamente pattuiti tra le parti in sede di riconoscimento del diritto di preferenza; diviene pertanto facile constatare che, se il prezzo, individuato nelle modalità da ultimo indicate, è di molto inferiore al valore effettivo o di mercato della partecipazione, la prelazione tende ad assumere i connotati del gradimento, fintanto da costituire una “clausola di gradimento a rifiuto garantito” ove preveda l’acquisto in prelazione a un prezzo irrisorio⁴.

Riv. dir. comm., 1990, II, pp. 1 e ss. con nota di P. REVIGLIONO, *Le clausole statutarie di prelazione sono applicabili ai trasferimenti a titolo gratuito?*.

In passato non sono mancate, tuttavia, pronunce di contrario tenore sia nella giurisprudenza di legittimità che in quella di merito, nelle quali si è rilevata la più o meno marcata identità di funzione tra la clausola di prelazione e quella di gradimento (cfr. Cassazione, 21 ottobre 1973, n. 2763, in *Giur. comm.*, 1975, II, pp. 23 e ss., con nota di F. D’ALESSANDRO, *Obbligo di risarcire i danni a carico del terzo acquirente di quota sociale per mancato rispetto del patto di prelazione?*; Tribunale Milano 24 maggio 1982, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, II, pp. 338 e ss.).

⁴ A un attento esame non può sfuggire la pericolosità insita nel patto di prelazione, il quale può vincolare anche pesantemente la disponibilità dei beni per il promittente. Non solo l’incidenza dei tempi della procedura prevista per consentire al meccanismo della prelazione di operare, ma pure l’eventualità che il terzo potenziale acquirente possa vedersi sostituito nell’acquisto da un socio,

possono inevitabilmente scoraggiare l'offerente dall'impegnarsi nel tentativo di divenire titolare di una partecipazione in una società nel cui statuto sia contemplata una clausola di prelazione. Di talché, benché non si possa giungere a sostenere che una clausola di prelazione sia in grado di rendere il socio *prisonnier du titre*, secondo l'espressione coniata dalla dottrina francese con riguardo alla clausola di gradimento, non può di certo negarsi che la prelazione possa rappresentare un ostacolo non indifferente all'agevole realizzabilità del capitale investito nella partecipazione.

D'altro canto occorre, tuttavia, evidenziare la maggiore efficienza del patto di gradimento rispetto a quello di prelazione quanto alla finalità di porre un filtro all'ingresso in società degli esterni. In quest'ultima ipotesi, infatti, è necessariamente insito un sacrificio economico, che non sempre potrebbe essere sopportato da tutti i promissari. Del resto, ciò trova logica corrispondenza nel diverso interesse che giustifica l'inserimento nello statuto di una clausola di gradimento rispetto a un patto di prelazione.

In tal senso, in dottrina si è rilevato che «la priorità dell'interesse sociale sull'autonomia contrattuale può essere introdotta nei rapporti societari tramite la clausola di gradimento o altri patti atipici più articolati (nei limiti previsti dall'articolo 1322 cod. civ.), mentre con la concessione del diritto di prelazione i soci perseguono un interesse meramente personale, fondato su ragioni di opportunità, quali la preesistente partecipazione al contratto di società» (M. MAIENZA, *Prelazione ed atti a titolo gratuito: consensi (e qualche dubbio) sulla scelta negativa*, op. cit., p. 300; analogamente R. ALESSI, *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, pp. 51 e ss., il quale afferma che «la meritevolezza dell'interesse dei soci a conservare il carattere personalistico della società per azioni costituisce la ragione dell'ammissibilità della clausola statutaria di prelazione» e G.A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)*, op. cit., p. 619, secondo il quale «la clausola di prelazione normalmente risponde ad esclusivi interessi individuali dei soci»). Nello stesso senso si possono invocare due decisioni adottate dalla Suprema Corte (Cassazione, 8 gennaio 1970, n. 52, in *Giust. civ.*, 1970, I, pp. 7 e ss. con nota di G. GIANATTASIO, in *Foro pad.*, 1971, I, pp. 220 e ss. e in *Foro it.*, 1970, I, pp. 1155 e ss., con nota di V. BONOCORE, nonché Cassazione, 14 gennaio 1977, n. 171, in *Giur. comm.*, 1977, II, pp. 332 e ss.), nelle quali il problema della validità delle delibere che impongono nuovi limiti alla circolazione delle azioni veniva risolto nel senso che tali deliberazioni, poiché incidono *unicamente* sulla posizione dei soci nei confronti della società, possono considerarsi veri e propri contratti modificativi dell'originario contratto plurilaterale, il quale, essendo stato stipulato con il consenso di tutti i soci non può più essere modificato, nella parte in cui incide direttamente sulle posizioni dei singoli soci, che con il consenso di tutti gli appartenenti alla società.

Diversa, invece, la posizione di altra dottrina, secondo la quale la clausola coinvolge l'interesse sociale nel caso in cui stabilisca che l'alienante debba notificare la propria intenzione alla società e questa abbia il diritto di prelazione o almeno di proporre altro acquirente gradito, in luogo di quello indicato dal socio alienante (G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in

Ciò premesso, giova ricordare che, nonostante l'orientamento della dottrina maggioritaria sia ormai consolidato nel senso che «la parità di condizioni è elemento da ritenersi naturale, ma non essenziale della prelazione»⁵, in questo contesto la

Trattato delle società per azioni, VI, 1, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, 1994, p. 17; tale eventualità è richiamata anche da R. ALESSI, *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, op. cit., p. 56, il quale, in tema di società di capitali, sostiene che «può ravvisarsi un interesse sociale, concorrente con l'interesse degli azionisti *uti socii*, nelle ipotesi in cui la clausola statutaria non attribuisca la prelazione ai soci ma dia invece agli amministratori (o ad altro organo sociale) il potere di indicare il beneficiario della preferenza, oppure questo sia la società medesima. In tale circostanza vi è una immediata rilevanza della posizione organizzativa collettiva, dovendosi presumere che gli amministratori esercitino il loro potere di designazione in funzione della conservazione della omogeneità della compagine sociale e dunque in funzione di una più proficua gestione dell'impresa, e che, egualmente, la società provveda ad acquistare i titoli (beninteso nel rispetto delle condizioni *ex artt.* 2357 e ss. cod. civ.) solo in funzione dell'interesse sociale».

Da ultimo, si registra un'ulteriore corrente di pensiero che propende invece per un'identificazione della *ratio* della clausola in esame nella finalità di tutela costante e incondizionata di un interesse sociale: emblematica la pronuncia del Tribunale Milano, 22 giugno 2001, secondo la quale la clausola di prelazione «risponde non solo all'interesse dei soci che hanno consentito l'inserimento della clausola (autolimitando i propri diritti), ma anche a quello (del tutto analogo) della società a mantenere tendenzialmente omogenea la compagine societaria, evitando l'ingresso di terzi estranei che potrebbero alterare un equilibrio formatosi ed evidentemente ritenuto ottimale per il miglior conseguimento degli scopi sociali; in altre parole il permanere dell'omogeneità della compagine, risolvendosi la stessa in un costante rapporto di reciproca collaborazione sia all'interno dell'organo deliberante (salvi i dissensi della minoranza che, tuttavia, proprio perché c'è coesione fra i soci, rimangono nell'ambito di una costruttiva dialettica interna connaturata agli organi collegiali) sia nei rapporti fra questo e l'organo di gestione, soddisfa l'interesse della società (e dei soci) a conseguire al meglio lo scopo sociale e anzi ne rappresenta una garanzia» (Tribunale Milano, 22 giugno 2001, in *Giur. it.*, 2002, pp. 1898 e ss. con nota di A. DENTAMARO, *Clausole di prelazione tra interesse della società e diritti individuali dei soci*; cfr. T. ASCARELLI, *Sui limiti statutarî alla circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1953, I, pp. 311 e ss., il quale conclude nel senso di una continua dialettica tra tutela dell'interesse comune dei soci e diritto degli stessi *uti singuli*).

⁵ Di contrario avviso, tuttavia, parte della dottrina, la quale rileva che «la 'parità di condizioni' costituisce connotato essenziale e caratterizzante della figura prelatizia, per cui il trasferimento del bene oggetto di prelazione deve necessariamente essere un trasferimento a titolo oneroso, in modo da procurare all'alienante una prestazione corrispettiva della dismissione del diritto alienato» (N. SQUILLACE, *La prelazione societaria*, op. cit., p. 577).

riforma del diritto societario ha avuto un notevole impatto, soprattutto nel limitare la validità delle clausole di prelazione impropria.

2. Le novità introdotte con la riforma del diritto societario

La nuova formulazione adottata per l'articolo 2355 *bis* cod. civ. (e parimenti per l'articolo 2469 cod. civ) a seguito dell'intervenuta riforma del diritto societario mentre, da un lato, riconosce senz'altro piena validità alle clausole di prelazione propria, dall'altro, limita la legittimità delle clausole di prelazione impure (contengano queste un rinvio o meno alla discrezionalità di un terzo arbitratore⁶),

⁶ Nell'epoca anteriore alla riforma del 2003 era stata riconosciuta la legittimità della clausola di deferimento a un terzo *ex* art. 1349 cod. civ. del compito di quantificare il corrispettivo: in particolare era stata giudicata lecita la clausola che indicava i criteri per la sua fissazione, purché assicurasse al socio alienante il conseguimento di un prezzo congruo e il valore risultante dal bilancio, giusta quanto previsto dall'art. 2437 vecchia formulazione, costituisse parametro valido di misurazione del corrispettivo, diversamente dal valore nominale dell'azione. Si era altresì precisato che per la validità della clausola di prelazione impropria, che imponesse al socio alienante di vendere ad altri soci le azioni ad un prezzo, fissato da un organo arbitratore, anche inferiore a quello di mercato risultante da una libera negoziazione tra le parti, dovesse essere indicato un conveniente limite di tempo per la pronuncia dell'organo collegiale, in adeguamento al principio generale espresso dall'articolo 1379 cod. civ. (in termini di limitazione entro convenienti limiti di tempo del divieto di alienazione stabilito convenzionalmente). In tal senso, Tribunale Alba, 14 gennaio 1998, in *Le società*, 1998, IX, pp. 1055 e ss., con nota di M.P. D'AREZZO, *Condizioni di legittimità della clausola di prelazione impropria*; analogamente, in linea generale, si è osservato che «in quanto il patto di prelazione comporta un vincolo di alienazione, seppure particolarmente caratterizzato, è applicabile il principio che consente il divieto di alienazione solo entro convenienti limiti di tempo (1379 cod. civ.), con conseguente nullità di un patto perpetuo o con termine eccessivamente lungo» (C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 271). In senso più ampio, si pone la pronuncia del Tribunale Trieste, 19 dicembre 1993, edita in *Le società*, 1994, pp. 1371 e ss., con nota di S. ROSA, *Clausola statutaria limitativa del prezzo di vendita delle azioni*: il giudice del merito concludeva per la nullità della clausola di prelazione che, in caso di disaccordo sul prezzo delle azioni, imponesse al socio alienante di preferire il consocio al terzo anche a condizioni diverse ed in particolare ad un prezzo inferiore rispetto a quello pattuito per quest'ultimo; per effetto della clausola esaminata, infatti, i soci, prima liberi di alienare al miglior prezzo possibile, si sarebbero trovati a sottostare alla determinazione degli arbitratore per il solo fatto di aver deciso di vendere,

ancorandone la liceità al rispetto dei criteri di cui all'articolo 2437 *ter* cod. civ. (o 2473 cod. civ. per le società a responsabilità limitata): in altre parole, lo statuto può legittimamente prevedere che la prelazione venga esercitata sia a parità di condizioni offerte dal terzo, sia al valore che risulta dall'applicazione della disposizione da ultimo menzionata, sia infine al minore tra i due.

Secondo l'orientamento della dottrina maggioritaria, in tema di società per azioni una clausola più penalizzante potrebbe ritenersi valida solo nell'ipotesi in cui la sua efficacia fosse limitata ad un massimo di cinque anni⁷, come previsto per le

laddove, invece, l'esigenza di una comparazione è connaturata al meccanismo della preferenza, secondo il quale la parte alienante si impegna a verificare se le condizioni di vendita pattuite con un terzo siano accettate da un altro socio.

La riforma del diritto societario con l'introduzione nell'articolo 2355 *bis* cod. civ. dell'espresso richiamo al contenuto dell'articolo 2437 *ter* cod. civ. ha introdotto un limite all'autonomia negoziale delle parti, sulle basi dell'assunto che la previsione di un corrispettivo inferiore al prezzo giusto perseguirebbe principalmente un interesse non meritevole di tutela, ovvero quello dei soci beneficiari ad ottenere un arricchimento patrimoniale. Giusta quanto ora rilevato, l'affidamento a un terzo del potere di determinazione del prezzo per l'esercizio della prelazione rimane legittimo, purché la clausola non si rimetta al suo mero arbitrio: l'apprezzamento risulterà equo, purché ancorato ai criteri consacrati nel secondo comma dell'articolo 2437 *ter* cod. civ. Pertanto, pur costituendo il ricorso ad un arbitratore o a un collegio di arbitratore uno scostamento rispetto alle modalità di determinazione del corrispettivo previste dall'articolo 2437 *ter* cod. civ., ciò nondimeno, attesa la neutralità del meccanismo rispetto all'interesse dell'alienante alla percezione di un giusto corrispettivo, la disposizione di cui all'articolo 2355 *bis* cod. civ. esprime un principio che funge da limite all'autonomia statutaria in ordine ai criteri di determinazione del prezzo, ma non detta alcuna regola inderogabilmente applicabile alla clausola di prelazione in ordine al procedimento di valutazione.

⁷ Analoga posizione pare desumibile dalla massima del Consiglio Notarile di Milano n. 85 del 25 novembre 2005, secondo la quale «devono ritenersi inefficaci (salvo che sia espressamente previsto il diritto di recesso) le clausole di prelazione contenute in statuti di società per azioni che attribuiscono il diritto di esercitare la prelazione, al di là dei limiti temporali di cui all'articolo 2355 *bis*, comma primo, cod. civ. per un corrispettivo, diverso da quello proposto dall'alienante, determinato con criteri tali da quantificarlo in un ammontare significativamente inferiore a quello che risulterebbe applicando i criteri di calcolo previsti in caso di recesso»; analogo orientamento è stato espresso con riguardo alla società a responsabilità limitata con la massima n. 86 del 25 novembre 2005: «sono efficaci le clausole di prelazione contenute in atti costitutivi di società a

pattuizioni di assoluta intrasferibilità dall'articolo 2355 *bis* cod. civ.⁸. Secondo altri, invece, nessun parametro di determinazione *in peius* del valore della partecipazione sarebbe introducibile in una clausola di prelazione: di conseguenza, inammissibili sarebbero i criteri fondati sul valore nominale delle azioni ovvero, pur basati sul loro valore reale, diminuiti di una certa percentuale⁹.

A questo proposito pare opportuno ribadire la notevole differenza che intercorre tra disposizioni che attuano una prelazione impropria e pattuizioni che, invece, introducono l'assoluta intrasferibilità o, ancora, il mero gradimento con il correttivo consistente, tra l'altro, nell'obbligo di acquisto da parte degli altri soci¹⁰.

responsabilità limitata che, con riferimento alla circolazione delle quote, attribuiscono il diritto di esercitare la prelazione, per un corrispettivo, diverso da quello proposto dall'alienante, determinato con criteri tali da quantificarlo in un ammontare anche significativamente inferiore a quello che risulterebbe applicando i criteri di calcolo previsti in caso di recesso. In tale ipotesi, al socio che dovrebbe subire tale decurtazione spetta, ai sensi dell'articolo 2469, comma secondo, cod. civ., il diritto di recesso».

In senso non completamente conforme si pone F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2006, p. 216; ID., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2004, pp. 122 e ss., il quale ritiene che il rispetto del termine massimo di cinque anni sia condizione di efficacia per ogni clausola che preveda il prezzo di esercizio secondo i criteri di cui all'articolo 2437 *ter* cod. civ.

⁸ Al riguardo si rinvia *supra* (pp. 44 e ss.).

⁹ M. CIAN, *Clausola statutaria di prelazione e conferimento di azioni in società interamente posseduta*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, I, pp. 718 e ss.

¹⁰ Particolare attenzione va, inoltre, prestata dinanzi alle clausole di natura "mista", ovvero alle pattuizioni che presentano i caratteri sia della prelazione che del gradimento. In dottrina si è proposta una classificazione di siffatte disposizioni alla luce dei seguenti criteri: *a*) clausole che subordinano il trasferimento della partecipazione sociale a una *doppia condizione*, ovvero l'ottenuto gradimento da parte del potenziale avente causa e il mancato esercizio del diritto di prelazione da parte degli altri soci (a titolo esemplificativo, le azioni potrebbero risultare trasmissibili soltanto col preventivo consenso del consiglio di amministrazione, intendendosi comunque riservato ai soci il diritto di prelazione); *b*) pattuizioni che accordano ai soci il *diritto di prelazione* e, in caso di *mancato esercizio* di quest'ultimo, subordinano l'ingresso in società del terzo all'ottenimento del *gradimento* (nella prassi è così dato ravvisare clausole che in caso di trasferimento delle azioni riservano ai soci il diritto di prelazione e, ove tale diritto non fosse esercitato, per il trasferimento a terzi richiedono il preventivo gradimento del consiglio di amministrazione); *c*) clausole che introducono il

Nell'operare del meccanismo prelatizio non si pone, infatti, quell'esigenza di tutela del diritto all'*exit* che presiede, invece, alla formulazione degli articoli 2355 *bis* e 2469 cod. civ., dato che al socio proponente è comunque concesso di liberarsi della partecipazione; al contrario, la questione da considerare attiene alla correttezza della valutazione operata dall'arbitratore, dovendosi ritenere che, ove non fosse ancorata a parametri che ne consentono una corretta e reale verifica (come quelli previsti in materia di recesso, *ex* articoli 2437 *ter* e 2473 cod. civ.), ci si troverebbe dinanzi a clausole che di fatto impediscono l'alienazione e pertanto devono assoggettarsi alla disciplina limitativa delle clausole di intrasmissibilità assoluta sopra accennata¹¹.

meccanismo del *gradimento* e, in caso di esito *negativo* dello stesso, riconoscono il diritto di *prelazione* ai soci (per esempio, lo statuto può prevedere che il socio che intende vendere le proprie azioni a non soci sia tenuto a informare il consiglio di amministrazione affinché quest'ultimo dia il proprio benessere alla vendita; nel caso in cui l'organo non accordi il gradimento, gli altri soci hanno diritto di prelazione); *d*) infine, pattuizioni che, oltre all'inserimento di un *meccanismo di gradimento e/o di prelazione* nei termini summenzionati, richiedano la sussistenza in capo al potenziale avente causa di *particolari requisiti soggettivi* (a titolo esemplificativo, le azioni possono essere alienate soltanto a determinati soggetti appartenenti a specifiche categorie professionali, previo accertamento delle dette condizioni da parte dell'amministrazione della società e salvo l'esercizio del diritto di prelazione a favore degli altri soci). Per un approfondimento al riguardo si rinvia a V. MELI, *La clausola di prelazione negli statuti di società per azioni*, Napoli, 1991, pp. 25 e ss.; G. ZUDDAS, D. MENICUCCI, M. PALMA, *Ancora sui limiti al trasferimento delle azioni nella pratica statutaria*, in *Giur. comm.*, 1988, I, pp. 896 e ss.; G. ZUDDAS, *I limiti alla libera trasferibilità delle azioni nella pratica statutaria*, in *Riv. soc.*, 1967, pp. 905 e ss.

¹¹ In tal senso dubbia pare la liceità della clausola che rinvii ai valori contabili di cui agli articoli 2423 e ss. cod. civ., prevedendo il pagamento di un corrispettivo in proporzione all'ultimo bilancio approvato: non solo il tempo intercorso tra il periodo di riferimento di tale documento e il momento di esercizio della prelazione, ma pure i criteri prudenziali utilizzati nella sua redazione possono rendere il bilancio non aderente ai valori patrimoniali reali.

Diversamente, anche alla luce del disposto di cui all'articolo 2437 *ter*, comma quarto, cod. civ., pare propendersi per la legittimità dell'indicazione di parametri di valutazione da utilizzare per determinate categorie di beni, così come per l'individuazione delle utilità economiche da considerare nella quantificazione del corrispettivo (M. CIAN, *Clausola statutaria di prelazione e conferimento di azioni in società interamente posseduta*, op. cit., p. 719).

3. **Ratio della clausola di prelazione**

Nel vagliare la legittimità di una clausola di prelazione diviene quindi fondamentale prestare attenzione alla *ratio* che sottende al meccanismo di preferenza. Di certo non appare accoglibile l'assunto secondo il quale esisterebbe un *numerus clausus* di deroghe al principio della libera trasferibilità della partecipazione, da ciò discendendo una pretesa essenzialità del requisito della parità di condizioni rispetto alla figura della prelazione.

D'altro canto, l'ordinamento societario sancisce l'indisponibilità da parte della maggioranza dell'interesse del socio a cedere la propria partecipazione, al più consentendone un sacrificio significativamente limitato nel tempo, ovvero incidendo sul fronte della libertà di scelta dell'avente causa da parte dell'alienante. In altre parole, per quanto concerne l'introduzione di clausole limitative della circolazione delle partecipazioni sociali, la soglia di inderogabilità *in primis* si colloca sul piano del diritto del socio alla dismissione dell'investimento (comprimibile per un arco temporale - nelle società per azioni - non superiore al quinquennio) e *in secundis* attiene al profilo della monetizzazione di quest'ultimo secondo criteri di congruità, giusta l'espresso rinvio dell'articolo 2355 *bis* all'articolo 2437 *ter* cod. civ. (e, parallelamente, dell'articolo 2469 all'articolo 2473 cod. civ.).

La rilevanza dei principi ora evidenziati si coglie pienamente allorché ci si trovi a dover valutare la liceità di una clausola di preferenza con riferimento all'ambito di operatività della medesima, ovvero avuto riguardo alle singole vicende traslative che la stessa è destinata a disciplinare: in giurisprudenza e in dottrina non mancano, infatti, discussioni in merito alla possibilità di applicare la disciplina prelatizia, oltre che ai trasferimenti a titolo oneroso, anche a quelli di carattere gratuito, così come non priva di rilievo è altresì la questione del riconoscimento di un diritto di prelazione pure a fronte di una fattispecie di trasferimento *mortis causa*.

Dette questioni meritano certamente un approfondimento e, posto che gli atti *mortis causa* costituiscono la categoria per eccellenza dei negozi a titolo gratuito, occorre in prima analisi valutare la praticabilità dell'esercizio del diritto di prelazione a fronte di un potenziale trasferimento a titolo gratuito di una partecipazione sociale.

4. Clausole di prelazione e trasferimenti a titolo gratuito

La discussione in merito all'operatività di una clausola di prelazione in presenza di un atto a titolo gratuito, sia questo compiuto con spirito di liberalità, ovvero sia animato dalla volontà di raggiungere un risultato ulteriore rispetto al quale la persona del destinatario non è sostituibile (così nel trasferimento del fiduciante a favore del fiduciario), ha conosciuto diverse prese di posizione da parte della dottrina e della giurisprudenza¹². A questo proposito, al fine di procedere ad un compiuto esame degli opposti argomenti di volta in volta invocati, è utile richiamarsi alla già tracciata distinzione tra il meccanismo della preferenza alla pari e quello della prelazione impropria.

Se in presenza di una clausola di prelazione impura non paiono configurarsi particolari problemi, posto che la preferenza accordata al beneficiario della stessa si traduce - ove il diritto di prelazione sia esercitato - nella stipulazione di un negozio,

¹² Non mancano pronunce giurisprudenziali nelle quali viene affrontata la problematica, analoga a quella attinente alla sfera degli atti a titolo gratuito, concernente l'ammissibilità della prelazione a fronte di vicende traslative caratterizzate dall'infungibilità della controprestazione promessa dal terzo (si pensi ad una permuta di azioni con un bene non fungibile ovvero ad un conferimento delle stesse in società). Al riguardo interessante è una recente ordinanza del Tribunale Venezia, 7 novembre 2003, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 2004, I, pp. 688 e ss. Nel provvedimento si legge che «la clausola statutaria di società per azioni, che attribuisce ai soci un diritto di prelazione 'alle stesse condizioni' offerte dal terzo, in caso di trasferimento delle azioni per atto tra vivi, non opera qualora dette azioni vengano conferite in una *holding* controllata al 100% dal conferente», in quanto tale conferimento «non solo non determina una modificazione all'interno dell'assetto proprietario, che della prelazione è presupposto, ma non è indicativo di nessuna ipotesi di elusione rispondente all'esigenza di tutelare meglio le ragioni di proprietà. Ragioni che non possono essere sacrificate a favore di altri proprietari senza che siano stati toccati gli interessi che la clausola tutela, in assenza di una regola che detto sacrificio prevede». In dottrina si è affermato che, da un lato, «nessuna discussione è possibile se lo statuto prevede un meccanismo particolare di determinazione del prezzo di esercizio della prelazione», dall'altro, «il criterio della parità di condizioni si attui attraverso l'attribuzione alle azioni di un valore equivalente a quello del bene offerto in permuta dal terzo [...]». Non esiste infatti alcuna norma che consenta al socio di superare la regola di prelazione in nome di un diritto all'acquisizione di un bene infungibile» (V. MELI, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, op. cit., pp. 190 e ss.).

a titolo oneroso, che dia soddisfazione alle ragioni del dante causa secondo il combinato disposto degli articoli 2355 *bis* e 2437 *ter* cod. civ. (e delle corrispondenti disposizioni già citate in tema di società a responsabilità limitata), non altrettanto immediata pare la soluzione qualora trovi applicazione una clausola di prelazione alla pari.

Considerando la prima ipotesi, secondo i principi generali enunciati nel paragrafo precedente, l'autonomia della società (e per essa, dei singoli soci) nella scelta di dotarsi di una clausola limitativa della circolazione delle partecipazioni in tanto è riconosciuta in quanto soddisfi il criterio della futura possibilità di monetizzazione, secondo congruità, della stessa partecipazione che il socio intende dismettere, giusta l'espreso rinvio dell'articolo 2355 *bis* all'articolo 2437 *ter* cod. civ.

Diversamente, perplessità possono evidentemente generarsi qualora ad operare in presenza di un trasferimento a titolo non oneroso sia una clausola di prelazione alla pari.

Al riguardo la posizione in passato assunta dal Supremo Collegio - come già *supra* evidenziato, incline a sostenere la validità della sola clausola di prelazione propria - è stata nel senso di negare l'applicabilità del meccanismo prelatizio alla pari ai trasferimenti a titolo gratuito, avvertendo che «il fulcro del processo interpretativo, anche sul piano meramente letterale, non va ravvisato nel concetto di 'trasferimento' sebbene nella nozione di 'prelazione' che nell'esperienza giuridica sta a significare [...] sostituzione di soggetto a soggetto nei trasferimenti a titolo oneroso, fermo il corrispettivo indicato nell'atto»¹³. Tale assunto - seguendo il ragionamento della Cassazione - troverebbe giustificazione e conferma nella circostanza che «il legislatore, rispetto a una disciplina legale improntata agli stessi fini perseguiti dalla clausola in esame, abbia chiaramente concepito la prelazione in funzione di atti a titolo oneroso come si desume dall'affermata medesimezza delle condizioni (laddove nel trasferimento a titolo gratuito la gratuità sta a significare l'assenza di condizioni per il trapasso), mentre il riferimento all'offerta postula che quelle stesse condizioni debbano restare operanti nei confronti dei soci che alla loro

¹³ Cassazione civile, 12 gennaio 1989, n. 93, cit., p. 296.

stregua valuteranno la convenienza o meno dell'esercizio del diritto di opzione nel caso concreto»¹⁴. Di talché l'essenza dell'atto a titolo gratuito determinerebbe la sottrazione di quest'ultimo a qualsiasi comparazione, posto che il negozio risulterebbe sempre vantaggioso e incondizionato a favore del beneficiario, il quale non dovrebbe così sottostare, stante la gratuità e la preferenza alla pari riconosciutagli, a nessun esborso¹⁵.

In altre parole, a fondamento dell'operatività della prelazione si riscontrerebbe una fungibilità soggettiva che, invece, non sarebbe data ravvisarsi nel trasferimento a titolo gratuito volto a perseguire lo scopo di avvantaggiare un determinato soggetto designato, anche non membro della compagine sociale. Aderendo a questo orientamento, parte della dottrina è giunta persino a sostenere che, se la prelazione alla pari fosse esercitata e per l'effetto avesse luogo un trasferimento a titolo gratuito a favore del socio beneficiario della preferenza, «verrebbe in essere un negozio dispositivo privo di causa, in quanto l'*animus donandi* (genericamente inteso) è per sua natura legato all'*intuitus personae* e non potrebbe certamente persistere nel caso di mutamento del beneficiario»¹⁶.

Premesso che il dante causa non necessariamente deve essere animato da un intento liberale verso il terzo, occorre poi precisare che, anche qualora si ammettesse l'efficacia della prelazione alla pari esercitata da un altro socio, parrebbe alquanto difficile sostenere una carenza di causa nel trasferimento così effettuato, il negozio a titolo gratuito posto in essere (ove, appunto, fosse conservata la natura "alla pari" della prelazione) trovando la propria giustificazione causale nell'accettazione da parte del socio alienante delle limitazioni poste dallo statuto, nonché nella volontà manifestata dallo stesso di addivenire a detto trasferimento.

¹⁴ Cassazione civile, 12 gennaio 1989, n. 93, cit., p. 299.

¹⁵ A questo proposito si osserva che «nella peggiore delle ipotesi, la partecipazione sociale acquistata potrebbe avere valore uguale a zero, derivandone comunque una maggiore capacità di incidenza, attraverso l'accresciuto numero di quote, nella gestione sociale» (N. SQUILLACE, *La prelazione societaria*, op. cit., p. 577).

¹⁶ M. MAIENZA, *Prelazione ed atti a titolo gratuito: consensi (e qualche dubbio) sulla scelta negativa*, op. cit., p. 302.

Se, tuttavia, il ragionamento ora svolto ben poteva addirsi alla disciplina previgente alla riforma del diritto societario, l'attuale formulazione dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. induce a compiere una riflessione ulteriore.

Condivisibilmente, in dottrina si è affermato che «lo statuto, a fronte di trasferimenti a titolo gratuito o di trasferimenti a fronte di prestazione infungibile dovrà prevedere un prezzo d'esercizio della prelazione commisurato (almeno) all'articolo 2437 *ter*»¹⁷. Di conseguenza, una clausola di prelazione alla pari verrebbe così ad operare come patto di preferenza impropria, il trasferimento della partecipazione al beneficiario della stessa dovendo avvenire verso corresponsione di un prezzo determinato secondo i criteri più volte menzionati.

A questo punto, però, si pone la problematica relativa alla tempistica e alle modalità con le quali i suddetti criteri debbano essere resi noti; in altre parole, occorre chiedersi come debba essere effettuata la *denuntiatio*.

Nella già citata pronuncia della Cassazione n. 93 del 1989 è dato leggersi che, in assenza di esplicita previsione statutaria, non sarebbe possibile disporre una commutazione dell'originario negozio a titolo gratuito in negozio a titolo oneroso a carico dei soggetti che esercitano la prelazione, in quanto si verificherebbe «una trasformazione intrinseca del negozio di cessione nella sua portata oggettiva *secundum eventum*, in dipendenza cioè dell'esercizio o meno della prelazione medesima [...] In altri termini l'interpretazione di buona fede comporta che le clausole, specie se limitative di diritti, debbano essere intese restrittivamente»¹⁸.

Ancora una volta, tuttavia, l'orientamento della Suprema Corte appare non condivisibile, dal momento che non si discute in termini di interpretazione restrittiva o estensiva di una disposizione, ma si tratta di valutare l'integrabilità in via interpretativa delle regole organizzative societarie, attraverso quella che oltreconfine

¹⁷ L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 593.

¹⁸ Cassazione, 12 gennaio 1989, n. 93, cit., p. 299. In termini analoghi, Tribunale Venezia, 7 novembre 2003, cit., nella quale è dato leggersi: «le clausole relative alla prelazione tra soci, in quanto limitative della libera circolazione delle azioni, devono essere interpretate restrittivamente, senza possibilità di interpretazioni estensive od analogiche».

viene definita *ergänzende Auslegung*¹⁹. Privo di pregio appare il rilievo che «constatata l'inutilizzabilità del criterio statutario (esercizio della prelazione al prezzo offerto dal terzo) all'elemento mancante (determinazione del prezzo) non può supplirsi in via interpretativa»: infatti, anche l'interpretazione integrativa serve a chiarire il significato di una dichiarazione, non già a sostituire una volontà mancante²⁰.

Non si tratta, infatti, di incidere sul piano dei presupposti di operatività del vincolo alla circolazione (la cui questione risulta già risolta in sede codicistica dal combinato disposto degli articoli 2355 *bis*, comma secondo, e 2437 *ter* cod. civ.), bensì sotto il profilo delle modalità di funzionamento di un meccanismo la cui validità è stata acclarata.

Già prima della riforma del diritto societario, la dottrina favorevole all'operatività di una clausola di prelazione propria in presenza di trasferimenti a titolo gratuito si era preoccupata di trovare dei rimedi alle inevitabili situazioni di stallo che si sarebbero venute a creare in assenza di apposita determinazione convenzionale: si erano così individuate tra le possibili soluzioni, oltre alla spontanea prestazione del consenso di tutti i soci al trasferimento a titolo gratuito, l'offerta da parte dei soci interessati di un prezzo che venisse quindi accettato dall'alienante (tendendo così a trasformare la clausola di prelazione in un patto di opzione)²¹ ovvero l'inserimento

¹⁹ „Soweit in Vertrag eine Regelungslücke besteht, für deren Ausfüllung sich auch aus dem Vertragswortlaut keine Lösung ergibt, kann diese Regelungslücke entweder durch ergänzende Vertragsauslegung oder notfalls auch durch das dispositive Recht ausgefüllt werden [...]. Die ergänzende Vertragsauslegung ist nicht Auslegung einzelner Willenserklärungen, sondern Auslegung des durch den Vertrag geschaffenen objektiven Sinnganzen. Der Vertrag gewinnt damit einen über den begrenzten Vorstellungskreis der Parteien hinausreichenden Sinngehalt, der durch die Vertragsauslegung erschlossen wird“ («per quanto nel contratto vi sia una lacuna normativa, per il cui riempimento non sia possibile trovare soluzione neppure attraverso l'interpretazione del testo contrattuale, detta lacuna normativa può essere colmata attraverso un'interpretazione contrattuale integrativa o all'occorrenza attraverso il diritto dispositivo [...]. L'interpretazione integrativa del contratto non è l'interpretazione di una singola dichiarazione di volontà, bensì un'interpretazione del significato complessivo obiettivo riferibile al contratto così predisposto. Il contratto ottiene perciò un significato contrattuale che supera il limitato aspetto attribuitogli dalle parti, che attraverso l'interpretazione contrattuale sarebbe precluso», K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, IX Auf., München, 2004, p. 620).

²⁰ G. DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, Milano, 1964, pp. 254 e ss.

²¹ Sulla nozione di patto di opzione si rinvia al paragrafo seguente e, più diffusamente, *infra* (pp. 136 e ss).

da parte del dante causa nella *denuntiatio* di un prezzo di vendita delle azioni equivalente al loro corrente valore patrimoniale attraverso una «proposta che farà iniziare il decorso dello *spatium deliberandi* per la prestazione dell'accettazione (o la proposizione di una contestazione circa la congruità del prezzo) da parte dei promissari»²². Altra parte della dottrina, richiamandosi a quanto ora indicato e con particolare riguardo alla fattispecie donativa, suggeriva un ulteriore criterio: «visto che attraverso l'atto di liberalità il donante intende attribuire un dato incremento patrimoniale al donatario, pare indifferente che questo incremento sia costituito da un pacchetto azionario o dalla corrispondente somma di danaro versata al donante dagli aventi diritto alla prelazione e da questo passata poi al donatario»²³.

È evidente quindi che, in presenza di una clausola di prelazione alla pari, è rimessa alla diligenza della parte che più vi ha interesse l'attivazione, comunque nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 2437 *ter* cod. civ., di uno dei rimedi succitati.

5. Clausole di prelazione e morte del socio

Risolta in senso positivo la questione dell'esercitabilità di un diritto di prelazione pure in presenza di un negozio a titolo gratuito, si rende necessario interrogarsi sull'operatività della clausola di preferenza qualora il trasferimento della partecipazione sociale abbia luogo in occasione della morte del socio che ne era titolare.

L'assenza di una disposizione legislativa specifica al riguardo²⁴ rende opportuno valutare preliminarmente, ancor prima dell'analisi della natura del negozio che

²² V. MELI, *La clausola di prelazione negli statuti di società per azioni*, op. cit., p. 190.

²³ R. ALESSI, *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, op. cit., p. 74.

²⁴ Diversamente, in Francia, l'applicazione della *clause d'agrement et de preemption* ai trasferimenti *mortis causa*, alla divisione tra coniugi e ai trasferimenti in favore di ascendenti, discendenti o congiunti è esclusa espressamente dalla legge stessa. In giurisprudenza si riscontra un'isolata pronuncia che statuisce in materia di prelazione *mortis causa*, benché con riguardo alla diversa, ma contigua, materia dell'impresa familiare, nella quale si afferma che «devono ritenersi esistenti in capo al partecipe dell'impresa familiare, sia il diritto di prelazione sia quello di riscatto, ai sensi dell'articolo 230 *bis*, comma quinto, cod. civ., nelle ipotesi rispettivamente di trasferimento *mortis causa* dell'azienda e di

verrebbe in essere a seguito dell'esercizio della prelazione, quali siano le modalità con cui la procedura prelatizia potrebbe essere attivata. Il meccanismo della *denuntiatio*, come comunemente inteso, infatti, postula che lo stesso soggetto alienante provveda a comunicare agli altri membri della compagine sociale la propria intenzione di addivenire al trasferimento a terzi della partecipazione sociale nonché le relative condizioni. Se alla carenza di tali elementi in presenza di un negozio *inter vivos* - come evidenziato nel paragrafo precedente - si potrebbe eventualmente ovviare mediante l'attivazione delle procedure suaccennate, giusta l'identità tra i soggetti che hanno sottoscritto la clausola di preferenza e quelli, oltre al terzo, interessati dagli effetti del trasferimento (il socio alienante e gli altri soci), diversa è la questione attinente alla dinamica successoria, posto che proprio a causa della scomparsa del dante causa tale identità viene meno.

Negli studi condotti sulla materia è stato autorevolmente sostenuto da parte di una dottrina che la clausola in esame dovrebbe, pertanto, considerarsi strutturalmente incapace di operare a fronte di trasferimenti derivanti dalla morte del socio, attesa la mancanza di una manifestazione di volontà diretta ai beneficiari della prelazione (ovvero di qualsiasi *denuntiatio* o, eventualmente, di un invito ad offrire) per l'assenza di un soggetto legittimato al riguardo²⁵: pur in presenza di una clausola di prelazione a favore degli altri soci, il beneficiario della disposizione *mortis causa* (sia questo erede o legatario) avrebbe dunque diritto a essere iscritto nel libro dei soci, senza che gli possano essere frapposti ostacoli. In tal modo, tuttavia, il trasferimento *mortis causa* configurerebbe già in astratto una violazione della clausola di prelazione, peraltro indipendente dalla volontà del socio.

Due sole le ipotesi che costituirebbero eccezione a quanto sinora rilevato: il caso della designazione di un esecutore testamentario ovvero quello della nomina di un curatore dell'eredità giacente, giusta la funzione di amministrazione del patrimonio ereditario a tali soggetti attribuita. L'esecutore testamentario, in quanto tenuto *ex*

conferimento della stessa in società da parte degli eredi dell'imprenditore" (Tribunale Macerata, 28 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2002, pp. 93 e ss. con nota critica di T. FEBBRAJO, *Il diritto di prelazione di cui all'art. 230 bis, 5° comma, c.c. e i trasferimenti mortis causa*).

²⁵ V. MELI, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, op. cit., p. 196.

articolo 703 cod. civ. a dare esecuzione - ovvero a curare che dall'erede sia data esecuzione - alle disposizioni del testatore, sarebbe, infatti, tenuto ad effettuare la *denuntiatio*, così da porre i soci nella facoltà di esercitare la prelazione o rinunciarvi. Analogamente - e, in questo caso, pure qualora si apra la successione legittima - il nominato curatore dell'eredità giacente sarebbe tenuto a dare avvio alla procedura prelatizia, senza che possano emergere dubbi sulla funzione prevalentemente conservativa del patrimonio ereditario allo stesso attribuita, atteso che si tratterebbe di dare esecuzione ad una disposizione statutaria sottoscritta in vita dal *de cuius* e, in ogni caso, troverebbero applicazione i parametri di congruità di cui all'articolo 2437 *ter* cod. civ.

D'altro canto non potrebbe certo ritenersi che l'erede, in quanto successore a titolo universale, sia gravato dall'onere di effettuare la *denuntiatio*, salvo nell'eventualità in cui sia tenuto a trasferire la partecipazione a un soggetto cui essa sia stata legata: l'obbligo di effettuare la *denuntiatio* non poteva, infatti, considerarsi già sorto in capo al socio defunto (venendo ad esistenza e trovando giustificazione nella circostanza della sua morte) e, per ciò stesso, non può ritenersi trasmesso *mortis causa* all'erede.

Parte della dottrina ritiene di poter arginare il problema ora evidenziato, considerando valide in caso di trasferimento *mortis causa* le sole clausole di prelazione impropria, posto che la fonte delle stesse prevedrebbe già il meccanismo di determinazione del prezzo di esercizio della prelazione, in ossequio ai criteri di cui all'articolo 2437 *ter* cod. civ.

Orbene, a parere di chi scrive, l'argomentazione utilizzata per sostenere la validità delle clausole di prelazione impure pare senz'altro condivisibile: del resto, si tratta del medesimo ragionamento innanzi svolto con riguardo all'operatività di tali clausole in presenza di un negozio a titolo gratuito; tuttavia, l'automaticità che così viene a connotare il meccanismo di trasferimento della partecipazione sociale (assimilabile alla situazione che discende dall'introduzione nello statuto o nel patto parasociale di un diritto di opzione) rende inevitabile una riflessione sulla natura del negozio a favore del socio che si sia avvalso della preferenza riconosciutagli, questione, questa, alla quale ci si dedicherà specificamente in prosieguo. A ciò si aggiunga, però, che, pur aderendo alla dottrina summenzionata nel ritenere valide le

clausole di prelazione impropria, non per questo pare doversi escludere *a priori* la legittimità di quelle alla pari.

A questo punto, quindi, occorre verificare se le riflessioni *supra* svolte in punto di rapporto tra clausola di preferenza alla pari e negozio a titolo gratuito possano confarsi anche all'ipotesi di un trasferimento *mortis causa*, attesa la mancanza, nella fattispecie ora in esame, di quella dialettica tra persone viventi e a ciò legittimate che poteva permettere, in tale sede, di superare l'*impasse* di cui si discute.

Con una posizione di massimo favore per la prelazione, si potrebbe, quindi, affermare che l'articolo 2355 *bis*, comma terzo, cod. civ., nel conservare generale efficacia ai limiti alla circolazione anche *mortis causa*, ha l'effetto, in caso di patto di preferenza, di imporre all'avente causa di effettuare la *denuntiatio* se intende conseguire l'ammissione in società (con l'effetto di ottenere la liquidazione secondo il criterio generale e suppletivo di cui all'articolo 2437 *ter* cod. civ. o, se più favorevole, in base alle previsioni convenzionali): tale adempimento sarebbe, infatti, necessario per il suo ingresso a pieno titolo nella compagine sociale²⁶.

Su tali basi in dottrina si è precisato che «non si tratta di una vera e propria prelazione a favore dei superstiti nei confronti di eredi e legatari; piuttosto la clausola intende assicurare ai soci superstiti il diritto di acquistare, entro un determinato termine dalla morte, la partecipazione già di titolarità del *de cuius*»²⁷.

La clausola non sarebbe, cioè, destinata ad entrare in gioco se – e solo se – i successori del socio defunto intendessero alienare la partecipazione sociale ricevuta dal *de cuius*: un meccanismo di siffatto tenore, infatti, sarebbe già assicurato dalla parte della clausola relativa ai trasferimenti *inter vivos*. Il patto in questione intenderebbe, invece, assicurare ai soci superstiti il diritto di acquistare entro un

²⁶ L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., pp. 608 e ss.

²⁷ S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, Milano, 2002, pp. 95 e ss.; P. BOERO, *Società di capitali e cessione mortis causa*, in *Azienda e impresa, individuale e collettiva, nella successione mortis causa: problemi di diritto civile e tributario, Quaderni di vita notarile*, n. 2, Palermo, 1983, p. 164.

determinato termine dalla morte la partecipazione sociale precedentemente del *de cuius*²⁸.

Il meccanismo operativo si articolerebbe, quindi, in due fasi: un normale trasferimento *mortis causa* ai soggetti (eredi o legatari) individuati dalle norme sulle successioni, legittima o testamentaria; un obbligo per costoro di cedere i titoli – con un atto *inter vivos* – ad altri soggetti predeterminati (generalmente, i soci superstiti) che ne facciano richiesta entro un termine determinato (o determinabile).

In altre parole, quello che si delinea non è un acquisto sottoposto a condizione risolutiva o sospensiva (anche se, in astratto, potrebbe concepirsi una clausola formulata proprio in tal senso)²⁹, né tanto meno v'è efficacia retroattiva; *medio tempore* - come si evidenzierà anche in seguito - il successore del *de cuius* assume, quindi, la qualità di socio, coi relativi diritti ed obblighi.

Il vincolo cui questi è sottoposto è, per certi aspetti, verosimilmente assimilabile a quello che discende da un contratto preliminare unilaterale³⁰: questo assume,

²⁸ Al riguardo P. DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2355 bis*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, pp. 367-368, ritiene che in caso di mancata effettuazione della *denuntiatio* la società o gli altri soci possano chiedere al giudice *ex* articolo 481 cod. civ. la fissazione di un termine, decorso il quale scatterebbe la liquidazione ai sensi dell'articolo 2355 *bis*, comma secondo, cod. civ.

²⁹ Sul punto una pronuncia del Tribunale Torino, 19 gennaio 1948, in *Foro it.*, 1948, I, p. 449, sostenendo che la facoltà di consolidazione indicata nello statuto in esame equivaleva sostanzialmente ad una clausola di prelazione nel senso indicato, pur parlando di acquisto condizionato della qualità di socio, si poneva il problema – peraltro non risolto, perché considerato irrilevante per la soluzione del *thema decidendum* – «se la cessazione negli eredi della qualità di socio retroagisca al momento della morte del loro autore, oppure decorra soltanto dalla manifestazione di volontà dei superstiti».

³⁰ Dà conto dell'orientamento giurisprudenziale (in particolare Cassazione, 30 marzo 1963, n. 794, in *Foro pad.*, 1963, I, pp. 1142 e ss.) che ricostruisce la clausola di prelazione in termini di contratto preliminare unilaterale e condizionato, negando, tuttavia, la tutela *ex* articolo 2932 cod. civ. in assenza di *denuntiatio* (la quale, sola, costituirebbe una vera e completa proposta contrattuale), la pronuncia del Tribunale Perugia, 8 marzo 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 308 e ss., con nota di M. ARATO, *Clausole di prelazione e clausole di gradimento nelle s.p.a.* In diversa direzione si muove la pronuncia della Cassazione, 23 gennaio 1975, n. 265, in *Giur it.*, 1975, I, 1, pp. 1212, la quale

quindi, natura prettamente obbligatoria e dalla sua violazione discende la facoltà dei beneficiari della clausola di prelazione di attivarsi con gli opportuni meccanismi di tutela, a seconda della rilevanza e opponibilità della pattuizione medesima³¹. Del resto la clausola in esame non pare riconducibile né ad un onere (la cui violazione possa legittimare il ricorso ad un qualche rimedio risolutorio) né ad una disposizione alternativa (tanto meno nelle forme di un legato alternativo); quanto alla possibilità, poi, di ravvisare, ancora una volta, gli estremi dell'opzione nella fattispecie in esame, occorrerebbe che la clausola fosse congegnata nel senso di prevedere un acquisto automatico a favore del beneficiario per effetto della (sola) sua manifestazione di volontà, indipendentemente quindi da una correlativa manifestazione di volontà (ancorché obbligatoria) del successore³². Ove tale fosse la dinamica, si ricadrebbe quindi nella medesima situazione innanzi menzionata per l'operatività di una clausola di prelazione impropria.

Ciò posto, riservandosi di approfondire in seguito le problematiche che l'esistenza di un patto di opzione può sollevare, giova sin d'ora evidenziare che il principale tratto distintivo tra una clausola di prelazione e una di opzione può identificarsi nel fatto che la prima non attribuisce ai soci superstiti il diritto potestativo di rendersi

propende per una ricostruzione della clausola *de qua* in termini di promessa unilaterale, in base alla quale il venditore-promittente si obbliga a preferire il consocio-promissario (oggetto dell'impegno sarebbe, appunto, la preferenza).

³¹ Nel senso chiarito *supra*, pp. 24 e ss.

³² P. BOERO, *Società di capitali e cessione mortis causa*, pp. 160 e ss. Emblematico al riguardo è il tenore dell'articolo 6, comma settimo, dello statuto della Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a., pubblicato in *Giur. comm.*, 1987, I, pp. 1027 e ss., che disponeva «Le azioni pervenute in proprietà o altro diritto reale per donazione o successione legittima o testamentaria a soggetti che non siano discendenti consanguinei o altri possessori di azioni dovranno essere offerte in opzione a questi ultimi nei modi e con gli effetti di cui ai precedenti commi [...]». Con riferimento al contenuto della pattuizione ora riportata in dottrina si è sostenuto come, al di là dell'espressione letterale utilizzata, non si possa ravvisare nel caso di specie né una clausola di riscatto né di opzione, tale pattuizione non attribuendo ai superstiti un diritto potestativo di acquistare le azioni *de quibus*, ma obbligando gli eredi a formulare l'offerta di vendita delle stesse (L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., pp. 608 e ss.).

acquirenti della partecipazione oggetto di successione, ma obbliga semplicemente i successori del socio defunto ad effettuare l'offerta di vendita della partecipazione.

Come la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire, mentre il patto di opzione, regolato dagli articoli 1331 e 1329 cod. civ., vincola immediatamente e incondizionatamente il promittente, il patto di prelazione, disciplinato dagli articoli 1326 e 1328 cod. civ., obbliga solo mediamente ad addivenire alla stipulazione del contratto ove l'altra parte eserciti il diritto potestativo di accettare l'offerta³³. Dalla differente struttura dei due istituti conseguono effetti giuridici diversi: nel patto di opzione la parte cui la dichiarazione è rivolta ha diritto di chiedere che si addivenga al futuro contratto³⁴; al contrario, in presenza di una clausola di prelazione l'eventuale inadempimento non dà al promissario un diritto diverso da quello del risarcimento dei danni³⁵.

Traendo le conclusioni delle osservazioni sinora svolte, si può quindi affermare che, in presenza di un trasferimento *mortis causa*, può propriamente ritenersi operante il meccanismo della prelazione, così come congegnato da una clausola statutaria o parasociale formulata nelle modalità innanzi descritte, solo ove vi sia un soggetto

³³ Cassazione, 28 agosto 1952, n. 2778, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, p. 497. In tal senso si sostiene in dottrina che la *denuntiatio* deve considerarsi come proposta revocabile *ex* articolo 1328 cod. civ., in quanto il promittente potrà certamente revocare la proposta avanzata sino all'ultimo istante, avvalendosi della libertà di non porre più in essere il contratto né con il promissario né con il terzo (C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, op. cit., pp. 266 e ss.).

³⁴ Con riguardo alla problematica di una clausola di prelazione automaticamente operante nel momento della morte del socio, in dottrina si è evidenziato che tale pattuizione «imprimerebbe una determinata direzione alla vicenda traslativa necessaria, contro la lettera dell'articolo 2355 cod. civ. che consente alla società di influire sulla circolazione soltanto ostacolandola: in altre parole, non versandosi in ipotesi di vicenda traslativa frutto della libera determinazione del socio, mancherebbe il contrappeso logico alla libertà dell'emittente di ostacolare l'alienazione, e cioè la libertà dell'azionista di non alienare il titolo» (G. DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, Milano, 1964, pp. 266 e ss.). In realtà, come nel testo già sottolineato e come si chiarirà meglio nel prossimo capitolo, sarebbe più opportuno utilizzare l'espressione "clausola di opzione" per indicare siffatta pattuizione.

³⁵ Sul punto, in particolare, A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale. Le forme alternative al testamento: modelli stranieri, elaborazione dottrinale, esperienze pratiche*, Napoli, 1983, p. 204, nota 74.

(i.e. esecutore testamentario, curatore dell'eredità giacente ovvero, qualora sia stato disposto un legato, erede) chiamato a dare attuazione alle disposizioni di ultima volontà del *de cuius*, nell'interesse di quest'ultimo e del patrimonio ereditario. Possono, parimenti, ravvisarsi gli estremi del comune meccanismo prelatizio ove il successore del *de cuius*, subentrato nella titolarità della partecipazione sociale oggetto di un vincolo di preferenza alla pari, sia tenuto ad effettuare la *denuntiatio*, nel rispetto dei criteri indicati all'articolo 2437 *ter* cod. civ., allo scopo di poter conservarne, in difetto di adesione all'offerta da parte degli altri soci, la disponibilità.

Diversamente, invece, una clausola di prelazione impropria in forza della quale i soci beneficiari possono automaticamente, anche in difetto di *denuntiatio* del successore, avanzare delle pretese aventi ad oggetto la partecipazione medesima, purché nell'osservanza, per l'efficacia della clausola medesima, dei parametri stabiliti dall'articolo 2437 *ter* cod. civ., si atteggia come patto di opzione a loro favore.

Orbene, nelle prime due ipotesi ora illustrate la procedura prelatizia seguita permette di dar luogo a negozi giuridici attuativi di un impegno assunto dal *de cuius* all'atto della sottoscrizione delle norme statutarie o parasociali e destinato a venire in rilievo al momento della sua morte, parendo da escludersi la sua configurabilità quale negozio *mortis causa* (tale natura assumendo, invece, l'eventuale diversa designazione dell'erede testamentario). In ogni caso, entrambe le fattispecie esaminate ricadono nell'alveo di operatività dell'articolo 2355 *bis*, terzo comma, cod. civ.³⁶, atteso che di fatto sottopongono a particolari condizioni il trasferimento che, altrimenti, avverrebbe a causa di morte.

³⁶ Interessante la pronuncia resa dalla Cassazione, 16 marzo 1977, n. 1044, cit., che approfondisce il tema della mancanza di collegamento tra una deliberazione assembleare che attribuisca ai soci di una società per azioni un diritto di prelazione in caso di vendita o di trasferimento *mortis causa* delle azioni e una disposizione testamentaria di uno dei soci con cui sia attribuito lo stesso diritto di prelazione agli altri soci e la conseguente non configurabilità di un patto successorio vietato. Al riguardo il Supremo Collegio osserva che «il giudice di merito, con apprezzamento di fatto insindacabile in questa sede, in quanto immune da vizi logici e da violazione di norme ermeneutiche [...] ha interpretato il codicillo testamentario e l'impegno negoziale *inter vivos* come atti non collegati

D'altro tenore, invece, l'automaticità che connota l'ultima ipotesi innanzi richiamata, assimilabile nei suoi caratteri ad una clausola di opzione, allo studio della quale ci si dedicherà nel capitolo che segue.

e predisposti al fine di porre in essere un patto successorio – *ex* articolo 458 cod. civ. Infatti, ha ritenuto che con l'atto *inter vivos* il *de cuius* aveva inteso costituire un diritto di prelazione in ordine a titoli azionari, e che di conseguenza il codicillo testamentario non rivestiva alcun valore istitutivo ma meramente riproduttivo di un'obbligazione preesistente all'apertura della successione, e nella quale doveva ritenersi subentrato l'erede non *iure proprio*, ma *iure successionis*. Dall'anzidetta ricostruzione della volontà negoziale esattamente la Corte d'Appello ha escluso la esistenza di un patto successorio nel negozio *inter vivos* in esame; e ciò in quanto quest'ultimo [...] ben lungi d'aver come oggetto le azioni considerate quale *relictum* successorio, e, quindi, con effetti istitutivi successivi all'apertura della successione (tale da realizzare quel *votum captandae hereditatis* contrastato dalla legge), aveva al contrario prodotto effetti obbligatori immediati, di guisa che il codicillo testamentario aveva assunto carattere meramente riproduttivo di un'obbligazione in precedenza sorta».

CAPITOLO VI

CLAUSOLE DI OPZIONE A FAVORE DEI SOCI SUPERSTITI

1. Clausole di opzione o di riscatto

Giunti a questo punto dell'analisi, è bene soffermare l'attenzione su una ulteriore e differente tipologia di clausole, peraltro già più volte evocata quale parametro di raffronto rispetto alle altre forme convenzionali sinora esaminate: si tratta delle cosiddette clausole di opzione in favore dei soci superstiti *al de cuius*.

Occorre preliminarmente precisare che l'utilizzo del termine "clausole di opzione" non è unanimemente condiviso, essendo piuttosto invalso nella prassi il ricorso al concetto di "clausole di riscatto". La frequenza con la quale quest'ultima espressione si riscontra nel lessico societario, in difetto di una norma che nel nostro ordinamento contempra l'istituto del riscatto in termini generali¹, induce a

¹ Diverso l'orientamento assunto da altri Paesi comunitari, ove l'istituto di cui si discute è oggetto di specifica disciplina legislativa. Certamente degna di menzione è la scelta dell'ordinamento francese che si occupa della questione agli articoli 275-277 della legge n. 66-537 del 24 luglio 1966, espressamente identificando la clausola *de qua* come "clause de rachat". La disciplina francese prevede che in caso di diniego del *placet*, gli amministratori sono tenuti nel termine di tre mesi a far acquistare le azioni da un altro socio o da un terzo, ovvero (ma col consenso del cedente) dalla stessa società, in vista di una riduzione del capitale; in mancanza di accordo delle parti sul prezzo di cessione, questo è determinato per mezzo di una perizia, redatta da un esperto designato dalle parti di comune accordo, ovvero dal Presidente del Tribunale. A questo proposito giova ricordare che, nonostante il riconoscimento della legittimità della clausola operata dal legislatore in termini generali e astratti, in alcuni casi la giurisprudenza ha statuito l'inefficacia della pattuizione: tra questi, *Cour de Cassation (Ch. com.)*, 28 ottobre 1974, in *Recueil Dalloz*, 1975, *Jurispr.*, pp. 209 e ss., con la quale il Supremo Collegio francese, in riforma della decisione della Corte d'Appello Aix, 1 marzo 1973, ha disapplicato nei confronti dell'erede già socio la clausola di *rachat*, consentendo di evitare che la disposizione medesima si traducesse in uno strumento privativo del potere di controllo sociale in sfavore alla famiglia che fino a quel momento lo deteneva («suivant l'art. 44 de loi du 24 juill. 1966, les parts d'une société à responsabilité limitée sont librement transmissibles par voie de succession, les statuts pouvant toutefois stipuler que l'héritier ne deviendra associé qu'après avoir été agréé dans les condition qu'ils prévoient. L'art. 44 n'autorise de limitations statutaires à la libre transmissibilité des parts sociales par voie successorale que pour l'agrément par la société de l'héritier qui n'est pas déjà associé avant le décès de son auteur»

individuare, accanto al riscatto finalizzato alla riduzione del capitale sociale di cui si ha menzione nella lettera dell'articolo 2357 *bis* cod. civ., un'ulteriore ipotesi di riscatto, la quale però, al di là di ogni profilo terminologico, risulta più propriamente riconducibile al meccanismo dell'opzione², così come delineato dall'articolo 1331 cod. civ.

Per effetto di questo genere di pattuizioni viene infatti riconosciuto al beneficiario della disposizione statutaria (o parasociale) il diritto potestativo di rendersi acquirente di una quota o dell'intero della partecipazione sociale che sarebbe altrimenti oggetto di trasferimento ad altri³.

«Secondo l'articolo 44 della legge del 24 luglio 1966, le partecipazioni di una società a responsabilità limitata sono liberamente trasmissibili per via di successione, gli statuti possono tuttavia prevedere che l'erede non diventerà socio che dopo essere stato gradito nelle condizioni che essi stabiliscono. L'articolo 44 non autorizza limitazioni statutarie alla libera trasmissione delle partecipazioni sociali per via ereditaria nel caso in cui sia previsto il gradimento all'ingresso in società dell'erede che sia già socio prima del decesso del suo autore»). La Cassazione francese ha quindi interpretato la norma nel senso che lo statuto non possa porre ostacoli alla libera trasmissibilità della quota nell'ipotesi in cui l'erede sia già socio e si tratti quindi per lui non già di entrare in società, ma solo di aggiungere la sua partecipazione a quella del *de cuius*. Cfr. altresì M.V. DE GIORGI, *E' riferibile la clausola di gradimento a chi sia già socio? (Un caso francese)*, in *Giur. comm.*, 1975, IV, pp. 565 e ss.

² Il *discrimen* tra il riscatto collegato allo svolgimento di un'operazione sul capitale sociale e quello effettuato a seguito del decesso di uno dei soci è ben tracciato da L. CALVOSA, *Sulle cc.dd. clausole di riscatto*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1991, II, pp. 115 e ss., la quale osserva che «nell'ipotesi di riscatto non finalizzato [alla riduzione del capitale sociale] disposto da una clausola statutaria, il meccanismo tecnico-procedimentale utilizzato sembra quello proprio di un contratto di compravendita di azioni stipulato a seguito di un cd. patto di opzione, subordinato ad una condizione sospensiva».

Inoltre, si precisa che lo schema della clausola di opzione in esame non deve essere ricondotto alla fattispecie disciplinata all'articolo 2441 cod. civ., ove il riferimento al "diritto di opzione" non può essere inteso ai sensi dell'articolo 1331 cod. civ., atteso che il socio non ha il potere di sottoscrivere le azioni senza che venga dalla società deliberato l'aumento del capitale e manca, pertanto, in capo allo stesso il potere di decidere unilateralmente se concludere o meno il negozio.

³ La legittimità del meccanismo sotteso alle clausole in esame è stata confermata dalla giurisprudenza, la quale ha esteso l'applicabilità delle stesse fintanto al caso in cui il diritto di opzione venga riconosciuto alla società (per azioni, essendo invece espressamente vietato per la società a responsabilità limitata rendersi acquirente di quote proprie), statuendo che «è lecito

In particolare, ove l'opzione venga accordata con riguardo all'evento della morte di uno dei soci, il diritto di vedersi riconosciuta la titolarità (di parte o) della partecipazione sociale del *de cuius* sorge in capo al beneficiario per effetto della sola manifestazione di volontà di quest'ultimo, senza alcuna necessità di una correlativa dichiarazione da parte del successore del defunto. Di conseguenza, evidente è l'automaticità che connota il meccanismo *de quo*, il quale finisce per distanziarsi notevolmente da quello del patto di preferenza innanzi esaminato⁴, non senza

l'inserimento nello statuto di una clausola idonea a garantire l'interesse sociale mediante l'esercizio della facoltà di riscatto delle azioni proprie da parte della società in presenza di situazioni specifiche, oggettive e predeterminate» (Appello Milano, 14 luglio 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 397 e ss., con nota di G. PRESTI, *Le clausole di "riscatto" nelle società per azioni*, in riforma di Tribunale Milano, 17 aprile 1982, *ivi*, nella cui motivazione si legge «la possibilità di assoggettare a particolari condizioni l'alienazione di azioni anche diverse dalla categoria in discussione [articolo 2355, terzo comma, cod. civ.], la facoltà di non emettere i titoli [art. 5 r.d. n. 239 del 1939], e più ampiamente le disposizioni concernenti i conferimenti in natura, tipici ed atipici, e tutta la tematica in tema di clausole di gradimento, mettono in evidenza che anche nelle strutture a base capitalistica non è estraneo il collegamento fra interesse sociale e persona del socio, con ovvie conseguenze sulla legittimità di clausole volte a condizionare la conservazione dello *status* di socio a particolari requisiti soggettivi»). Superfluo ricordare che ove la facoltà di riscatto fosse esercitata dalla società dovrebbero comunque sussistere i presupposti e le condizioni dell'articolo 2357 cod. civ. (ad esclusione della delibera assembleare, già assorbita dalla clausola) e l'acquisto stesso non potrebbe quindi essere effettuato che con utili distribuibili e riserve disponibili regolarmente accertati, salvo eventualmente discutere sulla disapplicazione del limite del decimo (in merito a ciò si veda diffusamente *infra*, in particolare p. 264, nota 18).

⁴ Di diverso avviso Corte d'Appello Milano, 26 giugno 1973, in *Dir. fall.*, 1974, II, pp. 320 e ss., con nota di G. STOLFI, *Sul trasferimento di azioni dopo la morte del loro titolare*, la quale, dinanzi ad un patto di preferenza strutturato come riconoscimento del diritto di prelazione in favore degli altri soci, conclude per l'automaticità del meccanismo della prelazione: il patto in questione, infatti, si tradurrebbe in «un contratto preliminare il cui contenuto è un'obbligazione di fare condizionata potestativamente alla determinazione del promittente di vendere la cosa» e genera un'obbligazione che «è trasmissibile agli eredi, trattandosi di una prestazione di fare non indissolubilmente e non necessariamente collegata con la persona dell'obbligato». In senso conforme, Tribunale Siena, 6 maggio 1970, in *Giur. tosc.*, 1981, pp. 282 e ss., secondo cui «il successore universale è tenuto (sia pure *intra vires* e *cum viribus hereditatis* nell'ipotesi di accettazione con beneficio di inventario [...]) all'adempimento delle obbligazioni del *de cuius*, le quali per disposizione di legge o per volontà delle parti non abbiano efficacia limitata ad un termine finale o relativamente a persone determinate: ora,

riproporre il quesito - comune alle clausole di consolidazione - circa la natura ereditaria o contrattuale⁵ della successione dell'opzionario nel rapporto sociale.

2. Uno sguardo oltralpe

La comparazione con la disciplina vigente in materia nell'ordinamento tedesco può certamente offrire un valido supporto per l'approfondimento delle questioni ora enunciate.

Preliminarmente occorre osservare che nella dottrina tedesca si è tradizionalmente esclusa l'ammissibilità di clausole di riscatto nel senso innanzi definito ove non espressamente volute dai soci "riscattandi", in ossequio alla teoria dei *Sonderrechte* e, in particolare, al diritto del socio alla conservazione della propria qualità, nonché - con specifico riferimento alle *AG* - a causa della altrettanto radicata convinzione dell'incompatibilità con il sistema di circolazione delle partecipazioni sociali di

nel silenzio del legislatore e dell'interessato, anche l'obbligo derivante dal patto di prelazione è trasmissibile agli eredi del promittente». Anche in dottrina non sono mancate voci tese ad appianare la differenza intercorrente tra la clausola di opzione e quella di prelazione, sino a ricondurle entrambe alla medesima categoria; in tali termini si è espressa anche la dottrina d'oltralpe, la quale ha ritenuto che "*en effet la clause de rachat est un droit de préemption*" (Y. GUYON, nota a *Cassation (Ch. com.)*, 28 ottobre 1974, in *Recueil Dalloz*, 1975, *Jurispr.*, pp. 209 e ss.). Vero è che nell'ordinamento francese la *préemption* non corrisponde alla nostra prelazione, ma attribuisce all'avente diritto una vera e propria facoltà di sostituzione ad altri. In ogni caso, tale orientamento non pare, tuttavia, pienamente condivisibile: pur nell'omogeneità degli interessi perseguiti e nella somiglianza dei meccanismi adoperati, resta fermo che nelle clausole di opzione «a ben vedere [...] viene attribuito ai soci un diritto potestativo di più ampia portata rispetto al diritto di prelazione» e «si spiega così perché al verificarsi della morte di un socio è sufficiente l'esercizio da parte dei superstiti della riconosciuta facoltà per perfezionare la cessione» (E. PAOLINI, *Intrasferibilità mortis causa della quota di società a responsabilità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1991, pp. 925 e ss.). Del resto, proprio la diversa rilevanza che assume la volontà di alienare consente di distinguere la *clause de préemption* dalla *clause de rachat*, che, a differenza della prima, «*pourra être déclenchée indépendamment de toute manifestation d'une volonté de céder émanant de l'un des actionnaires*» (M. JEANTIN, *Les clauses de préemption statutaires entre actionnaires*, in *Droit de sociétés*, 1990, n. 7, pp. 1 e ss.).

⁵ Mutuando la terminologia utilizzata da F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990.

limitazioni ulteriori rispetto a quella della *Zustimmung* (assimilabile al nostro gradimento) di cui al § 68 *AktG*⁶.

Il riscatto delle azioni trova, in ogni caso, espressa disciplina ai §§ 237 e § 71, n. 6. *AktG*. come modalità di riduzione del capitale sociale (*Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien*), differenziandosi dalla *Herabsetzung des Nennbetrages von Aktien* (riduzione del valore nominale delle azioni), perché, a differenza di questa, non determina una semplice modifica del contenuto della partecipazione, ma si traduce nella sua totale soppressione *in ihre rechtlichen Bestände*, per di più con riferimento non a tutte le partecipazioni sociali, bensì con unico riguardo a determinate azioni e a una parte soltanto degli azionisti⁷.

Recentemente questo strumento è stato molto rivalutato nell'ambito delle *Familien AG* e in ogni altra forma personalistica di *AG*, ove l'operatività della *Einziehung* è

⁶ Cfr. M. LUTTER, P. HOMMELHOFF (W. BAYER), *GmbH Kommentar*, 17 Auflage, Köln, 2009, *sub* § 15, p. 510.

⁷ U. HÜFFER, *Aktiengesetz*, München, 2008, *sub* § 237, pp. 1167 e ss. Giova osservare che, qualora la facoltà di riscatto sia accordata alla società, ciò non deve tradursi nella violazione dei limiti imposti al possesso di azioni proprie di cui al § 71, *Abs. 4, Satz 2, AktG* („*Ein schuldrechtliches Geschäft über den Erwerb eigener Aktien ist jedoch nichtig, soweit der Erwerb gegen die Absätze 1 oder 2 verstößt*“, «Un negozio obbligatorio di acquisto di azioni proprie è nullo, finché l'acquisto è in contrasto con le disposizioni dei paragrafi 1 o 2»).

Con riguardo a questo specifico aspetto ebbe a pronunciarsi il *Bayerisches Oberlandesgericht*, il quale, con pronuncia del 24 novembre 1988 (il cui testo è riportato in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 1991, pp. 106 e ss.) si trovò ad esaminare una clausola del seguente tenore: «le azioni dei prestatori di lavoro, cessato per qualsiasi ragione il rapporto di lavoro, devono essere trasferite senza indugio dietro indennizzo (stabilito, a seconda degli anni di lavoro, in un multiplo variabile del valore nominale delle azioni: dieci volte o otto volte) alla società o a persone da questa indicate. Se il rapporto di lavoro cessa per ragioni di età o per sopravvenuta incapacità, il socio può trattenere solo la metà delle azioni possedute. Tali azioni possono essere acquistate *iure successionis* solo dal coniuge o dai figli; ma se il coniuge muore o i figli raggiungono il ventottesimo anno di età, anche queste azioni devono essere trasferite, dietro indennizzo, alla società o a persone da questa indicate». Il Giudice tedesco concludeva nel senso che ai soci è permesso obbligarsi di fronte alla società - con effetti obbligatori (*mit schuldrechtlicher Wirkung*) - a trasferire le proprie azioni a determinate condizioni solo a determinati acquirenti, ferma restando la nullità dei vincoli obbligatori rivolti a portare la società a un possesso superiore al 10% del capitale versato (§ 71, *Abs. 4, Satz 2, AktG*).

stata ricollegata a importanti motivi relativi alla persona del socio, finendo sostanzialmente per configurarsi come una forma di *Ausschließung* (esclusione). Invero, negli statuti spesso si prevede che possano essere sottoposte ad *Einziehung* le azioni per il cui trasferimento sia stata rifiutata la *Zustimmung* secondo il § 68, *Abs.* 2, *AktG.* nonché le azioni del socio defunto, ove esse entro un determinato periodo di tempo non passino nelle mani di un discendente o di altri azionisti.

Siffatto meccanismo viene spesso utilizzato pure nelle *GmbH*, dove strutturalmente la componente personalistica è più presente e quindi assume un significato più pregnante⁸.

Sotto il profilo procedimentale esistono due tipi di *Einziehung*: la *Zwangeinziehung* (a sua volta, riscontrabile nelle due forme della *angeordnete Zwangseinziehung* e della *gestattete Zwangseinziehung*) e la *Einziehung eigener Aktien* (la quale si configura con riferimento alle *bereits früher erworbene* e alle *noch zu erwerbender eigener Aktien*). In entrambi i casi l'esercizio del riscatto postula una preventiva autorizzazione (*Ermächtigung*), nella forma della specifica previsione statutaria o in quella della delibera assembleare.

La *Zwangseinziehung* prescinde dalla volontà del socio inciso: può avere luogo solo se, oltre ad essere prevista nello statuto, abbia riguardo ad una partecipazione emessa dopo la relativa previsione (*Abs.* 1, *Satz* 2, del § 237 *AktG.*).

Quanto poi alla *Einziehung nach Erwerb* per essa è sufficiente una deliberazione dell'assemblea, secondo le regole degli *Abs.* 2 e 4 del § 237 *AktG.* Questo tipo di

⁸ In tal senso, M. LUTTER, P. HOMMELHOFF (W. BAYER), *GmbH Kommentar*, op. cit., *sub* § 15, p. 490, ove si precisa che „Für den Fall des Todes eines Gesellschafters kann in der Satzung auch die Einziehung des Geschäftsanteils angeordnet werden, und zwar allgemeinen oder nur unter bestimmten Voraussetzungen, etwa wenn die Erben ihrer Verpflichtung zur Abtretung des Anteils nicht nachkommen oder die Zustimmung zum Eintritt eines Familienfremden als Erben versagt wird; die Satzung kann die Einziehung verpflichtend anordnen oder auch nur als Recht der GmbH begründen“ («Per l'ipotesi di morte del socio può essere previsto nello statuto anche il riscatto della partecipazione sociale, e precisamente sia in ogni caso sia solo in presenza di particolari presupposti, per esempio quando gli eredi sono inadempienti al loro obbligo di cessione della partecipazione o l'erede estraneo alla cerchia familiare non ha ottenuto il gradimento all'ingresso; lo statuto può prevedere che il riscatto sia obbligatorio oppure vada motivato dalla GmbH»).

Einziehung presuppone la previa conclusione dell'acquisto delle azioni da sottoporre ad *Einziehung* da parte della società, a titolo oneroso o gratuito, purché nel rispetto del § 225, *Abs. 2, AktG.* a tutela dei creditori.

3. Il meccanismo dell'opzione

Ciò premesso, prima di addentrarsi nel merito della questione, utile è un breve richiamo alla disciplina codicistica dell'istituto dell'opzione in generale. Il disposto dell'articolo 1331 cod. civ., nel riferirsi al contenuto dell'articolo 1329 cod. civ., sancisce l'irrevocabilità della dichiarazione della parte vincolata, per quanto in particolare attiene all'irrilevanza della revoca eventualmente intervenuta e alla persistente efficacia dell'offerta formulata dal proponente, pur a seguito del decesso o della sopravvenuta incapacità di quest'ultimo. Nonostante il menzionato rinvio alla disciplina della proposta irrevocabile, l'opzione mantiene comunque una natura schiettamente contrattuale⁹, posto che la medesima «dà luogo alla formazione del contratto non secondo lo schema proposta-accettazione ma secondo lo schema particolare contratto di opzione-esercizio del potere di accettazione»¹⁰, il quale dovrà trovare attuazione entro lo specifico termine pattuito a decorrere dalla morte

⁹ Insiste sul profilo contrattuale che connota l'opzione, Cassazione, 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giust. civ.* 1981, I, pp. 2272 e ss., con nota di E. PEREGO, *Trattative, proposta irrevocabile e patto d'opzione*, ove si legge che «nell'opzione, a differenza che nella proposta irrevocabile di cui all'articolo 1329 cod. civ., vi è una proposta contrattuale finalizzata alla stipulazione di un successivo contratto (che può avere la più svariata natura o contenuto), che diviene irrevocabile a seguito di un accordo tra le parti, di natura contrattuale, che implica l'espressione e l'incontro della volontà delle parti, e che può essere a titolo oneroso o gratuito». Del resto, non si può ritenere che la clausola in esame integri gli estremi di una promessa unilaterale di cessione dei diritti sociali sottoposta a condizione sospensiva, giusta la tipicità che connota l'istituto in parola nonché la vigenza nel nostro ordinamento del principio per cui non possono compiersi atti potenzialmente idonei a incidere sfavorevolmente sulla sfera giuridica altrui (ovvero quella dei successori del *de cuius*), senza un preventivo consenso o una successiva adesione del destinatario degli effetti (da cui, poi, il principio di relatività del contratto sancito all'articolo 1372 cod. civ.).

¹⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 263.

del proponente (mancando la previsione del quale, si ricorrerà alle circostanze e agli usi a norma dell'articolo 1326 cod. civ.).

Trasponendo il ragionamento sul piano del contratto sociale si osserva che l'esercizio dell'opzione finisce con il determinare in favore dell'opzionario la continuazione dello stesso rapporto sociale già configuratosi in capo al defunto¹¹. Si è osservato che «il contratto di cessione si perfeziona con il mero consenso dei soci, senza necessità di alcun assenso da parte degli eredi del socio defunto-proponente la cessione: questi ebbe a manifestare contrattualmente in vita la propria volontà, che, ora, costituisce situazione giuridica trasmessa agli eredi, insieme all'acquisto *iure hereditatis* della partecipazione»¹². In quest'ottica, attesa la natura dell'accordo sociale, plurilaterale per antonomasia, sembrerebbe non aderente alla volontà dei contraenti la costruzione di un negozio meramente preparatorio alla prosecuzione del vincolo obbligatorio¹³. Di conseguenza, si è ritenuto condivisibilmente in dottrina che «la clausola di trasmissibilità dovrebbe operare retroattivamente sino all'apertura della successione: ed è acquisito tra gli interpreti che le parti possono assegnare efficacia retroattiva ad una convenzione, fermi restando i diritti dei terzi»¹⁴.

¹¹ Completamente estranea alla fattispecie in esame si conferma, quindi, una ricostruzione della sua natura in termini di attribuzione *mortis causa* analoga al legato di contratto (AA.VV., *Trattato teorico-pratico delle operazioni sul capitale*, Milano, 2001, p. 1229), giusta la quale sarebbe conferito al legatario (socio, società o terzo) il diritto di pretendere la conclusione di un rapporto, che altrimenti non esisterebbe, laddove, invece, il rapporto societario si è già instaurato e, anzi, proprio così può essere trasmesso all'opzionario.

¹² C. LICINI, *Clausole sociali che dispongono per l'evento della morte del socio: i principi*, in *Riv. notariato*, 1991, p. 433.

¹³ Contra F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale*, op. cit., p. 175, secondo il quale «l'ereditando ben può porre in essere negozi preparatori destinati a far sorgere rapporti obbligatori eventualmente in capo ai successori».

¹⁴ F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale*, op. cit., p. 174. Conforme Tribunale Torino, 19 gennaio 1948, in *Foro it.*, 1948, I, p. 444, che, trattando di una clausola di prelazione inserita nello statuto di una società a responsabilità limitata, si pone il problema in un *obiter dictum* «se la cessazione negli eredi della qualità di socio retroagisca al momento della morte del loro autore, oppure decorra soltanto dalla manifestazione di volontà dei soci superstiti» (si veda *supra* al capitolo precedente nota 29).

Di notevole ausilio nel cogliere la fondatezza di quanto innanzi enunciato appare l'esame di una fattispecie concreta, che fu sottoposta al vaglio della giurisprudenza¹⁵ e sulla quale, peraltro, si soffermò attenta dottrina¹⁶: accadeva che due fratelli, comproprietari di un'azienda, nel timore che, dopo la loro morte, la discordia tra i successori ne avrebbe compromesso l'unità, si scambiavano un'opzione con la quale ciascuno di essi riconosceva all'altro, per il caso di sua premorienza, la facoltà di acquistare, a un prezzo determinato, la sua quota dell'azienda dai propri eredi. L'atto in questione veniva, quindi, impugnato dai successori dell'un socio per motivi di nullità, asserendo questi che le promesse vicendevolmente prestate dai soci originari concretizzavano un patto successorio¹⁷, come tale vietato dall'articolo 458 cod. civ. La sentenza resa sul punto dal giudice di primo grado, rigettando la tesi attorea, concludeva nel senso che «il patto successorio si sostanzia in una convenzione con la quale il soggetto si priva della libertà di disporre della propria successione. L'opzione è un contratto costitutivo di un rapporto giuridico caratterizzato dal vincolo immediato per il promittente a non revocare la proposta e nella attribuzione della facoltà per il promissario di accettare liberamente la proposta. Non costituisce patto successorio ma opzione l'accordo con cui, nel caso di premorienza di un socio, si conviene il diritto del socio superstite di acquistare le quote di quello defunto». Al tale proposito, nel distinguere il profilo propriamente contrattuale della fattispecie *de qua* da quello successorio invece attribuito in giudizio dagli attori, nella dottrina che si è occupata della questione, si è

¹⁵ Tribunale Roma, 18 giugno 1953, in *Temì Romana*, 1955, I, pp. 151 e ss. e in *Foro it.*, 1956, IV, p. 22.

¹⁶ F. CARNELUTTI, *Un caso clinico*, in *Foro italiano*, 1956, IV, pp. 22 e ss. nota a Tribunale Roma, 18 giugno 1953.

¹⁷ Rileva F. CARNELUTTI, *Un caso clinico*, op. cit., p. 22, che «affinché vi sia convenzione, occorre il *duorum in idem placitum consensus*; *in idem*, cioè sul medesimo effetto giuridico. Se invece i due negozi mirano a effetti giuridici diversi, possono bensì essere storicamente e anche giuridicamente collegati, ma il collegamento non costituisce una convenzione. Ora le due promesse unilaterali hanno ciascuna un effetto diverso, anzi perfino opposto; posto che sono incompatibili l'una con l'altra non potrebbero essere accettate insieme; l'accettazione della prima esclude l'accettazione della seconda e viceversa», di conseguenza non potendosi configurare alcuna violazione del divieto dei patti successori, che, appunto, sottende - per definizione - l'esistenza di una convenzione.

autorevolmente osservato che «successione significa trasferimento di rapporti giuridici; nel caso, dal morto al vivo. Effetto della convenzione dev'essere dunque tale trasferimento. Ma [...] la convenzione anteriore alla morte, tra i due fratelli, [...] non avrebbe punto come oggetto e come effetto il trasferimento, sibbene l'emissione della opzione da parte di ciascuno di essi. Se a una convenzione tra i due fratelli si vuol pensare, essa non potrebbe consistere se non nella reciproca intesa di emettere ciascuno la promessa a favore dell'altro»¹⁸.

Al momento della morte del socio, per effetto della clausola di opzione pattuita in favore degli altri membri della società, si determina pertanto un trasferimento, in capo ai successori del primo, della posizione giuridica di soggezione riveniente dalla stessa opzione e contrattualmente assunta in data anteriore al decesso.

Il fenomeno in questione non ha mancato di suscitare perplessità alla luce del tradizionale principio secondo il quale “*obligatio ab heredis persona incipere non potest*”.

Tale ragione non ha invero ragione di porsi in questa sede, atteso che la fattispecie che si esamina, ben diversa rispetto a quella che si viene configurando in presenza di clausole di consolidazione, non regola la sorte di un bene (la partecipazione sociale) o di una situazione soggettiva (lo *status* di socio) di cui è titolare una persona nel momento della sua morte¹⁹. Al contrario, l'immediata vincolatività dell'opzione assunta fa sorgere situazioni soggettive nei confronti di entrambe le

¹⁸ F. CARNELUTTI, *Un caso clinico*, op. cit., p. 22.

¹⁹ Conforme la pronuncia resa da Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3609, edita in *Vita notarile*, 1994, pp. 1381 e ss.; in *Rivista notariato*, 1994, pp. 1491 e ss.; in *Giust. civ.*, 1995, I, pp. 1063; in *Giur. it.*, 1995, I, 1, pp. 1334 e ss.; in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, pp. 17 e ss.; in *Le società*, 1994, pp. 1185 e ss. nonché in *Giur. comm.*, 1996, II, pp. 217, nel giudizio di legittimità su un caso sul quale si avrà modo di soffermarsi dettagliatamente nel prosieguo (pp. 147 e ss.), ove si legge «la clausola in questione si differenzia [...] dal cosiddetto patto di consolidazione (o clausola di consolidazione) delle azioni o delle quote fra soci [...]. In tale ipotesi, infatti, la morte del socio determina l'acquisto immediato e diretto delle azioni appartenenti al *de cuius* da parte degli altri soci superstiti (con o senza liquidazione della quota sociale in favore dei successori). Nella ipotesi qui in considerazione, invece, [...] la morte del socio determina solamente il presupposto acciocché tale trasferimento possa operare, sia pure con effetti consimili, nei confronti dei successori per legge o testamento, in favore dei soci superstiti».

parti e non può negarsi che, in caso di morte della parte originaria, il rapporto sia destinato a trasmettersi in capo ai successori, a titolo universale o particolare, del *de cuius*: seguendo le fila di tale ragionamento, alcuni propendono per una ricostruzione della fattispecie nei termini dell'acquisto da parte degli eredi della «titolarità delle azioni 'gravate' da un (atecnico) obbligo di trasferimento che, riguardato dal lato dei soci superstiti, si traduce in un diritto di riscatto»²⁰.

In ogni caso, non ci si trova dinanzi ad accordi miranti a regolare la devoluzione del patrimonio residuo, per il tempo e/o a causa della morte di un soggetto, bensì si configurano delle intese immediatamente vincolanti per le parti, cui può applicarsi il principio generale di trasmissibilità dei rapporti contrattuali in capo ai successori di ciascuna di esse. Tale assunto è, peraltro, in termini generali, pienamente confermato dal rinvio operato dall'articolo 1331 cod. civ. al precedente articolo 1329, a mente del quale la proposta (formulata dal socio ereditando) non si caduca a seguito della morte del proponente.

Né pare verificarsi la trasmissione ai successori del *de cuius* di un peso sui beni ereditari nella forma del *modus* o, eventualmente, del legato, poiché si realizza più semplicemente per l'erede o legatario, come per ogni avente causa, l'effetto proprio dell'acquisto della qualità di socio: a seguito di ciò, si determina la necessaria adesione a tutte le previsioni statutarie, senza possibilità alcuna che venga invocata l'estraneità del successore al patto²¹, nonché, ove questi sia un legittimario, si possa

²⁰ L. CALVOSA, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, in *Il diritto della banca e della borsa*, Milano, 1995, p. 283, la quale inoltre evidenzia che «talvolta si fa leva sul diritto potestativo di riscatto del soggetto legittimato (società, socio o terzo), di fronte al quale gli eredi versano in posizione di mero *patis*; talaltra, si accentua la posizione (non più di *patis*, ma) di *obbligo* ad alienare da parte degli eredi (i quali devono quindi attivarsi a trasferire le azioni), di fronte al quale si porrebbe la *facoltà* di acquisto del soggetto di volta in volta legittimato (dalla clausola). Ma, a ben vedere sugli eredi non possono gravare obblighi (in senso tecnico) mai assunti: essi versano comunque in una posizione di *patis*». In senso conforme F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale*, op. cit., p. 175, il quale ammette la possibilità di concepire «il potere della parte [sopravvissuta] non soltanto quale potestativo, ma, alternativamente, modellato sul diritto di credito [...] pur se non nel senso di un diritto alla conclusione di un nuovo contratto, giacché ciò sarebbe in aperto contrasto con l'ipotesi di prosecuzione del rapporto».

²¹ L. CALVOSA, *Morte del socio, clausola di riscatto delle azioni in favore dei soci superstiti e divieto dei patti successori*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, II, p. 638.

invocare l'applicazione dell'articolo 549 cod. civ., in punto di nullità di qualsiasi quota o peso apposto sulla quota di riserva.

In ragione di quanto sinora esposto non pare accoglibile la prospettiva di chi assegna solo una rilevanza procedimentale alla manifestazione di volontà del socio superstite: seguendo questa opinione, l'atto unilaterale della parte sopravvissuta non comporterebbe alcuna diretta attribuzione patrimoniale, concretizzandosi soltanto nell'«approvazione, obbligatoria, bensì, ma necessaria affinché per la controparte divengano esigibili le prestazioni che trovano la loro fonte nell'accordo in precedenza concluso»²².

Si ritiene, invece, di condividere l'opinione di chi inquadra la fattispecie nei termini di una compravendita, sia pure coartata *a latere venditoris*²³. Come già si è accennato in precedenza, il beneficiario dell'opzione non acquista la partecipazione sociale nella veste di erede o legatario, bensì quale avente causa dai successori del *de cuius*, per mezzo di un atto *inter vivos*, non *iure successionis*.

4. L'evoluzione della giurisprudenza

Contribuirà a fugare ogni dubbio il riferimento ad un caso che è stato particolarmente dibattuto in giurisprudenza nel corso degli anni '90. Si trattava di statuire sulla validità di una clausola del seguente tenore: «in caso di successione, sarà facoltà degli altri soci (o di coloro tra essi che lo vorranno) acquistare dagli eredi le azioni entro un anno dalla successione per il valore risultante dall'ultimo

²² F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale*, op. cit., pp. 176 e ss., il quale altresì esclude - condivisibilmente - che si possa pensare a un atto unilaterale di accertamento, la cui prestazione sia fatta oggetto di obbligo, giacché qui manca l'elemento dell'incertezza, presupposto indefettibile dei negozi di accertamento, o, ancora, a una dichiarazione di mero contenuto ricognitivo delle situazioni passive facenti capo agli eredi, poiché in caso di inadempimento la parte sopravvissuta ben potrebbe far valere direttamente le pretese fondate sul contratto originario.

²³ In tal senso Tribunale Roma, 30 maggio 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, pp. 830 e ss. e in *Temì romana*, 1990, pp. 518 e ss.

bilancio approvato, maggiorato del dieci per cento, secondo certificazione del comitato di borsa o secondo valutazione del collegio arbitrale».

Il giudice di prime cure anzitutto chiariva che «vi è un contratto perfetto tra le parti con il quale tutti i soci si sono concessi reciprocamente il diritto di opzione e una contestuale proposta irrevocabile, al cui rispetto erano tenuti evidentemente gli eredi del socio premorto, cui corrispondeva una facoltà di accettazione da esercitarsi nei termini e nei modi in essa indicati che prevedevano il pagamento di un corrispettivo»; quindi, precisava che «in considerazione dei meccanismi predisposti nella clausola, si ritiene che nel patto di opzione è contenuta una clausola di un contratto a formazione progressiva con cui si pone una *condicio iuris* rappresentata dall'eventuale accettazione di una parte». In realtà, come avverte parte della dottrina e della giurisprudenza «deve escludersi che costituisca *condicio iuris* ogni evento da cui dipende non già l'efficacia dell'atto ma il suo stesso perfezionarsi. In questo caso, infatti, si sarebbe in presenza di una fattispecie a formazione progressiva o di una fattispecie invalida»²⁴. Sembra pertanto da preferirsi una rilettura della clausola in esame come sola fattispecie a formazione progressiva, seguendo - con le debite precisazioni che ora si effettueranno - le stesse riflessioni già compiute in tema di sorte della partecipazione sociale in presenza di una clausola di prelazione operante alla morte del suo titolare.

Nella stessa pronuncia ora menzionata si precisa ulteriormente che «in ogni caso nel patto di opzione in oggetto non si ravvisa alcuna violazione della norma contenuta nell'articolo 458 cod. civ. in quanto la facoltà di accettare si esercita nei confronti dei successori del socio defunto che ereditano secondo le norme ordinarie che regolano le successioni legittime o testamentarie [...]. Giova ribadire in proposito che l'opzione diviene efficace non *causa mortis* ma *tempore mortis*».

Il diritto di opzione, cioè - e in questo si differenzia da quanto invece avviene nel caso della prelazione - sorge per effetto e nel momento della stipulazione della clausola statutaria, benché il suo esercizio sia subordinato alla premorienza del

²⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 936. Conforme Cassazione, 5 agosto 1977, n. 3559, in *Giur. it. Mass.*, 1977. p. 770.

singolo socio: in conseguenza della morte di quest'ultimo, i soci superstiti hanno la facoltà di accettare la proposta contrattuale, che risulta già completa e compiutamente formata sin dal momento in cui l'opzione è stata pattuita²⁵.

Del resto, come è stato autorevolmente sostenuto in dottrina, «il vincolo che dalla dichiarazione di vendere sorge per il promittente è attuale seppure condizionato (*si praemortiar*), e l'atto produce già, a protezione dell'aspettativa del terzo, gli effetti interinali corrispondenti, fra cui l'indisponibilità (obbligatoria) del bene. Il fatto che il trasferimento si perfeziona *post mortem*, essendo a tale evento condizionato e differito l'esercizio della facoltà di opzione, non toglie di certo che nel patrimonio del promittente la particolare situazione di necessità (soggezione), da cui discende appunto che è ormai in potestà esclusiva del promissario il concludere o non il negozio pendente e determinare l'effetto traslativo corrispondente, venga a crearsi (sia pure sotto condizione) contestualmente alla dichiarazione attributiva del diritto di opzione. Il perfezionarsi eventuale del trasferimento costituisce sempre il risultato di una integrazione indipendente della fattispecie ad opera esclusiva del terzo, e consegue direttamente al semplice esercizio del diritto conferitogli»²⁶.

Richiamandosi, quindi, alle riflessioni già compiute in tema di clausole di consolidazione, pare, pure in questo caso, di potersi ritenere dinanzi ad una attribuzione non *de residuo*, bensì attuale, in forza del vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale discendente dal tenore della clausola.

Non sono, in realtà, mancate, sia in giurisprudenza che in dottrina, voci dissonanti al riguardo o, quantomeno, tese ad evidenziare come simili meccanismi si prestino ad essere utilizzati in via elusiva delle disposizioni successorie vigenti nel nostro ordinamento²⁷. In quest'ottica si pone la pronuncia del giudice di appello nella

²⁵ In questo senso P. REVIGLIONE, *Limitazioni convenzionali alla circolazione delle azioni e trasferimenti mortis causa*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, p. 449.

²⁶ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 48.

²⁷ In particolare, M. IEVA, *I fenomeni cd. parasuccessori*, in *Riv. not.*, 1988, pp. 1139 e ss., il quale rileva che «è in verità assai dubbio che tali clausole producano automaticamente fra i loro effetti l'insorgenza di un vincolo di indisponibilità delle quote o delle azioni del socio, pertanto l'opzione finisce per avere ad oggetto le quote o le azioni possedute al momento della morte e non quelle

fattispecie innanzi menzionata: la sentenza resa al termine del secondo grado di giudizio riformava completamente la precedente decisione, sull'assunto che i soci «intesero disporre reciprocamente della propria successione, seppure limitatamente alle rispettive partecipazioni azionarie, e che, nel contempo, rinunciarono implicitamente alla facoltà, loro attribuita dalla legge, di revocare, in tutto o in parte, tale loro sostanziale volontà testamentaria, perché diretta a disporre della sorte di alcuni dei loro beni, per il tempo successivo alla loro morte»²⁸. Infatti «nella fattispecie, con la clausola statutaria, si costituivano diritti relativi a beni (ossia diritti relativi all'acquisto delle azioni del socio predefunto) ricadenti nella futura successione ed, inoltre, sia le azioni che il diritto al relativo acquisto erano stati valutati come oggetto della futura vicenda ereditaria (nel caso che le azioni appartenessero al socio al momento della sua morte) con rinuncia, da parte di ognuno dei promittenti, al proprio potere, unilaterale di revoca (*ius poenitendi*), data la natura convenzionale della clausola e la reciprocità degli impegni [...] nella valutazione dei contraenti, la morte era stata considerata come fattore causale, insieme alle fonti (legge o testamento) che disciplinavano la vicenda successoria».

Vero è che la tipologia di clausole ora esaminate si qualifica di diritto come non revocabile, posto che - come già si evidenziava - l'opzione reca in sé, per definizione, il presupposto dell'irrevocabilità, come senz'altro desumibile dal combinato disposto degli articoli 1329 e 1331 cod. civ. Tuttavia, non si può ritenere che tale pattuizione possa concorrere a perseguire un obiettivo negoziale di per sé contrario alla legge²⁹.

Per vero, la libertà testamentaria non sembra minimamente intaccata, atteso che le quote o azioni, sia pure in presenza dell'obbligo di alienazione ai soci superstiti, possono essere trasmesse *iure successionis* dal testatore a chi egli avrà liberamente

possedute al momento dell'introduzione nello statuto del diritto di opzione a favore degli altri soci in caso di decesso».

²⁸ Appello Roma, 28 aprile 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, pp. 448 e ss.; in *Le società*, 1992, XI, pp. 1526 e ss.; in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 1993, II, pp. 634 e ss.; in *Corr. giur.*, 1992, pp. 1233 e ss. nonché in *Giur. mer.*, 1992, pp. 1093 e ss.

²⁹ In tali termini, G.M. BERRUTI, *Clausole statutarie e divieto di patti successori*, nota a Appello Roma, 28 aprile 1992, n. 1040, in *Corr. Giur.*, 1992, XI, p. 1239.

voluto, a titolo di eredità o di legato, e con piena possibilità di revoca *usque ad vitae supremum exitum*. Peraltro, riprendendo quanto evidenziato in dottrina, pare da rilevarsi che «impedire al disponente di limitare volontariamente la propria autonomia, attraverso la volontaria sottrazione del potere di revoca [...] vuol dire di fatto imporre limiti a tale autonomia. Si vuole cioè giustificare l'imposizione di limiti legali al libero atteggiarsi della volontà del disponente sulla base di un malinteso principio di libertà di disporre. La limitazione volontaria dell'autonomia privata è esclusa attraverso l'introduzione di una limitazione *ex lege*. Non può non notarsi l'intima contraddizione»³⁰.

Di tale tenore sono le argomentazioni che, peraltro, si ritrovano nella pronuncia resa dalla Corte di Cassazione sul caso che ci interessa: il Supremo Collegio rilevava che «il trasferimento delle azioni in favore del socio superstite che ha esercitato l'opzione nei confronti degli eredi del socio predefunto consiste in una compravendita [...] e cioè in un atto che è anch'esso *inter vivos* nel momento funzionale del rapporto, così come tra vivi era la pattuizione dell'opzione nel momento genetico del rapporto medesimo, destinato a operare dopo la morte del socio e dopo la successione di questi nei confronti degli eredi, con effetti (tuttavia *ex nunc*) di retratto e di risoluzione del già avvenuto trasferimento di proprietà delle azioni»³¹.

5. Un ultimo spunto di riflessione

Questo non significa naturalmente che l'autonomia privata possa giungere sino a porre in essere operazioni mediante le quali si pervenga al risultato vietato dalla norma dell'articolo 458 cod. civ. In linea generale - pur considerando anche il collegamento negoziale che si viene instaurando tra i due atti *inter vivos* (del riconoscimento in favore dei soci e dell'esercizio dell'opzione da parte di questi) così come innanzi delineati dalla giurisprudenza - pare tuttavia doversi negare che

³⁰ R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1221.

³¹ Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3609 (si veda nota 19 precedente).

clausole del tipo in esame possano dare luogo a procedimenti in frode alla legge e come tali ricadenti nella previsione di cui all'articolo 1344 cod. civ. L'elusione della legge, attraverso il meccanismo di un negozio indiretto e di un collegamento negoziale, non può essere comunque assunta *a priori*, ma deve essere accertata in concreto.

Detto scopo non parrebbe ravvisabile ove l'unico o prevalente interesse cui le clausole in questione mirano fosse non quello di eludere o aggirare la norma sul divieto dei patti successori, bensì quello - più volte rilevato - di tutelare la conservazione della compagine sociale in un determinato momento. Al contrario, indizi di un intento elusivo potrebbero riscontrarsi qualora lo statuto prevedesse la costituzione di un diritto di opzione per i soli trasferimenti a causa di morte, senza che sia stabilita alcuna limitazione convenzionale in relazione agli altri tipi di vicende traslative: il fatto che l'ingresso nella società di soggetti ad essa estranei non incontri limitazioni di sorta nella maggior parte delle vicende che determinano una modificazione soggettiva della titolarità delle partecipazioni parrebbe, infatti, indurre a escludere che la funzione primaria della clausola possa essere ravvisata nell'esigenza di tutelare la conservazione della compagine sociale. Ancora, alla luce delle novità introdotte dalla recente riforma dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. e, correlativamente, dell'articolo 2469 cod. civ., un ulteriore elemento che potrebbe indurre a concludere per l'elusività della clausola di opzione potrebbe identificarsi nella circostanza che per l'erede o per il legatario non sia prevista alcuna forma di indennizzo della riscattanda partecipazione (o sia comunque previsto un indennizzo palesemente incongruo)³².

Pare, infatti, non condivisibile quanto sostenuto da parte della dottrina, la quale rileva che «la clausola di opzione non rientra tra quelle che impediscono il trasferimento a causa di morte o che sottopongono lo stesso a particolari condizioni. Ne consegue che non operano i correttivi richiesti e le sanzioni previste dagli articoli 2355 *bis* e 2469 cod. civ., applicabili invece alle clausole di intrasferibilità e di consolidazione. A riprova di ciò, la giurisprudenza di legittimità

³² A tale proposito, P. REVIGLIONE, *Limitazioni convenzionali alla circolazione delle azioni*, op. cit., p. 456; L. CALVOSA, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, op. cit., pp. 304 e ss.

ha ritenuto valida la clausola di opzione anche per la società per azioni sotto il regime previgente, il quale ammetteva all'articolo 2355, comma terzo, cod. civ. soltanto le disposizioni statutarie che sottoponevano a particolari condizioni l'alienazione di azioni nominative, restando escluse quelle di intrasferibilità»³³.

Invero è proprio l'aspetto della tutela delle ragioni dei legittimari che, ancora una volta, deve guidare nella valutazione della validità della singola clausola, considerato il nuovo significato che, in virtù anche della modifica degli articoli summenzionati, deve attribuirsi all'articolo 458 cod. civ.: tale assunto è stato da ultimo ribadito con la sentenza della Suprema Corte dell'8 ottobre 2008, n. 24813³⁴, la quale, richiamandosi alla pronuncia del 1994 qui commentata, statuisce che «è innegabile, negli ultimi anni, una progressiva erosione, sul piano dottrinale e normativo, della portata del divieto dei patti successori. Si tratta di una tendenza che si è evidenziata in modo particolare - salvi i diritti dei legittimari - con il recepimento nella normativa nazionale [...] di congegni con riguardo alla trasmissione di quote di partecipazione sociale finalizzati al rinvenimento di strumenti negoziali idonei a soddisfare le esigenze economiche dei processi produttivi, sottraendo all'applicazione delle regole tradizionali della disciplina successoria la scelta dei successori ritenuti idonei a garantire la funzionalità dell'impresa». Infatti, «la clausola statutaria che attribuisce ai soci superstiti di una società di capitali, in caso di morte di uno di essi, il diritto di acquistare – entro un determinato periodo di tempo e secondo un valore da determinarsi secondo criteri prestabiliti – dagli eredi del *de cuius* le azioni già appartenute a quest'ultimo e pervenute *iure successionis* agli eredi medesimi, non viola il divieto dei patti successori di cui all'articolo 458 cod. civ., in quanto il vincolo che ne deriva a carico reciprocamente dei soci è destinato a produrre effetti solo dopo il verificarsi della vicenda successoria e dopo il trasferimento (per legge o per testamento) delle azioni agli eredi, con la

³³ P. CASALI, *La circolazione mortis causa delle partecipazioni nelle società di capitali*, in *Le società*, 2007, V, p. 543, nota a Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3609, cit.

³⁴ Cassazione, 8 ottobre 2008, n. 24813, edita in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 10, pp. 1454 e ss.; in *Vita not.*, 2008, III, pp. 1456 e ss., in *Foro it.* 2008, XII, pp. 3519 e ss., in *Riv. not.*, 2009, I, pp. 234 e ss.

conseguenza che la morte di uno dei soci costituisce soltanto il momento a decorrere dal quale può essere esercitata l'opzione per l'acquisto suddetta»³⁵.

**6. La determinazione del *quantum* destinato ai successori del *de cuius*:
rinvio**

Per quanto concerne la determinazione del *quantum* che deve essere riconosciuto ai successori del *de cuius* si rinvia alle considerazioni che saranno ampiamente svolte nel prosieguo.

³⁵ Nello stesso senso la massima n. 9 del settembre 2004 del Comitato Triveneto dei Notai che dispone: «non costituisce violazione del divieto dei patti successori ed è legittima la clausola statutaria che attribuisca ai soci superstiti il diritto di acquistare, entro un determinato periodo di tempo e previo pagamento di un prezzo congruo, da determinarsi secondo criteri prestabiliti, le azioni già appartenute al socio medesimo e pervenute agli eredi in forza della successione: e ciò in quanto il vincolo che ne deriva a carico dei soci è destinato a produrre effetti solo dopo il verificarsi della vicenda successoria, e quindi nel trasferimento per legge o per testamento, per cui la morte di uno dei soci costituisce soltanto il momento a decorrere dal quale può essere esercitata l'opzione d'acquisto»

CAPITOLO VII

CLAUSOLE DI GRADIMENTO

1. Le tipologie di clausole di gradimento

Tra i meccanismi convenzionalmente predisposti al fine di incidere sulla libera circolazione delle partecipazioni sociali la categoria che più ha suscitato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza, tanto da costituire oggetto anche di mirati interventi normativi, è certamente quella delle cosiddette clausole di gradimento: trattasi di disposizioni convenzionali che, in presenza di un potenziale trasferimento della partecipazione, subordinano quest'ultimo al parere favorevole manifestato da un particolare organo della società o dagli altri soci o, ancora, da un soggetto estraneo alla compagine sociale¹.

¹ Con particolare riferimento alla possibilità di intervento nella fattispecie traslativa di una figura esterna rispetto alla compagine sociale, alla luce delle modifiche recentemente introdotte agli articoli 2355 *bis* e 2469 cod. civ., si è affermata in dottrina la tendenza a distinguere tra la disciplina delle società a responsabilità limitata e quella delle società per azioni. Mentre in passato si riteneva che in entrambi i casi il potere di esprimere il gradimento potesse spettare indistintamente a un organo sociale, ai soci o a terzi (A. SALOMONI, *Funzione e disciplina della clausola di gradimento*, in *Prelazione e gradimento nella circolazione di partecipazioni sociali*, a cura di C. GRANELLI e G. VETTORI, Padova, 1997, p. 86; M. CASELLA, *Clausole di gradimento*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI e P.G. JAEGER, Milano, 1993, p. 346), oggi l'opinione più aderente al significato letterale della norma vorrebbe escludere per le società per azioni la possibilità di un gradimento reso da soggetti terzi, in virtù della differente previsione contenuta all'articolo 2355 *bis*, secondo comma, rispetto all'articolo 2469, secondo comma (D. VATTERMOLI, *Commento all'articolo 2355 bis codice civile*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, 2, I, p. 176). Il disposto della norma da ultimo richiamata, infatti, consente espressamente (al contrario dell'articolo 2355 *bis*) che il gradimento sia reso da soggetti terzi, ponendosi, del resto, nella stessa direzione delle altre disposizioni specificamente dedicate alle società a responsabilità limitata, che muovono verso un'esternalizzazione delle decisioni organizzative della stessa (si ricorda, in particolare, l'articolo 2468, terzo comma, cod. civ., che consente che «l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili»

L'incidenza di tali clausole si coglie pertanto sul piano del coinvolgimento nella vicenda traslativa di un terzo soggetto (oltre al socio autore e al potenziale avente causa), chiamato a concedere il proprio *placet* al trasferimento.

L'estrema eterogeneità delle pattuizioni riconducibili alla categoria delle clausole di gradimento, non tanto per i soggetti coinvolti nell'operazione, quanto per i criteri e i termini adottabili ai fini di una valida decisione al riguardo, induce ad operare sin d'ora una classificazione delle stesse, al fine di meglio comprendere le problematiche che questo genere di disposizioni suscita.

Anche con riguardo alle clausole di gradimento, così come con riferimento alle altre pattuizioni già esaminate nella presente trattazione, in dottrina si è proposta la fondamentale ripartizione tra clausole proprie e improprie: mentre nella prima ipotesi il *placet* del soggetto all'uopo designato è condizionato al rilievo della presenza o meno di determinati requisiti nella figura del potenziale avente causa dal socio alienante, nel secondo caso il vaglio è diretto nei confronti del trasferimento in sé considerato, potendo la clausola di gradimento trasformarsi in una clausola di intrasmissibilità: donde, poi, la necessità di chiarire, per il caso di trasferimento a seguito di morte del socio, se detta intrasmissibilità debba intendersi per assoluta (nel senso chiarito nei precedenti capitoli) ovvero per relativa. In quest'ultimo caso

nonché l'articolo 37 del decreto legislativo n. 5 del 2003, sul cosiddetto arbitrato economico, a mente del quale «gli atti costitutivi delle società a responsabilità limitata e delle società di persone possono anche contenere clausole con le quali si deferiscono a uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società»). Parte della dottrina, peraltro, propende per ritenere che lo stesso potere di gradimento conferito a uno dei soci trovi il proprio fondamento, quale attribuzione di un "diritto particolare", nel disposto dell'articolo 2468 cod. civ. (M. MALTONI, *Commento sub articolo 2469 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2007, p. 999). In ogni caso, sia che la competenza a prestare il *placet* venga riservata a uno o più soci, sia che venga demandata a persona esterna alla società (ove ciò si ritenga ammissibile), appare legittima la clausola che individui nominativamente il socio o terzo ovvero lo identifichi *per relationem* (a titolo esemplificativo, si pensi alla disposizione che assegni detto compito al socio che in un determinato momento storico abbia la maggioranza degli utili o risulti tra i fondatori della società, ovvero si consideri la previsione in favore del terzo che possieda specifici requisiti professionali o ricopra una precisa carica al momento del trasferimento della partecipazione sociale).

la clausola in questione finisce sostanzialmente con l'atteggiarsi come una clausola di consolidazione della partecipazione nei soci superstiti, in forza della quale il fenomeno dell'accrescimento si verifica, però, non automaticamente al momento del decesso del socio, ma solo ove l'organo sociale neghi il *placet* a un normale trasferimento.

Effettuata questa preliminare distinzione e avuto particolare riguardo alle clausole di gradimento proprie, la prassi statutaria testimonia come frequente sia il ricorso a pattuizioni che contemplano l'obbligo di motivazione dell'eventuale diniego del gradimento al trasferimento delle partecipazioni. Le disposizioni a norma delle quali il rifiuto del gradimento deve essere adeguatamente giustificato si distinguono poi a seconda che tale diniego debba essere ancorato a specifiche predeterminate ragioni - siano queste da intendersi in senso oggettivo (gravi motivi²) o in senso soggettivo (qualificazione dell'acquirente in base alla nazionalità, all'appartenenza ad una determinata categoria professionale, a particolari esperienze professionali o al rapporto di parentela con altri soci, etc.³) - ovvero sia rimesso all'*arbitrium boni viri*

² A tale proposito si osserva che una dottrina ritiene tali clausole di "mero gradimento", nel senso che verrà a breve chiarito (L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, in *Azioni* a cura di M. NOTARI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GREZZI e M. NOTARI, Milano, 2008, p. 577).

³ Si è parlato al riguardo di "clausole di gradimento preventivo" (A. FELLER, *sub articolo 2469 cod. civ.*, in *Società a responsabilità limitata* a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GREZZI e M. NOTARI, Milano, 2008, p. 349) o ancora di "clausole di gradimento rigido" (G. RACUGNO, *Clausola di gradimento e circolazione mortis causa dei titoli azionari*, in *Giur. comm.*, 1976, II, pp. 789 e ss.; W. BIGIAMI, *La clausola di gradimento al trapasso di azioni*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1953, pp. 45 e ss.; G.M. ZAMPERETTI, *Le clausole di gradimento nella recente prassi statutaria*, in *Giur. comm.*, 1988, I, pp. 918 e ss.). La legittimità di questa tipologia di pattuizioni è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza d'oltralpe. Così *Reichsgericht*, 16 giugno 1914, in *Bank Arch.* 1914, p. 104, avente ad oggetto una clausola del contratto sociale che imponeva il rifiuto del gradimento a persone che non svolgevano l'attività di falegname o che non fossero legate da vincoli familiari, salvo modifica dell'atto costitutivo oppure decisione di gradimento assunta tramite una delibera assembleare presa con le maggioranze previste per le stesse modifiche dell'atto costitutivo („*die Bestimmung des Statuts einer Aktiengesellschaft, nach welcher die auf Namen lautenden Aktien nur von Angehörigen eines bestimmten Personenkreises erworben werden können, steht der Gültigkeit eines Rechtsüberganges nicht im Wege, welcher sich in der Weise vollzogen hat, dass ein Aktionär das*

appurare se sussistano motivi ragionevoli o plausibili, anche se non particolarmente gravi, per rifiutare la concessione del *placet*⁴.

La differenza tra le menzionate tipologie di clausole appare ancor più evidente qualora, assumendo l'illegittimità della mancata concessione del gradimento, se ne consideri il risvolto processuale. Nella prima ipotesi il rifiuto del *placet* per un motivo non predeterminato può essere giudizialmente sindacato su domanda sia del dante causa che dell'acquirente (costituendo, quello dell'impugnazione del diniego, un diritto anche del potenziale avente causa) e l'*onus probandi* quanto alla ricorrenza di una legittima ragione di rifiuto spetta alla società, salva per il richiedente la prova contraria. Diversamente, ove i motivi non siano stati predeterminati, pur competendo l'azione sia all'alienante che all'acquirente contro la società, l'onere di dimostrare la non ragionevolezza e non plausibilità del rifiuto in relazione all'interesse di quest'ultima spetta ai ricorrenti.

Alcune clausole contemplano, poi, particolari correttivi per il caso di rifiuto del gradimento, attribuendo al soggetto deputato alla concessione del *placet* la facoltà/obbligo di sostituire al potenziale avente causa indicato dal socio altro

Verfügungsrecht über seine Aktie einer zu ihrem Erwerb satzungsmäßig nicht berechtigten Person eingeräumt und letztere alsdann die Abtretung an eine erwerbsberechtigte Person vorgenommen hat⁴).

Possono essere ricondotte nella categoria di cui si discute anche le cosiddette *clausole di limitazione al possesso azionario*, ovvero quelle disposizioni che introducono una soglia massima nella partecipazione al capitale sociale: in virtù di tali pattuizioni non è consentita l'iscrizione nel libro soci di chi già risulti intestatario di una determinata aliquota di capitale sociale. A titolo esemplificativo si rinvia alla clausola oggetto della pronuncia del Tribunale Milano, 6 febbraio 1992, edita in *Le società*, 1992, VIII, pp. 1087 e ss., la cui massima recita: «è legittima la clausola statutaria secondo la quale, salvo il consenso unanime dato per iscritto dagli altri soci, nessuno dei soci stessi o dei loro aventi causa per qualsiasi titolo può essere intestatario sia individualmente che cumulativamente col dante causa stesso o fra di loro, di un numero di azioni superiore al 50% del capitale sociale: una simile pattuizione tende, infatti, ad impedire non tanto la facoltà del socio di alienare le proprie azioni quanto quella di trasferirle a determinati soggetti in vista del mantenimento tra due distinti gruppi di soci di un certo assetto di organizzazione societaria».

⁴ Per una classificazione delle clausole di gradimento cfr. A. ASQUINI., *Sui limiti di validità delle clausole di gradimento al trasferimento delle azioni*, in *Riv. soc.*, 1961, pp. 737 e ss.

acquirente di gradimento, ovvero di occuparsi, per il caso di diniego, di collocare le azioni presso soci o terzi⁵.

Vi sono infine clausole che rimettono al giudizio insindacabile dell'organo sociale o del soggetto designato il potere di gradimento o di rifiuto, per giunta espressamente dispensandolo dall'indicare i motivi, o, addirittura, si astengono dal precisare caratteristiche, contenuto e limiti del gradimento. Con particolare riguardo a questa tipologia di pattuizioni è stata coniata la nozione di "clausole di mero gradimento".

A tale proposito in dottrina si è precisato che il gradimento deve considerarsi mero ogniqualvolta «nella clausola non sono indicati dei parametri di giudizio in base ai quali il socio alienante possa sapere a chi o a quali condizioni possa trasferire le

⁵ Si tratta delle cosiddette "clausole alla francese", per l'evidente analogia di funzionamento con le clausole di *rachat* utilizzate nell'ordinamento straniero (articoli 275-277 l. n. 66-537, su cui si veda più diffusamente il precedente capitolo, nota 1). Attenta dottrina mette, tuttavia, in evidenza come l'utilizzo del termine *rachat* avvenga in questo contesto in modo equivoco: gli articoli 275 e 276 della legge del 1966 prevedono, infatti, che se l'acquirente indicato dall'azionista non è gradito, *le conseil de administration, le directoire ou les gerants* sono tenuti a far acquistare le azioni da un azionista, da un terzo o dalla società. «Non si tratta in questi casi di riscatto, ma di semplice acquisto, poiché il socio non è tenuto a trasferire le azioni, né comunque versa in una situazione di *pati*, ma può anche decidere di rimanerne titolare. In altre parole, all'obbligo di *rachat* della società fa riscontro una mera facoltà di trasferimento da parte dell'azionista: ciò che induce ad escludere la qualificabilità del fenomeno in termini di riscatto, il quale [...] implica sempre, in capo al soggetto riscattando, la titolarità di una situazione giuridica soggettiva passiva (di soggezione), in contrapposizione alla situazione di diritto potestativo (o anche di obbligo, se in questi termini è congegnata la clausola) del riscattante» (L. CALVOSA, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, in *Il diritto della banca e della borsa*, Milano, 1995, p. 97). Astrattamente, ma solo nel caso delle società per azioni, tali pattuizioni potrebbero contemplare anche l'obbligo di acquisto della partecipazione a carico della società. Al contrario, per l'espresso divieto di cui all'articolo 2474 cod. civ., la società a responsabilità limitata mai potrebbe rendersi acquirente di quote proprie. Parte della dottrina esclude che si possa parlare di clausole di gradimento, parendo più corretto ricondurle alla categoria di quelle di opzione: «ciò non tanto perché la clausola dovrebbe allora intendersi come di gradimento 'non mero', bensì in quanto non presenta le caratteristiche e non pone i problemi che ora legislativamente definiscono la clausola di gradimento stessa» (C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, II, Torino, 1991, pp. 166 e ss.).

proprie azioni»⁶: non varrebbero pertanto a privare la clausola di tale connotazione né la previsione di una specifica motivazione in caso di rifiuto del gradimento né l'indicazione contestuale (al diniego del *placet*) di un altro possibile acquirente gradito. Il correttivo non riguarderebbe infatti «l'atto di gradire o di non gradire ma circostanze esterne a tale atto, oneri cui chi insindacabilmente sarebbe chiamato ad esprimere la propria volontà negativa dovrebbe sottostare affinché la clausola produca egualmente i suoi effetti»⁷, pertanto «la nozione di gradimento 'non mero' va ricercata fuori da quella di gradimento con correttivi. Essa presuppone che la decisione sia totalmente sganciata dalla volontà, dalle simpatie o dal capriccio di chi lo esprime»⁸.

L'orientamento ora esposto è stato recepito pure dalla giurisprudenza di merito, la quale ha giudicato di mero gradimento clausole che, pur individuando *a priori* un parametro di valutazione, identificato, in particolare, nell'interesse sociale, si traducevano sostanzialmente in mere formule di stile, fondando un gradimento insindacabile da parte dell'organo preposto⁹.

⁶ F. RICCERI, *Le clausole di gradimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, II, p. 156.

⁷ A. DENTAMARO, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, p. 391.

⁸ G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, *Le società*, Padova, 1999, p. 309.

⁹ Tribunale Napoli, 9 febbraio 1993, in *Le società*, 1993, VII, p. 967 e ss., secondo il quale: «è illegittima, perché non rispettosa del dettato normativo, la clausola statutaria formulata con termini vaghi ed ampi (nella fattispecie la concessione del gradimento è condizionata dalla verifica della conformità all'interesse sociale dell'ingresso nella società di quel determinato acquirente) da tradursi in una clausola di stile meramente apparente perché, formalmente rispettosa della disposizione, si traduce, in realtà, in una sostanziale affermazione di riserva di un gradimento mero». A tale proposito si è evidenziato in dottrina che «meritevole in astratto rimane l'atto di gradimento nel suo profilo funzionale, mentre atipici sono gli interessi privati societari che l'atto tende a soddisfare» (D.U. SANTOSUOSSO, *Il principio di libera trasferibilità delle azioni. Eccesso di potere nelle modifiche della circolazione*, Milano, 1993, p. 11), contrariamente a quanto asserito da quella giurisprudenza che identificerebbe la *ratio* del gradimento, da un lato, nell'esigenza di impedire l'ingresso nella società a persone che non ne fanno parte e la cui presenza possa risultare dannosa e sgradita alla società, dall'altro, nell'intento di conservare all'interno della società un determinato equilibrio di poteri, che verrebbe compromesso laddove pervenisse nelle mani di un solo socio una quantità di azioni tale da

Una piena rivalutazione del concetto di “interesse sociale” si ebbe, invece, nella giurisprudenza tedesca più risalente, la quale si orientò nel senso di ritenere siffatto principio quale fondante l’operatività delle clausole di mero gradimento. Nella nota pronuncia sul caso *Viktoria Versicherungsgesellschaft* il *Reichsgericht* riconosceva la validità della clausola che affidava alla piena discrezionalità del consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*) la concessione del *placet*, atteso che la società, tramite detto organo, doveva essere pienamente libera di esprimere il proprio giudizio per la preminenza da attribuire all’interesse societario nella scelta del nuovo partecipante. L’interesse della società tutelato dal gradimento veniva quindi identificato nell’esito di un giudizio di valore condotto dagli organi sociali, sulla scorta dei bisogni psicologici o tipicamente economici afferenti alla medesima società¹⁰.

Nel nostro ordinamento, alla luce della nuova formulazione adottata dall’articolo 2355 *bis*, comma secondo¹¹, attenta dottrina ha suggerito di identificare il significato di gradimento mero con riferimento al “correttivo” che ora viene posto quale condizione di efficacia del medesimo: «se infatti la clausola di gradimento ‘mero’ è inefficace qualora non consenta al socio di disinvestire, mentre è efficace se l’*exit* è

consentirgli una posizione egemonica (Tribunale Milano, 12 novembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1973, pp. 26 e ss.). In ogni caso, anche ove tale interesse possa essere identificato nell’obiettivo benessere economico della società, «pur mantenendo il carattere di meritevolezza tipica, concerne di per sé un interesse dinamico, nel senso che deve essere messo in continuo rapporto con i dati contingenti della vita dell’impresa» (D.U. SANTOSUOSSO, *Il principio di libera trasferibilità delle azioni*, op cit., p. 12; conforme, A. GAMBINO, *Le clausole di gradimento dopo la legge 4 giugno 1985, n. 281*, in *Giur. comm.*, 1986, I, pp. 5 e ss., secondo il quale la nozione di interesse sociale che richiede e giustifica il sacrificio dell’interesse del socio alla libera trasferibilità della partecipazione sociale sarebbe inerente all’interesse dell’azienda sociale, concretamente valutato in relazione alle esigenze tecniche dell’organizzazione produttiva).

¹⁰ *Reichsgericht*, 31 marzo 1931, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R.G.Z.)*, vol. 132, pp. 149 e ss., ove si legge che „*Ganz abgesehen davon, dass die Vorschrift dem Aufsichtsrat völlig freie Hand in der Versagung oder Erteilung der Genehmigung lässt, ist ferner im Ernst nicht zu bestreiten, dass die Beklagte gewichtige und schutzwürdige Interessen daran haben kann*“ («A prescindere dal fatto che la decisione del consiglio di amministrazione è pienamente libera nel negare o nel conferire l’autorizzazione, non si contesta inoltre che verosimilmente il convenuto possa avere importanti e stringenti interessi in questo»).

¹¹ Sulla quale, ampiamente, *infra*.

possibile, ciò significa che la clausola incide (esclusivamente) sul diritto del socio a monetizzare il valore delle azioni. È dunque di ‘gradimento mero’ una clausola che non consente al socio di programmare il disinvestimento, la qual cosa accade quando egli non sia in grado di formulare una prognosi sulla concessione del *placet*, e perciò non sia in grado di individuare con relativa sicurezza un acquirente che possa ottenere l’iscrizione nel libro dei soci»¹².

Il particolare accento posto sulla categoria delle clausole di mero gradimento trova la sua ragione nella lunga e discussa evoluzione legislativa che si è conosciuta al riguardo e di cui ora si cercherà di dare brevemente conto.

2. Storia delle clausole di gradimento

Queste pattuizioni sono quelle che indubbiamente più hanno suscitato l’interesse del legislatore, tanto da essere oggi oggetto di specifica menzione nella nuova formulazione dell’articolo 2355 *bis* cod. civ., a mente del quale «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 o degli altri soci, un obbligo di acquisto o il diritto di recesso dell’alienante»¹³.

¹² L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 577.

¹³ A questo proposito, occorre ribadire incidentalmente le considerazioni svolte *supra* al capitolo II, ove si è osservata la natura “sociale” o “statutaria” che può essere assunta anche dalle clausole contenute in patti parasociali. Con specifico riferimento alle clausole di gradimento attenta dottrina ha osservato «la duplicità del ruolo svolto dalle clausole di gradimento (e più in generale da quelle limitative della circolazione azionaria): un ruolo interno alla società, in quanto ne determinano un particolare modo d’essere e caratterizzano (ed incidono su) l’interesse dei soci; ed un altro ad essa esterno, poiché si riflettono sulla posizione dei terzi (tecnicamente, cioè, sulle vicende traslative dell’azione, vicende ovviamente di per sé esterne all’organizzazione societaria» (C. ANGELICI, *Fine dell’atto di gradimento?*, nota a Cassazione, 25 ottobre 1982, n. 5567, in *Giust. civ.*, 1983, II, p. 2067). Detta dottrina ha inoltre rilevato che «una riflessione sull’atto di gradimento (anche se “vincolato”) può essere esaurientemente svolta solo tenendo conto della duplicità di prospettive che in esso convergono: può sembrare logico cioè, dal punto di vista dei contraenti (*individualrechtlich*), trattarlo come l’oggetto di una loro “pretesa”; mentre, dal punto di vista dell’organo sociale per esso competente (*sozialrechtlich*), la sua eventuale “doverosità” pare doversi intendere essenzialmente sul

È ormai da diverse parti affermato che l'articolo 2355 *bis* cod. civ. (e, parallelamente, l'articolo 2469 cod. civ.) altro non costituisca che la codificazione di un orientamento giurisprudenziale formatosi sotto il codice di commercio del 1882.

Già a quell'epoca si faceva, infatti, ricorso al meccanismo del gradimento negli statuti delle società assicuratrici, al fine di evitare che un titolo non completamente liberato fosse alienato a soggetti insolventi non in grado di versare il residuo. Tuttavia, il codice di commercio prevedeva solo che il trasferimento delle azioni delle società cooperative fosse subordinato alla previa autorizzazione dell'assemblea o del consiglio di amministrazione (articolo 224, comma secondo¹⁴). La giurisprudenza operò un'estensione di tale previsione sostenendo che le condizioni poste dalla legge per la validità della cessione delle azioni della società cooperativa potevano divenire obbligatorie per convenzione nelle altre specie di società anonime: la trasferibilità delle azioni veniva, infatti, intesa come elemento naturale, ma non essenziale di queste, essendo carattere fondamentale della società anonima non la cedibilità delle partecipazioni, bensì la responsabilità limitata dei soci.

Sul sistema che, delineatosi nella prassi, aveva quindi ottenuto il riconoscimento della giurisprudenza vennero, però, ben presto ad innestarsi discussi interventi legislativi.

Tra questi non si può non menzionare la legge n. 1745 del 1962¹⁵, istitutiva dell'imposta cedolare di acconto. La disciplina così introdotta, basata sulla

piano della funzione», potendo «tali negozi, di per sé ovviamente *individualrechtlichen*, [...] rilevare sul piano del *Sozialrecht* soltanto a seguito del modo in cui si atteggia l'organizzazione societaria» (C. ANGELICI, *Fine dell'atto di gradimento?*, op. cit., p. 2072).

¹⁴ Tale disposizione così recitava: «Le azioni sono sempre nominative, e non possono essere cedute, finché non siano interamente pagate, e se la cessione non sia autorizzata dall'assemblea o dal consiglio d'amministrazione secondo le disposizioni dell'atto costitutivo».

¹⁵ La finalità perseguita dalla legge era quella di applicare una ritenuta di acconto d'imposta complementare sugli utili delle società per azioni nonché di evitare l'evasione fiscale, estendendo l'area dei soggetti imponibili, giusta la materiale impossibilità di identificare tempestivamente i beneficiari dei diritti patrimoniali degli stessi in relazione alla cosiddetta doppia circolazione dei titoli, da un lato, e dello *status socii*, dall'altro. In tal senso la riscossione del dividendo poteva avvenire anche da chi non era socio, ma semplicemente verso presentazione della cedola. La legge

coincidenza tra possesso del titolo e iscrizione nel libro soci, induceva a concludere per la nullità delle clausole di gradimento: l'eventuale rifiuto di gradimento, infatti, avrebbe compromesso non solo l'esercizio dei diritti amministrativi, ma pure di quelli patrimoniali, incidendo di conseguenza direttamente sull'interesse dell'azionista risparmiatore a divenire membro della compagine sociale. La *ratio* sottesa alla normativa conduceva *in primis* la giurisprudenza a ritenere valide unicamente le clausole di gradimento con cui si fosse stabilito che le partecipazioni non possono essere liberamente alienate senza il preventivo o contemporaneo consenso della società, al contrario, considerandosi invalide le convenzioni con le quali si fosse pattuito che, alienate liberamente le azioni, tale trasferimento non avrebbe prodotto effetti nei confronti della società senza l'assenso della medesima¹⁶.

Tale ragionamento veniva condotto ad estreme conseguenze da altro orientamento giurisprudenziale¹⁷, secondo il quale il *placet*, fornito preventivamente o

citata stabiliva, *inter alia*, che avesse diritto al pagamento degli utili e all'intervento in assemblea quando il titolo fosse trasferito per girata, il giratario che se ne dimostrasse possessore in base ad una serie continua di girate, mentre l'azionista, ancorché iscritto nel libro dei soci, non potesse esigere gli utili senza esibire i titoli alla società emittente né intervenire in assemblea se non li avesse depositati almeno cinque giorni prima presso la sede sociale; il legislatore introduceva, altresì, l'obbligo in capo alla società emittente, prima di restituire i titoli, di rilevare chi fossero i soggetti che risultassero possessori degli stessi, nonché di aggiornare il libro soci in base agli elementi rilevati; a corredo degli obblighi innanzi menzionati veniva predisposto un sistema di sanzioni penali in capo alla società e agli amministratori qualora dette annotazioni fossero state omesse o non fossero state eseguite in conformità con le disposizioni di legge.

¹⁶ Tribunale Milano, 2 marzo 1964, in *Foro it.*, 1964, I, pp. 636 e ss., secondo cui «dopo l'entrata in vigore della l. 29 dicembre 1962, n. 1745, possono essere ritenute ancora valide unicamente le clausole di gradimento con cui si stabilisce che le azioni non possono essere in alcun modo alienate senza il preventivo e contemporaneo consenso della società; e devono, invece, essere giudicate nulle, perché in contrasto con le disposizioni cogenti della stessa legge, le clausole di gradimento con cui si dispone che le azioni possono essere liberamente alienate con la sola girata senza il consenso della società, ma che tale alienazione non produce effetti nei confronti della società (nel senso che non fa acquistare al giratario lo *status* di socio) senza il consenso della società stessa».

¹⁷ Tribunale Lucera, 12 dicembre 1964, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 616 e ss., con nota di S. SATTA, *Clausole di gradimento e legge fiscale al lume dei principi generali*, la cui massima così recita «la clausola di

successivamente, avrebbe finito sempre con il condizionare non solo l'acquisto dello *status* di socio, ma pure la libera disponibilità e lo stesso diritto di proprietà delle partecipazioni, sino a poterlo comprimere completamente senza ragioni fondate su un interesse generale.

Il successivo decreto legge 23 febbraio 1964, n. 27, ripristinando la possibilità di percepire il dividendo senza far scattare il meccanismo dell'imposta cedolare d'acconto, attraverso una maggiorazione della ritenuta sulla percezione del dividendo mediante cedole di dividendo, orientò definitivamente la giurisprudenza nel senso che il mancato gradimento da parte della società impedisse *in toto* l'esercizio dei diritti sociali (non solo amministrativi, ma anche patrimoniali)¹⁸.

Ferma fu la presa di posizione della Cassazione con la pronuncia del 15 maggio 1978, n. 2365¹⁹, mediante la quale fu dichiarata la nullità di una clausola che

gradimento per il trasferimento di azioni sociali, sia che si debba intendere come *placet* preventivo, che come *placet* successivo, è nulla perché costituisce un ingiustificato limite al principio della libera disponibilità dell'azione. L'articolo 20 l. 29 dicembre 1962, n. 1745, istitutiva dell'imposta cedolare, pur avendo stabilito che nulla è innovato all'articolo 2355 cod. civ., non ha mantenuto in vigore la clausola di gradimento».

¹⁸ In tal senso, Tribunale Bologna, 14 luglio 1965, in *Foro it.*, 1966, I, pp. 1398 e ss.; Appello Milano, 20 maggio 1966, in *Foro it.*, 1966, I, pp. 1397 e ss., secondo cui «nonostante l'entrata in vigore della legge 29 dicembre 1962, n. 1745, sono valide le clausole statutarie che subordinano l'efficacia del trasferimento delle azioni nei confronti della società al *placet* della stessa. La clausola di gradimento è valida anche se l'efficacia del trasferimento delle azioni nei confronti della società è soggetta al *placet* immotivato e insindacabile degli amministratori».

¹⁹ Edita in *Riv. not.*, 1978, II, pp. 1375 e ss.; in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 639 e ss.; in *Giur. comm.*, 1979, II, pp. 10 e ss.; in *Foro it.*, 1979, I, pp. 2271 e ss.; in *Tem.*, 1978, pp. 17 e ss. In essa si legge: «de particolari condizioni cui l'articolo 2355, comma terzo, consente di subordinare l'alienazione delle azioni, devono concretarsi in situazioni specifiche oggettive, e non possono essere rimesse al giudizio discrezionale degli organi societari, sì da assumere carattere di mera arbitrarietà e da porre in essere una effettiva esclusione del potere di alienazione. L'attribuzione al consiglio di amministrazione [...] del potere di vietare in ogni caso, senza limitazioni, senza alcun riferimento ad elementi concreti e con effetto verso la società, più che una condizione cui sarebbe stata sottoposta l'alienazione, presenta i caratteri di un vero e proprio diritto insindacabile di veto al trasferimento» e «la illegittimità di una simile clausola sussiste anche se riguardata dal lato dell'alienante, poiché un sistematico rifiuto di assenso al trasferimento potrebbe servire a mascherare l'esclusione del potere

di alienazione, rendendo così indefinita la partecipazione del socio alla società (*prisonnier de la société*)».

Giudice di rinvio per la vicenda sulla quale ebbe a pronunciarsi la Suprema Corte con la decisione ora menzionata fu la Corte d'Appello Bologna con la sentenza del 23 luglio 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, pp. 187 e ss., a sua volta oggetto di ricorso per Cassazione, conclusosi con la pronuncia della Cassazione, 25 ottobre 1982, n. 5567 edita in *Giur. comm.*, 1983, II, pp. 153 e ss., in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 1983, II, p. 264 e ss. e in *Giust. civ.*, 1983, II, pp. 2065 e ss., la quale ebbe modo di ribadire che «è nulla la clausola di gradimento che condiziona il trasferimento delle azioni al giudizio discrezionale degli organi societari. Qualora lo statuto di una società per azioni preveda che il consiglio di amministrazione possa rifiutare il gradimento all'acquirente di azioni nominative, indicando contestualmente altra persona gradita disposta all'acquisto, è inefficace nel suo complesso la delibera che rifiuti il *placet* senza la contestuale designazione di altro acquirente».

Sulla stessa linea si orientò la giurisprudenza di merito. In particolare si ricordano: Tribunale Bologna, 10 aprile 1979, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 468 sulla nullità di una clausola che condizionava il trasferimento delle azioni al giudizio discrezionale degli organi societari, posto che «il diniego del *placet* può ritenersi ammesso, perciò, in via generale, solo se accompagnato da determinati correttivi che garantiscano al socio che lo voglia di uscire dalla società e che rendano concretamente possibile il trasferimento delle azioni»; Pretura Perugia, 25 giugno 1981, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 473 e ss., con particolare riferimento alle società calcistiche, che ha ritenuto che le clausole di gradimento non sono di per sé illecite, ma lo diventano qualora, non contenendo l'enunciazione di quali siano le particolari condizioni cui è soggetto il *placet*, finiscano per eliminare ogni potere di disposizione delle azioni stesse, rimettendolo ad un giudizio del tutto discrezionale degli organi amministrativi della società; Tribunale Perugia, 8 marzo 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, pp. 308 e ss., che ebbe a pronunciarsi su una clausola statutaria che prevedeva una duplice limitazione al trasferimento *inter vivos* delle partecipazioni (clausola di gradimento senza predeterminazione di parametri specifici rimessa all'assemblea e clausola di prelazione a favore degli altri soci); Tribunale Brescia, 27 marzo 1982, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 473 e ss., il quale, aderendo all'orientamento, tendenzialmente condiviso in dottrina e in giurisprudenza, che richiede il consenso di tutti i soci per l'introduzione e per la modifica della clausola di gradimento, ha dichiarato nulla la disposizione statutaria che rimetta al giudizio discrezionale degli amministratori il potere di vietare in qualsiasi caso e senza alcun limite il trasferimento delle azioni, in quanto in questa maniera è posta in essere un'effettiva esclusione del potere di alienazione; Tribunale Udine, 4 dicembre 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, pp. 286 e ss., secondo il quale «non è omologabile l'atto costitutivo di una società per azioni, una clausola del quale sottoponga il trasferimento delle azioni al giudizio discrezionale dell'assemblea dei soci»; Tribunale Roma, 11 febbraio 1983, in *Le società*, p. 50, sulla nullità della clausola inserita nell'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata che subordini la cessione delle quote sociali all'autorizzazione dei soci detentori della maggioranza del

subordinava la cessione delle azioni al *placet* del consiglio di amministrazione, adducendo il pericolo che il giudizio degli organi sociali deputati al gradimento si trasformasse in un vero e proprio diritto di veto alla cessione. La citata sentenza contiene un interessante *obiter dictum*, ove si riconosce la legittimità di un rifiuto di gradimento assolutamente discrezionale «se accompagnato da determinati correttivi che garantiscano al socio che lo voglia di uscire dalla società, ed in via generale rendano possibile il trasferimento delle azioni», con ciò preannunciando la *ratio* fondante l'intervento riformatore, avente particolare riguardo all'interesse alla smobilizzazione dell'investimento azionario.

Tale indirizzo giurisprudenziale ha infatti trovato piena conferma nell'articolo 22 della legge 4 giugno 1985 n. 281, a mente del quale «sono inefficaci le clausole degli atti costitutivi di società per azioni le quali subordinano gli effetti del trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali»: l'orientamento seguito dal legislatore si poneva nell'ottica di rendere ancora più ristretto il margine di autonomia della società e tale fu l'atteggiamento di riflesso manifestato dalla giurisprudenza²⁰.

capitale sociale, se non sono predeterminate le condizioni per la concessione dell'autorizzazione; Tribunale Catania, 3 marzo 1983, in *Le società*, 1983, pp. 1270 e ss., secondo cui è illegittima la clausola statutaria di una società di capitali che rimetta al potere discrezionale degli amministratori o - a seguito di reclamo - all'assemblea dei soci l'autorizzazione all'alienazione delle azioni, senza peraltro dettare condizioni specifiche e obiettive alle quali sia subordinato il gradimento, né correttivi alla facoltà discrezionale di esercitare il gradimento medesimo; Tribunale Catania, 9 aprile 1983, in *Banca, borsa e titoli credito*, 1982, II, pp. 266 e ss. e in *Giur. comm.*, 1983, II, pp. 721 e ss., che, richiamando in motivazione il principio interpretativo dettato dalla più volte citata pronuncia della Cassazione, nella valutazione in concreto dei limiti che incontra il *placet* al trasferimento delle azioni, ha stabilito che l'introduzione di clausole di gradimento negli statuti di società per azioni è legittima se ed in quanto non escluda incondizionatamente la circolazione delle azioni, ponendo un diritto insindacabile di veto al trasferimento (nel caso in esame il gradimento era rimesso ad una valutazione discrezionale del consiglio di amministrazione, ma lo statuto concedeva all'interessato, cui fosse stato negato il *placet* del consiglio, la possibilità di rimettere il punto ad una decisione (essa pure delineata come assolutamente discrezionale) dell'assemblea dei soci.

²⁰ Tribunale Bologna, 3 maggio 1986, in *Riv. not.*, 1988, II, pp. 775 e ss., secondo cui «non è omologabile la delibera di una s.p.a. che introduce la clausola di gradimento qualora, pur essendo

È utile, peraltro, ricordare che analoga evoluzione conosceva il diritto tedesco, ove la libera cedibilità delle azioni rappresentava già un principio generale non espressamente codificato (*Grundsatz der freien Übertragbarkeit*) desumibile dal § 222, Abs. 2, dell'*Handelsgesetzbuch*, secondo il quale, se il contratto sociale non avesse

previsto espressamente che il diniego di gradimento debba essere motivato, non siano predeterminati i criteri di ostatività al trasferimento delle azioni»; Tribunale Udine, 10 luglio 1989, in *Le società*, 1989, p. 1203 e ss., secondo cui «non è omologabile lo statuto di una società per azioni in cui sia contenuta una clausola che subordini il trasferimento delle azioni per atto tra vivi, o il loro assoggettamento a vincoli, al preventivo consenso scritto degli altri soci, sia pure con il correttivo dell'obbligo per l'organo amministrativo di indicare contestualmente, in caso di rifiuto, uno o più nominativi in sostituzione di quelli non accettati»; Tribunale Roma, 23 marzo 1988, in *Le società*, 1988, pp. 267 e ss., secondo cui «nella società a responsabilità limitata, nelle quali il trasferimento delle quote viene inquadrato nell'ambito della cessione del contratto, è legittima la clausola che limita la trasferibilità della quota al mero gradimento anche immotivato degli organi sociali, dato che tale clausola si basa sul principio della necessità del consenso del contraente ceduto alla cessione del contratto»; Appello Milano, 29 settembre 1987, in *Foro padano*, 1988, I, p. 282, secondo cui «nelle società per azioni la validità della clausola di gradimento è subordinata a due condizioni: la subordinazione del rifiuto di gradimento alla presenza di elementi obiettivi e specifici e la predeterminazione nella stessa legge interna di tali elementi specifici ai quali subordinare il trasferimento delle azioni nominative, con il corollario di garantire al socio la possibilità di uscire dalla società anche nell'ipotesi di rifiuto del *placet*; la *ratio* dell'inefficacia va individuata da un lato nell'interesse del socio uscente a non rimanere prigioniero del suo titolo, dall'altro nell'interesse dei soci che esprimono la maggioranza e gli organi sociali ad impedire le cosiddette "scalate" da parte di terzi estranei collegati all'interesse dell'impresa sociale di conservare un'autonomia omogenea. Alle società a responsabilità limitata non si applica la normativa in tema di clausole di gradimento sia in quanto essa è prevista espressamente per le società per azioni, che stante il rapporto più personalistico esistente tra socio e società nella società a responsabilità limitata».

Nella giurisprudenza richiamata si sosteneva, quindi, sostanzialmente l'inapplicabilità dell'articolo 22 della legge n. 281 del 1985 alle società a responsabilità limitata, in quanto, da una parte, la lettera della disposizione normativa pareva chiaramente limitata alle società per azioni, dall'altra, la *ratio* di tale legge, consistente nella tutela della naturale destinazione alla circolazione delle azioni, era incompatibile con la possibilità per le società a responsabilità limitata, desumibile dall'articolo 2479 cod. civ., di vietare in maniera assoluta l'alienazione delle quote (conforme G. TAURINI, *La società a responsabilità limitata*, Milano, 2000, pp. 74 e ss.).

previsto diversamente, le azioni nominative potevano essere cedute senza il gradimento della società²¹.

La nuova formula adottata dal § 61 dell'*Aktiengesetz* del 1937²² sostituiva alla previsione della cedibilità senza gradimento, salva diversa previsione dell'atto costitutivo, quella della possibilità che la cessione delle azioni nominative fosse condizionata al gradimento della società.

Nonostante la nuova disposizione si limitasse a riformulare la norma di cui all'*Handelsgesetzbuch*, pare evidente la nuova sfumatura assunta dalla stessa nello sminuire la cogenza del vincolo statutario al trasferimento, a favore della circolazione della partecipazione sociale.

Non mancarono però istanze della dottrina e della giurisprudenza volte a porre dei limiti alla discrezionalità dell'organo competente ad esprimere il gradimento.

Nel perseguire tali finalità si fece ricorso sia al canone etico del buon costume (*guten Sinne*), sia al generale divieto di esercitare il diritto in modo vessatorio (*Schikane*)²³, affermando che, quando lo statuto non preveda alcun criterio cui subordinare il gradimento, affinché non si dia luogo ad un abuso di diritto (*Rechtsmissbrauch*)²⁴, questo possa essere rifiutato unicamente in buona fede (*Treu und Glauben*)²⁵.

²¹ „*Sie können, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag Anderes bestimmt, ohne Zustimmung der Gesellschaft auf Andere übertragen werden*“.

²² „*Die Satzung kann die Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft binden. Die Zustimmung gibt der Vorstand, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt. Die Satzung kann ferner bestimmen, dass die Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf*“ («Lo statuto può subordinare il trasferimento al gradimento della società. Il gradimento spetta all'organo amministrativo, quando lo statuto non stabilisce diversamente. Lo statuto può inoltre stabilire che il gradimento possa essere negato solo per gravi motivi»).

²³ E. BRODMANN, *Aktienrecht*, Berlin e Leipzig, 1928, § 222, p. 189, ove si legge „*Es kann auch Lagen geben, wo die Versagung der Genehmigung gegen die guten Sitten und damit gegen § 826 BGB verstößt oder sich als ein Akt von Schikane darstellt (§ 226 BGB)*“.

²⁴ In questo senso O.B.G. Koblenz, 12 gennaio 1989, in *Der Betrieb*, 1989, pp. 672 e ss. che, in presenza di un rifiuto del gradimento ritenuto “abusivo” ha riconosciuto il diritto del terzo acquirente a richiedere il trasferimento nei confronti della società („*Verweigert die Gesellschafterversammlung einer GmbH die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Zustimmung zu einer*

Con l'*Aktiengesetz* del 1965 il § 61, *Abs.* 3 venne sostituito dal vigente § 68, *Abs.* 2, prevedendo la possibilità del gradimento preventivo attraverso la fissazione nell'atto costitutivo dei motivi in base ai quali rifiutare il gradimento²⁶. Detta norma consente di fissare nello statuto le regole dell'efficacia del trasferimento, sia alla stregua di presupposti inerenti a requisiti personali dell'avente causa, sia distinguendo tra le stesse tipologie (a titolo gratuito o oneroso) di negozi dispositivi²⁷.

3. Il concetto di trasferimento nella previsione codicistica

L'intervento del legislatore italiano suscitò subito un dibattito in merito alla portata da attribuire all'articolo 22 della legge 4 giugno 1985, n. 281, soprattutto con riguardo all'allora vigente formulazione dell'articolo 2355 cod. civ., a mente del quale «l'atto costitutivo può sottoporre a particolari condizioni l'*alienazione* delle azioni nominative».

La locuzione “alienazione” induceva, infatti, parte della giurisprudenza e della dottrina a ritenere che potessero essere pattuite particolari condizioni solo con riguardo ai trasferimenti *inter vivos*, non quindi alle vicende traslative connesse alla morte del socio.

Si affermava, in particolare, che «il termine alienazione riguarda unicamente i trasferimenti effettuati da un soggetto a un altro soggetto, per atto tra vivi: ne

Übertragung eines Gesellschaftsanteils, so kann der Gesellschafter, der darin eine Verletzung gesellschaftlicher Treupflichten sieht, (Leistungs-) Klage auf Zustimmung gegen die Gesellschaft erheben²⁵).

²⁵ A. BAUMBACH, A. HUECK, *Aktiengesetz*, München-Berlin, 1961, § 61, p. 199 e ss., secondo cui la contrarietà al principio della buona fede si desume dal fatto che la soddisfazione degli interessi e, correlativamente, l'imposizione di sacrifici non sono concretamente proporzionati.

²⁶ „Die Satzung kann die Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft binden. Die Zustimmung erteilt der Vorstand. Die Satzung kann jedoch bestimmen, dass der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung über die Erteilung der Zustimmung beschließt. Die Satzung kann die Gründe bestimmen, aus denen die Zustimmung verweigert werden darf“.

²⁷ Cfr. per un'ipotesi analoga *Reichsgericht*, 25 gennaio 1921, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (R.G.Z.), vol. 101, pp. 246 e ss.

consegue che rimane al di fuori della previsione legislativa la possibilità di porre dei limiti e delle condizioni, con l'atto costitutivo, alla trasferibilità delle azioni nominative per atto *mortis causa*²⁸».

Oltre ad addurre l'argomento letterale, si negava che fosse possibile invocare *per relationem* la stessa disciplina vigente per le società a responsabilità limitata (ove, la limitazione del trasferimento in occasione della morte era - lo si ricorda - ammessa), posto che in queste ultime «il carattere personale del socio acquista una ben maggiore importanza ed un più penetrante rilievo sì che ben si spiega il motivo per cui soltanto in ordine a queste società, caratterizzate [...] dall'*intuitus personae*, sia stata ritenuta giustificata l'eventuale esclusione dalla società dell'erede del socio defunto»²⁹.

Né pareva potersi trarre alcun argomento dalla menzione del termine “trasferimento” nell'articolo 22 della legge del 1985, posto che «sembra infatti più corretto decidere che, allorquando esista una clausola di gradimento [...] il passaggio per successione [...] *mortis causa* non possa considerarsi come trasferimento in senso tecnico e, quindi, non sia soggetto a gradimento. Diversa soluzione - sempre soltanto (s'intende) in linea generale e presuntiva - bisogna adottare invece quando il limite alla circolazione si sostanzia nella necessità di particolari requisiti nell'acquirente»³⁰.

²⁸ Appello Cagliari, 4 giugno 1976, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 794. Cfr. in *obiter dictum* Tribunale Milano, 1 ottobre 1976 e Cassazione, 14 gennaio 1977, n. 171, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 131 sulla carenza di legittimazione dell'assemblea straordinaria a modificare, con deliberazione a maggioranza, la clausola di gradimento estendendola ai trasferimenti per causa di morte.

²⁹ Appello Cagliari, 4 giugno 1976, cit., p. 796. Conforme Tribunale Verona, 21 luglio 1995, in *Le società*, 1996, I, pp. 80 e ss., ove si legge «poiché la successione non può identificarsi con l'alienazione intesa come trasferimento a titolo particolare dei diritti sulle azioni, non è consentita in alcun modo la limitazione della circolazione delle azioni *mortis causa*; conseguentemente, la clausola statutaria che preveda la facoltà, per i soci superstiti di una società di capitali, di accettare o meno l'ingresso degli eredi del socio defunto non appare legittima ai sensi dell'articolo 2355 cod. civ.».

³⁰ W. BIGIAMI, *La clausola di gradimento al trapasso di azioni*, op. cit., p. 45, il quale appunto rimarca la distinzione tra clausole di gradimento proprie (inapplicabili in sede successoria) e clausole rigide (applicabili anche in questa ipotesi).

Nello stesso senso ci si era orientati nell'ordinamento tedesco, ove la clausola di gradimento prevista dal § 68, *Abs. 2, AktG.* era ritenuta non applicabile ai trasferimenti *mortis causa* nelle *AG*³¹, mentre si considerava ammissibile nelle *GmbH*, in virtù del disposto del § 17, *Abs. 3, GmbHG.*, sull'assunto che una clausola che prevedesse nelle *AG*, in caso di morte del socio, l'impossibilità per i suoi eredi di succedere o, comunque, a loro carico, una soggezione all'altrui potere di riscatto, avrebbe comportato una sostanziale inalienabilità delle azioni, contro il disposto del § 68, *Abs. 2, AktG.*

Sotto il profilo tecnico giuridico sembra tuttavia che il fenomeno si atteggi in termini diversi, posto che gli eredi succedono nella titolarità delle azioni, che non risultano quindi intrasferibili, e a seguito del diniego del *placet* devono dimettere la partecipazione a favore di un altro soggetto.

Invero, nel nostro ordinamento, proprio individuando l'identità di *ratio* sottesa all'introduzione di limiti alla circolazione delle quote e delle azioni, parte della dottrina ritenne estensibili, pure nell'ambito delle società per azioni, le clausole di gradimento ai trasferimenti delle partecipazioni sociali connessi all'evento della morte del socio.

Si osservava come a base di tutte queste pattuizioni convenzionali ricorresse un preminente interesse della società al controllo del substrato personale, indipendentemente dal tipo di vicenda diretta a produrre la modificazione soggettiva³².

Peraltro, si consideri che, una volta calata nel contesto successorio, l'operatività della clausola di gradimento viene influenzata da fattori ulteriori rispetto a quelli già

³¹ W. HEFERMEHL, E. BUNGEROTH, *Aktiengesetz Kommentar*, Band 1, §§ 1-75, München, 1984, *sub* § 68, p. 367 ss. che, esclusa la sottoponibilità a *Zustimmung* dei casi di *Gesamtrechtsnachfolge*, affermano che „für sämtliche Fälle der Gesamtrechtsnachfolge kann die AG durch eine Satzungsvorschrift über die Zwangseinzziehung nach § 237 Vorsorge treffen“ («per tutti i casi di successione a titolo universale la società attraverso una previsione statutaria può adottare i provvedimenti per il riscatto obbligatorio ai sensi del paragrafo 237»); M. LUTTER, in *Kölner Kommentar z. AktG.*, Band 1, §§ 1-75, 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, *sub* § 68, p. 846.

³² G. DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, Milano, 1964, p. 268.

richiamati, *in primis* avuto riguardo all'individuazione del soggetto legittimato ad esercitare i diritti discendenti dalla titolarità della partecipazione sociale, che pure resta rappresentata nel capitale: inutile evidenziare come tale condizione potrebbe essere potenzialmente turbativa soprattutto dell'ordine della società, dato il riflesso della stessa sul funzionamento dell'assemblea, soprattutto qualora la partecipazione *de qua* sia determinante per la formazione del *quorum* costitutivo e influisca su tutto il sistema di contrappesi che serve ad equilibrare la vita della società. Non si deve, poi, dimenticare che - così come per le altre tipologie di clausole già esaminate in precedenza - entra nel gioco degli interessi la contrapposta esigenza dei successori del socio di non vedere compromessi o ostacolati interessi patrimoniali realizzabili con la piena titolarità della partecipazione.

Venne così gradualmente affermandosi, sia in dottrina che in giurisprudenza, l'orientamento che riteneva applicabile le clausole di gradimento anche in presenza di un trasferimento legato alla morte del socio³³.

Ciò a maggior ragione in seguito alla riforma dell'articolo 2355 *bis* cod. civ., che adottò la stessa ampiezza dell'articolo 22 della legge del 1985.

³³ Appello Milano, 6 aprile 1973, in *Giur. comm.*, 1974, II, pp. 55 e ss., la cui massima recita come segue: «il socio, anche se è una società, ha interesse a chiedere che venga dichiarata nulla la deliberazione assembleare che modifichi la clausola di gradimento, estendendola ai trasferimenti per causa di morte. È nulla la deliberazione, presa a maggioranza, con la quale si modifichi la clausola di gradimento, estendendola ai trasferimenti per causa di morte», atteso che «all'esigenza di un esplicito consenso, da parte degli interessati, offre un sicuro argomento il terzo comma dell'articolo 2355 cod. civ., che, col disporre che l'atto costitutivo può sottoporre a particolari condizioni l'alienazione delle azioni nominative, lascia intendere che l'introduzione successiva di una qualsiasi clausola limitativa o ulteriormente limitativa del diritto di alienazione delle azioni (termine che nella *ratio legis* ricomprende anche la successione nello *status socii* per atti *mortis causa*) deve del pari riscuotere l'assenso di tutti i soci, come al momento della costituzione della società *ab origine*». Conforme G. DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, op. cit., p. 267.

4. Il meccanismo delle clausole di gradimento collegate alla morte del socio

Attesa la ricorrenza nella prassi delle clausole di gradimento destinate ad applicarsi all'ingresso in società dei successori del socio defunto, a questo punto vale spendere qualche parola sul meccanismo di funzionamento della disposizione in esame, avendo cura di individuare la natura giuridica degli atti compiuti nella sua applicazione.

Prevale l'opinione di quanti ritengono che l'erede o il legatario della partecipazione avrebbe un vero e proprio diritto soggettivo ad essere considerato socio, salvo il buon esito della procedura di gradimento³⁴.

Di certo - come del resto già evidenziato con riguardo alle clausole di opzione - non si può parlare di un acquisto soggetto a *condicio iuris*, sul rilievo che tale condizione sta ad indicare un presupposto od un requisito dal quale soltanto la legge fa dipendere l'efficacia di un negozio. L'articolo 2355 *bis* cod. civ. non potrebbe essere considerato la fonte di una condizione di diritto, dato il carattere dispositivo della norma, che si limita ad autorizzare la società ad inserire nell'atto costitutivo clausole limitative della circolazione delle azioni.

Tuttavia, la diversa configurazione del gradimento come *condicio facti* del trapasso della partecipazione in passato ha indotto parte della dottrina a porre in dubbio la stessa validità della clausola, ai sensi dell'articolo 1355 cod. civ., asserendo la nullità dell'assunzione di un obbligo subordinato alla mera volontà del debitore³⁵.

³⁴ T. ASCARELLI, *Sui limiti alla circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1953, I, p. 307; F. MESSINEO, *Sui requisiti di validità della clausola di gradimento (placet) all'alienazione di azioni*, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 1959, I, p. 509.

³⁵ In tal senso F. MESSINEO, *Nullità e inefficacia relativa della clausola di gradimento nell'acquisto di azioni*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 581, il quale osserva: «l'interprete, che [...] si faccia a considerare senza preconcetti il legame, che viene a stabilirsi fra l'articolo 1355 e l'articolo 2355, comma terzo, non può respingerne il risultato: il quale si profila nel senso che [...] in esso non può non ravvisarsi la concessione di un potere arbitrario ed esercitabile immotivatamente, poiché, col fatto di poter

Giurisprudenza e dottrina hanno, in realtà, dimostrato la caducità di una tale obiezione, evidenziando come l'eccezione sarebbe stata centrata ove la società fosse stata parte del negozio traslativo della partecipazione sociale. Vale la pena ricordare, infatti, che la norma ora citata concerne le condizioni in senso tecnico e quindi gli elementi accidentali del negozio che con questo formano un tutt'uno, mentre il gradimento rappresenta un requisito estrinseco del negozio di alienazione, che appunto coinvolge un soggetto terzo rispetto alle parti della vicenda traslativa³⁶. Non pare, tuttavia, doversi intendere neppure nel senso di una condizione la modalità con la quale la clausola di gradimento incide sulla vicenda traslativa: come si è già messo precedentemente in evidenza, non si tratta tanto di valutare l'efficacia del trasferimento, quanto il perfezionarsi della fattispecie, che finisce con il presentare i caratteri di una fattispecie a formazione progressiva.

Può certamente contribuire a far luce sulla vicenda la considerazione della particolare tipologia di clausole di gradimento descritta come "clausole alla francese": la prassi statutaria tende a collocare la clausola di gradimento nell'ambito delle disposizioni tese a rimediare al diniego del *placet* con la previsione di un ritrasferimento *inter vivos* dall'erede o legatario ad altro soggetto gradito (che potrebbe essere anche la stessa società, fermi i limiti e i divieti *ex lege* disposti per l'acquisto di proprie partecipazioni). Pur dovendosi valutare concretamente, caso per caso, la sua effettiva portata, può dirsi che la clausola in questione (analogamente a quella di prelazione³⁷) è in genere strutturata attraverso un normale

negare il gradimento a insindacabile giudizio e senza motivare, sì che la società viene a subordinare al proprio arbitrio un obbligo, si realizza la puntuale situazione contemplata nell'articolo 1355».

³⁶ Appello Milano, 5 ottobre 1973, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 197 e ss. nonché Appello Bari, 17 settembre 1968, in *Dir. fall.*, 1969, II, pp. 938 e ss.

³⁷ Con riferimento alla distinzione tra clausole di gradimento e di prelazione pare opportuno prendere in considerazione la particolare fattispecie che si viene delineando in presenza di una clausola che subordini il trasferimento della partecipazione sociale al consenso di tutti i soci. La previsione *de qua* non attribuisce alcun diritto di prelazione, in quanto per il conferimento di una siffatta situazione giuridica occorre senza dubbio un esplicito e inequivocabile riferimento nell'atto costitutivo. La clausola in esame non mira ad assegnare una preferenza in sede di alienazione della quota, ma persegue un fine diverso, cioè quello di consentire ai soci di esercitare un controllo diretto sull'ingresso di nuovi soggetti nella compagine societaria.

trasferimento *mortis causa*, cui si collega un successivo trasferimento *inter vivos* predisposto al fine di salvaguardare l'interesse patrimoniale dell'erede (o del legatario), ma che presuppone pur sempre la positiva volontà di quest'ultimo per il perfezionamento della fattispecie traslativa³⁸. Non pare possa parlarsi di acquisto *mortis causa* sottoposto a condizione: non si comprenderebbe a quale titolo, nel caso di diniego del *placet* il successore del socio defunto riceverebbe il valore delle azioni che non ha acquistato.

Tale ultima configurazione potrebbe far sorgere alcune perplessità sulla legittimità della clausola a norma dell'articolo 631, comma primo, cod. civ. (a mente del quale è nulla ogni disposizione testamentaria con la quale si fa dipendere dall'arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario, ovvero la determinazione della quota di eredità): stando all'orientamento dottrinale più rigoroso elaborato in sede di interpretazione di tale norma, non solo quando il gradimento sia previsto come del tutto discrezionale e immotivato, ma anche quando sia da esercitarsi secondo un *arbitrium boni viri*, si determinerebbe la causa di nullità prevista dalla disposizione summenzionata.

Si è, tuttavia, osservato che il socio nel momento in cui «consente che venga inserita nello statuto una clausola di gradimento con efficacia anche per i trasferimenti a causa di morte, non stipula, in realtà, alcun patto successorio: né dispositivo o rinunziativo, perché [...] non si fa riferimento a una successione altrui; ma nemmeno istitutivo, perché non è stata fatta alcuna istituzione contrattuale di erede o legatario. Semmai potrebbe dirsi che il socio ha anticipatamente consentito alla costituzione di un 'peso' (il gradimento) su un bene (l'azione) che andrà a far parte della sua successione»³⁹.

³⁸ Da notare che Cassazione, 25 ottobre 1982, n. 5567, cit., osserva che «l'ostacolo al libero trasferimento dei titoli nominativi è, in definitiva, costituito unicamente dalla legittimità del rifiuto del *placet*, con la conseguenza che (ragionando *a contrario*) la inefficacia del rifiuto stesso, in quanto elimina il solo limite opponibile alla esplicazione della libera commerciabilità dei titoli, rende automaticamente valido il trasferimento».

³⁹ A. FONTANA, *Le clausole di gradimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, pp. 34 e ss.

Pare quindi di poter estendere anche in questo contesto le riflessioni innanzi svolte con riguardo alla clausola di opzione, non senza prestare attenzione, da ultimo, alla particolare ipotesi in cui il soggetto deputato ad esprimere il proprio gradimento alla vicenda traslativa non si esprima affatto.

5. Il silenzio sul gradimento

Il valore da attribuire al comportamento omissivo del soggetto incaricato di pronunciarsi sul *placet* è stato oggetto d'attenta analisi nell'ambito dello studio della categoria generale del negozio giuridico, con risultati certamente estensibili anche alla fattispecie in esame. La dottrina⁴⁰ e la giurisprudenza hanno sostenuto che il silenzio non possa essere qualificato *de plano* come manifestazione tacita di consenso, a meno che ad esso non si accompagnino circostanze tali da renderlo significativo come sintomo rivelatore delle intenzioni delle parti.

Si è rilevato che il silenzio valga quale atto di consenso (secondo il noto brocardo “*qui tacet consentire videtur*”⁴¹) quando, in base alle relazioni instaurate dai contraenti o in base agli usi vigenti in un determinato settore commerciale, l'inerzia del soggetto debba essere in tal modo interpretata. La valenza del comportamento omissivo risulta, quindi, contingente e variabile a seconda del periodo storico e del costume sociale in cui esso viene manifestato. Il silenzio assume, certamente, rilevanza anche quando la legge o un accordo esplicito tra le parti imponga un onere o un dovere di parlare, cosicché il tacere di un soggetto possa essere considerato come adesione al regolamento di interessi predisposto dall'altro (cosiddetto “silenzio circostanziato”)⁴².

⁴⁰ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, pp. 141 e ss.; Cassazione, 15 gennaio 1973, n. 126, in *Giur. it.*, 1974, p. 1573 e ss.; Cassazione, 14 giugno 1997, n. 5363, in *Giur. it.*, 1998, p. 1117.

⁴¹ Codice canonico, can. 43, in VI, 5, 12.

⁴² S. CLERICÒ, *L'alienazione di partecipazioni sociali in spregio della clausola di gradimento ed il valore del silenzio dell'organo competente ad esprimerlo*, in *Riv. not.*, 2006, IV, pp. 1065 e ss.

In linea con quanto sostenuto dalla dottrina, la Suprema Corte⁴³ ha escluso che al silenzio possa essere attribuito un significato univoco a meno che la parte abbia per legge, per contratto o in base ai principi generali di correttezza e buona fede, l'onere di formulare una determinata dichiarazione. Né di alcun pregio può ritenersi la circostanza che l'alienante avesse fissato un termine entro il quale avrebbe dovuto essere espresso il gradimento, non potendosi ricorrere in materia societaria al principio del silenzio assenso che in altri settori giuridici ha trovato un vasto ambito di applicazione.

6. I correttivi al gradimento nei trasferimenti *mortis causa*

Già in epoca anteriore all'intervenuta riforma dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. in dottrina si era avanzata la tesi in favore dell'assoggettività al gradimento pure dei trasferimenti *mortis causa*, purché fossero assicurati all'erede idonei meccanismi attraverso i quali l'erede (o il legatario) sgradito, se avesse voluto, avrebbe potuto realizzare il valore del titolo (cd. correttivi esterni⁴⁴).

Il nostro sistema successorio non configura un diritto soggettivo dell'erede a ricevere questo o quel bene determinato, ma stabilisce semplicemente che l'erede non possa essere pregiudicato, sotto il profilo quantitativo, nella sua quota di legittima. Rispettata quest'ultima nell'ammontare del suo valore all'erede non solo possono essere attribuiti *iure successionis* i più disparati beni dell'asse ereditario, ma può essergli anche più semplicemente corrisposto il relativo valore in denaro, non potendo considerarsi la sua posizione, in astratto, pregiudicata.

Su tali basi si era ritenuto che «l'unico rimedio agli inconvenienti di una clausola di gradimento pura e semplice» fosse «quello che, rifiutato il gradimento, all'erede [venisse] assicurata la possibilità di disfarsi del titolo senza esserne più obbligato.

⁴³ Cassazione, 30 settembre 2005, n. 19203, in *Riv. not.*, 2006, IV, pp. 1065 e ss.

⁴⁴ F. DENOZZA, *Sopravvivenza (ma entro quali limiti?) delle clausole di gradimento*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 10, il quale distingue “correttivi interni” (ove la clausola non sia di mero gradimento, ma indichi criteri ai quali è ancorata la concessione del *placeat*) e “correttivi esterni” (nel senso di meccanismi che garantiscano la pratica alienabilità della partecipazione sociale).

Libero cioè l'erede di conservare la titolarità dell'azione, pur non potendo acquistare la legittimazione all'esercizio dei diritti in essa incorporati, ma libero anche di alienarla essendo garantito, a fronte del rifiuto all'iscrizione nel libro soci del proposto acquirente, che un soggetto gradito dalla società [avrebbe provveduto] all'eventuale acquisto»⁴⁵.

Ulteriore interessante soluzione era proposta da quella parte della dottrina che suggeriva l'emissione di azioni di godimento in favore degli eredi e dei legatari, così da non privare questi ultimi delle eventuali plusvalenze del patrimonio sul capitale, come pure (purché si trattasse di società con azioni quotate in borsa) la conversione delle azioni ordinarie già del *de cuius* in azioni di risparmio⁴⁶.

La scelta del legislatore della riforma - come si illustrerà nel prosieguo - si è orientata nel senso di proporre non rimedi legali che intervengono a sanare gli effetti di un rifiuto di gradimento nel trasferimento a causa di morte, ma di consigliare tecniche al fine di assicurare efficacia, da un lato, ad una clausola di gradimento mero nella cessione *inter vivos* e, dall'altro, a qualsiasi pattuizione legata al gradimento nella trasmissione *mortis causa*: si tratta, in particolare, della previsione di un obbligo di acquisto a carico della società, di un corrispondente obbligo in capo agli altri soci e, infine, del riconoscimento del diritto di recesso dell'alienante.

Nelle prime due ipotesi indicate l'acquisto delle azioni da parte del soggetto identificato nella clausola non consegue automaticamente al mero rifiuto di gradimento, ma costituisce l'effetto di una successiva offerta di acquisto, specularmente analoga a quella che si avrebbe in presenza di una clausola di prelazione⁴⁷. A questo proposito si è ritenuto che, qualora la proposta d'acquisto

⁴⁵ G. DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, op. cit., pp. 268 e ss.

⁴⁶ G. RACUGNO, *Clausola di gradimento e circolazione mortis causa dei titoli azionari*, in *Giur. comm.*, 1976, II, pp. 784 e ss., che così intravede un modo per conciliare il preminente interesse della società al controllo del proprio substrato personale con il diritto degli aventi causa dell'azionista defunto di realizzare, nel caso di mancato gradimento, il valore del titolo.

⁴⁷ L'offerta di acquisto a norma dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. sarà rivolta al socio alienante, se il negozio traslativo sia sospensivamente condizionato al gradimento mentre sarà diretta al suo avente causa se il trasferimento sia già stata produttivo di effetti, benché non si sia perfezionato.

non sia stata formulata entro il termine previsto dallo statuto e, nel silenzio, entro un termine congruo *ex* articolo 1183 cod. civ., il rifiuto di gradimento debba ritenersi inefficace e l'acquirente sgradito possa essere iscritto nel libro dei soci⁴⁸, fermo il diritto del socio ad agire per ottenere il ristoro del pregiudizio subito a causa della mancata formulazione dell'offerta⁴⁹. Si tratta sostanzialmente di un'obbligazione di risultato assunta dalla società o dagli altri soci nel momento in cui si oppone il rifiuto di gradimento. Con la particolarità che, ove la clausola preveda una coincidenza fra colui che rifiuta il gradimento e colui che acquista (ipotesi al confine con la prelazione e l'opzione), al socio spetterà il diritto di esigere il corrispettivo delle azioni, essendo il loro trasferimento già perfetto in conseguenza dell'espressione del rifiuto di gradimento⁵⁰.

Sembra potersi ricondurre alle due tipologie innanzi menzionate anche la clausola di gradimento cosiddetta alla francese, ovvero che preveda un obbligo della società di procurare un altro acquirente (gradito): del resto, come recita un antico brocardo, "*pecunia non olet*" e, se l'interesse tutelato dalla nuova formulazione dell'articolo 2355 *bis* si identifica nel diritto del successore all'*exit*, questo trova comunque piena attuazione⁵¹.

⁴⁸ Il mancato reperimento dell'acquirente sostitutivo rende infatti illegittimo il rifiuto di gradimento e dà diritto all'iscrizione dell'acquirente originario nel libro soci. In questo senso, Cassazione, 25 ottobre 1982, n. 5567, cit.

⁴⁹ A titolo esemplificativo si può pensare all'ipotesi in cui l'iscrizione dell'acquirente sgradito non sia più possibile per effetto di una condizione o di un termine scaduti apposti alla proposta d'acquisto o al contratto. In tal caso il socio può ricorrere all'esecuzione in forma specifica *ex* articolo 2932 cod. civ. (se lo statuto individui chiaramente i soggetti che erano tenuti all'acquisto in caso di rifiuto di gradimento) nonché la strada del risarcimento danni per equivalente (L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 579).

⁵⁰ Ove sia previsto l'acquisto da parte della società, il meccanismo può funzionare automaticamente: la società rifiuta il gradimento e contemporaneamente si rende acquirente. In questo caso la differenza rispetto ad una clausola di prelazione a favore della società si annulla.

⁵¹ Per l'operatività di questo meccanismo alcuni richiamano in analogia quello del recesso: il collocamento delle azioni presso un terzo può infatti avere luogo anche in caso di recesso *ex* articolo 2437 *quater*, quarto comma, cod. civ. Argomentando da ciò, però diviene indispensabile provvedere propedeuticamente all'offerta ai soci, i quali vanterebbero un diritto di opzione. Parte

Particolare attenzione merita la terza opzione indicata dal legislatore: lo statuto può prevedere un diritto (statutario) dell'alienante⁵², da esercitarsi entro trenta giorni dalla conoscenza del rifiuto di gradimento, secondo il procedimento di cui agli articoli 2437 e ss. cod. civ., con preventiva offerta in opzione ai soci. A questo proposito si ritiene che possa essere comunque ammesso ad esercitare il diritto di recesso anche l'avente causa posto che «il recesso costituisce un *minus* rispetto alla possibilità di escluderlo dall'esercizio di qualunque diritto, come accade [...] in conseguenza del rifiuto di gradimento»⁵³.

Per il suo rinvio all'articolo 2437 *ter*, l'articolo 2355 *bis* cod. civ. non sembra consentire che lo statuto detti criteri diversi di determinazione della quota di liquidazione applicabili nel solo caso di rifiuto di gradimento. Se dunque i soci intendono intervenire sul valore di liquidazione del socio in caso di rifiuto di gradimento mero, essi possono soltanto modificare in via generale, come loro consentito dal comma quarto dell'articolo 2437 *ter* (e salvo il diritto di recesso che sorge dalla modifica ai sensi dell'articolo 2437, comma 1, lettera f), i criteri per la valutazione delle azioni in caso di recesso: dal mutamento di questi deriverà parallelamente la modifica dei criteri di liquidazione del socio in caso di rifiuto di gradimento.

Incidentalmente pare opportuno osservare che l'intervento del legislatore nella definizione dei parametri per la determinazione del valore dell'indennità di liquidazione ha permesso di arginare gli annosi dibattiti che in passato erano emersi al riguardo⁵⁴, sostanzialmente limitando lo spazio di manovra riservato all'autonomia privata solo nel senso che una clausola di gradimento mero che preveda un criterio di liquidazione più penalizzante per il socio che intende alienare

della dottrina obietta tuttavia l'eccessiva restrizione: se una clausola, nel consentire l'offerta delle azioni a terzi, nulla prevede circa il diritto dei soci di acquistarle, ciò sta a significare che costoro non hanno ritenuto meritevole di tutela tale loro (disponibile) interesse (L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 580).

⁵² Come già in precedenza evidenziato, la scelta del legislatore di riferirsi all'alienante si presta a ragionevoli critiche, con riguardo al trasferimento *mortis causa*.

⁵³ L. STANGHELLINI, *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, op. cit., p. 581 e ss.

⁵⁴ Sulle quali si veda ampiamente *infra* (pp. 253 e ss.).

sembra legittima solo se la sua efficacia sia circoscritta ad una massimo di cinque anni: ciò in quanto sarebbe comunque un *minus* rispetto ad una clausola di divieto di alienazione, che appunto entro tale limite temporale è esplicitamente ammessa.

Quanto sinora considerato si riferisce alla sola società per azioni, posto che nella società a responsabilità limitata, invece, le clausole di mero gradimento sono pienamente valide ed efficaci, attribuendo il legislatore ai soci il diritto di recedere dalla società per la semplice presenza nell'atto costitutivo di una simile clausola. Di conseguenza, in tali casi, deve ritenersi che i soci non possano recedere in presenza di clausole di gradimento secondo le quali l'eventuale diniego al trasferimento della partecipazione a favore di un determinato soggetto debba essere accompagnato dall'indicazione di un altro socio o di un terzo disponibili ad acquistare, entro un termine prestabilito, alle stesse condizioni e al medesimo prezzo concordati dal socio con il potenziale acquirente rifiutato.

Nella direzione innanzi indicata si è mossa anche la giurisprudenza tedesca, la quale ha statuito il principio per cui ove il gradimento sia stato validamente rifiutato, è certamente necessario che il prezzo della vendita proposta in sostituzione sia adeguato, addirittura la società essendo tenuta a gradire se stessa, se non può fornire all'azionista la possibilità di vendere, a congrue condizioni, ad altri acquirenti che ricevano il suo *placet*⁵⁵. In questo modo la clausola di gradimento finisce con

⁵⁵ Una nota pronuncia del *Bundesgericht*, 1 dicembre 1986, in *Z.I.P.*, 1987, pp. 291 e ss. e in *Aktiengesetz*, 1987, p. 155 e ss., si è occupata del caso in cui lo statuto di una società per azioni prevedeva che le partecipazioni potessero essere trasferite soltanto con il gradimento dell'assemblea generale. Il successore di un'azionista aveva ricevuto l'offerta di un soggetto terzo, estraneo alla compagine sociale, per un prezzo molto più vantaggioso di quello offerto dagli azionisti della società, che, anzi, era stato aumentato a seguito dell'iniziale rifiuto alla concessione del *placet* nei confronti del potenziale acquirente. In riforma alla sentenza di primo grado, la Corte d'Appello aveva riconosciuto il diritto al gradimento e l'obbligo correlativo e conseguente in capo alla società. La Suprema Corte, pur evidenziando che il gradimento era volto in via prioritaria a favorire l'interesse societario, precisava che "*für eine Versagung der Zustimmung sprach ohne weiteres das Interesse, der Aktiengesellschaft den Charakter einer Familiengesellschaft zu erhalten. Auf der anderen Seite hat das zur Entscheidung berufene Organ bei seiner Ermessensausübung zu berücksichtigen, dass die Vinkulierung nicht zu einer grundsätzlichen Unveräußerlichkeit der Aktien auf unabsehbare Zeit führen darf, dass niemand auf Dauer in einer Aktiengesellschaft festgehalten werden kann*" («per il rifiuto di gradimento rileva senz'altro l'interesse di

l'atteggiarsi come una clausola di riscatto, posto che „*das Aktienrecht bitte allerdings auch die Möglichkeit, die Einziehung von Aktien in der Satzung zu regeln*” ex § 237 AktG.⁵⁶

Per tali clausole, tuttavia, sono stati prospettati dubbi di legittimità, sia in relazione al principio della *Gleichbehandlung*, sia in ragione del carattere capitalistico delle AG⁵⁷,

conservare il carattere familiare della società. Dall'altro lato l'organo nominato per la decisione considera nell'espressione del suo giudizio che il vincolo non può condurre ad una fondamentale intrasmissibilità della partecipazione sociale senza limiti di tempo, poiché nessuno può essere costretto a rimanere in una AG»), concludendo che „dieser Gesichtspunkt erhält zusätzlich Gewicht, wenn der Aktionär verschuldet und auf Sozialhilfe angewiesen ist, weil er den einzigen Aktivposten seines Vermögens mangels Zustimmung nicht zu Geld machen kann [...]. In einem solchen Falle kann die Hauptversammlung gehalten sein, der Verfügung über die Aktien zugunsten Dritter zuzustimmen, wenn sie dem Aktionär keinen anderweitigen Verkauf zu angemessenen Bedingungen an ihr genehme Nachfolger ermöglicht“ («questa ricostruzione ha peso aggiuntivo, quando il socio si indebita e dipende da un aiuto sociale, perché le poste attive del suo patrimonio in difetto di gradimento non possono essere fruttifere. [...] In qualche caso l'assemblea generale può decidere di autorizzare la cessione delle azioni in favore di un terzo, quando non sia possibile per l'azionista nessun'altra vendita ad adeguate condizioni ad un suo successore gradito»).

⁵⁶ Cfr. M. LUTTER, *Kölner Kommentar z. AktG.*, cit., sub § 237, p. 790.

⁵⁷ In tal senso M. LUTTER, *ibidem*. Contra L. MICHALSKI, *Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen, Ein Betrag zur Unternehmensnachfolge in der Familiengesellschaft*, Heidelberg-Hamburg, 1980, 238 ss., il quale sottolinea la differenza della AG con la KG e la GmbH sotto tale profilo, ricorda che, per evitare l'ingresso di estranei nella società, può ritenersi ammissibile la *Zwangseinziehung* delle azioni (§ 237 AktG.), per quanto il trasferimento delle stesse abbisogni comunque della *Zustimmung* della società, nel caso in cui dette partecipazioni giungano in via successoria ad estranei. Da ricordare a questo proposito la decisione del *Reichsgericht* 17 febbraio 1928, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 120 Band, Berlin-Leipzig, 1928, n. 41, p. 177 ss., ove la Corte aveva ritenuto legittimo il riscatto mediante sorteggio finalizzato non alla riduzione del capitale sociale, bensì all'attribuzione ad un terzo delle azioni (nella fattispecie, lo Stato di Amburgo), a seguito del quale si produceva quindi l'effetto di far perdere al socio la sua qualità («*mit der Wirkung dass der Aktionär das Recht aus der Aktie verliert*»). Diverse furono le critiche sollevate nei confronti della decisione, in particolar modo perché ritenuta lesiva dei principi sanciti dal § 23, Abs. 4, nonché dai §§ 54 e 55 AktG. (H. WÜRDINGER, *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen. Eine systematische Darstellung*, 4 Aufl., Heidelberg-Karlsruhe, 1981, sub § 42, V, p. 206), posto che la *Zwangseinziehung* è finalizzata dalla legge all'annullamento (*Vernichtung*) della partecipazione e non anche al trasferimento (*Übertragung*) della medesima ad un terzo e che seguendo quest'orientamento si imporrebbero obblighi ulteriori all'azionista rispetto a quelli previsti dalla legge.

anche se non pare di certo ravvisarsi violazione della *Gleichbehandlung* ove insita nella clausola statutaria stessa può considerarsi l'alea della premorienza che grava in capo a ciascun socio. Peraltro, secondo l'orientamento della dottrina innanzi richiamata, il principio della *Gleichbehandlung* può essere derogato in concrete e singole situazioni, come emerge dalla stessa previsione del § 237 con riferimento al carattere "*der reinen Kapitalgesellschaft*".

7. L'operatività della clausola di gradimento in presenza di una pluralità di successibili

Merita in questa sede un accenno la problematica della pluralità di successibili nella posizione sociale precedentemente riconducibile al *de cuius*. Sulla questione si avrà modo di soffermarsi particolarmente nel capitolo seguente, in quanto più propriamente concernente le clausole che, anziché escludere o limitare l'ingresso in società dei successibili dell'ereditando, producono l'effetto opposto, determinando o, comunque, favorendo il trasferimento della partecipazione sociale nei loro confronti.

In ogni caso, si ricorda che a questo proposito è stato osservato che «nell'ipotesi di acquisto in comproprietà, il rifiuto del gradimento per alcuni comunisti non incide sulla realizzazione del principio di indivisibilità delle azioni, che governa le sorti della titolarità. Questa però si trasferisce in ogni caso a tutti i comproprietari, laddove legittimati saranno unicamente gli acquirenti graditi, i quali, attraverso il rappresentante comune se più d'uno, non avranno il dovere di rispettare la volontà di coloro che siano risultati sgraditi alla società»⁵⁸.

Scinde i due aspetti dell'acquisto della titolarità della partecipazione e della legittimazione presso la società, cui si riconnette l'esercizio dei diritti sociali attraverso un rappresentante comune, anche la dottrina tedesca, la quale afferma che "*auch die Erbengemeinschaft als Ganzes kann bei Namensaktien die Anmeldung bei der*

⁵⁸ D.U. SANTOSUOSSO, *Il principio di libera trasferibilità delle azioni. Eccesso di potere nelle modifiche della circolazione*, Milano, 1993, p. 253.

*Gesellschaft vornehmen und sich in das Aktienbuch eintragen lassen. Allerdings kann sie ihre Rechte nur ausüben, wenn ein gemeinsamer Vertreter bestellt wird*⁵⁹.

⁵⁹ «Anche la comunione ereditaria come tutti può presentare per le azioni nominative istanza di registrazione alla società e iscriversi nel libro soci. Però può esercitare i suoi diritti solo quando sia stato nominato un rappresentante comune» (W. GRIEGER, *Die Unternehmensnachfolge*, in *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, Köln, 2010, p. 753).

CAPITOLO VIII

CLAUSOLE DI CONTINUAZIONE FACOLTATIVA A FAVORE DEI SUCCESSIBILI DEL SOCIO

1. Le clausole di continuazione in generale

Partendo dal presupposto che uno dei tratti maggiormente significativi che contraddistingue la disciplina delle società di capitali (rispetto alle società di persone) è la libera trasmissibilità della partecipazione sociale in seguito alla morte del socio titolare della stessa, occorre a questo punto considerare la valenza delle clausole che, diversamente da quelle riconducibili alle tipologie sinora esaminate, ripropongono il fenomeno di trasferimento già previsto *ex lege* per il caso di morte del socio, eventualmente imprimendogli una particolare direzione. Dette pattuizioni sono comunemente note come “clausole di continuazione”, proprio perché scopo perseguito dalle stesse è quello di assicurare il rapporto sociale con i successori del *de cuius*, nel rispetto delle modalità, termini e limiti in esse indicati.

Di tali clausole in dottrina è tradizionalmente proposta una tripartizione, ormai accolta anche dalla giurisprudenza, che distingue, a seconda della preponderanza dell'interesse sottostante (quello dei membri della compagine sociale alla salvaguardia dell'integrità della stessa e quello della libertà dei successori del socio defunto di valutare l'ingresso nella medesima) tra clausole di continuazione facoltativa, obbligatoria nonché automatica (definite, queste ultime, anche clausole di successione)¹.

Rientrano nella prima specie tutte quelle clausole che si caratterizzano per la circostanza di conferire espressamente ai successori del *de cuius* la facoltà di profittare della clausola predisposta a loro favore, optando per l'ingresso nella

¹ G. AULETTA, *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, pp. 891 e ss. L'articolo è riportato anche in *Scritti giuridici in onore di Antonino Scialoja*, II, Bologna, 1953, p. 63.

società, ovvero di non avvalersene e perciò di pretendere la liquidazione della partecipazione sociale.

Diversamente l'obbligatorietà che caratterizza la clausola di continuazione obbligatoria elimina la discrezionalità di tale scelta, imponendo ai soci superstiti di continuare la società con i successori del socio defunto e, corrispondentemente, ai successori l'obbligo di partecipare alla società.

Da ultimo, la clausola di successione prevede che il successore del *de cuius* assuma *ipso iure* la qualità di socio, senza alcuna necessità di esplicita adesione, ma per il solo fatto di aver accettato l'eredità del defunto ovvero, secondo alcuni, addirittura automaticamente all'atto dell'apertura della successione².

La diversa struttura delle tre tipologie di clausole menzionate induce a trattarne separatamente le problematiche, iniziando da quella che, invero, pare aver sollevato meno perplessità; preme, tuttavia, precisare che le riflessioni condotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si sono interessate della materia sono state svolte soprattutto con riguardo alle clausole attinenti società di persone, che sostanzialmente riproducono il meccanismo legale di cui al disposto dell'articolo 2284, ultima parte, cod. civ. (“in caso di morte di uno dei soci, gli altri devono liquidare la quota agli eredi [...] ovvero continuarla [la società] con gli eredi stessi e questi vi acconsentano”)³.

² In quest'ultimo senso L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2008, p. 372.

³ In Francia, ove ex articolo 1865 *Code Civil* vige il principio della dissoluzione della società a seguito della morte di un associato, è ammessa la stipulazione di convenzioni che dispongano la continuazione del rapporto societario con gli eredi o con i soli soci superstiti secondo il disposto dell'articolo 1868 *Code Civil*. V'è da dire, però, che l'orientamento della giurisprudenza e della dottrina francese in passato aveva assunto posizioni oscillanti: dapprima dichiarate valide, queste clausole vennero in seguito ritenute nulle, in quanto ritenute in violazione al divieto dei patti successori. Le più recenti decisioni ne hanno tuttavia di nuovo affermato la validità, sostenendo che l'articolo 1868 *Code Civil* costituisce un'eccezione al summenzionato divieto.

2. La clausola di continuazione facoltativa: individuazione della tipologia

Se sotteso alle clausole di opzione e di gradimento già *supra* esaminate poteva considerarsi l'interesse preponderante dei soci superstiti⁴, convenendosi che gli stessi potessero valutare - indirettamente (attraverso l'esercizio del diritto potestativo riconosciuto a loro favore, traducendosi questo nell'esclusione dei successibili del *de cuius* dall'ingresso nella società) ovvero direttamente (mediante un giudizio appunto di gradimento) - la vicenda successoria della partecipazione sociale, nelle clausole ora in parola la continuazione si atteggia come disposta nel solo interesse del successore del *de cuius*, «convenendosi che la stessa avvenga solo se, al momento della morte, l'erede la ritenga conforme al proprio interesse»⁵. In forza della clausola in parola, infatti, i soci superstiti sono tenuti ad attenersi alle determinazioni dei successori del *de cuius* in ordine all'ingresso nella compagine sociale in sostituzione dell'ereditando, piuttosto che alla liquidazione della partecipazione sociale di loro spettanza.

Secondo l'orientamento della dottrina già innanzi richiamata, l'intento pratico ora illustrato, ovvero quello di dare al successore del socio defunto la scelta tra la prosecuzione e l'estinzione del rapporto sociale nei suoi confronti, potrebbe astrattamente essere raggiunto mediante due mezzi tecnici: da un lato, convenendo che, avvenuta alla morte del socio la trasmissione del rapporto sociale - secondo il regime legale, peraltro, vigente nelle società di capitali - in favore del successore del *de cuius*, quest'ultimo si veda riconosciuto il diritto di recesso da esercitarsi entro un determinato termine; dall'altro, pattuendo che, alla morte del socio, al successore di questi sia concesso, alternativamente, il diritto potestativo di entrare in società

⁴ Si è volutamente escluso il riferimento alle clausole di consolidazione *supra* esaminate (capitolo IV), espressione della preponderante tutela dell'interesse dei soci, per cui ogni valutazione al riguardo deve intendersi già condotta *a priori* all'atto dell'inserimento della clausola nel contratto sociale.

⁵ G. AULETTA, *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, op. cit., p. 894.

ovvero di optare per lo scioglimento parziale del rapporto sociale, chiedendo, quindi, la liquidazione della quota⁶.

La stessa corrente di pensiero, muovendosi nel campo delle società personali, osserva che, qualora le parti non abbiano individuato nella clausola con sufficiente precisione quale dei summenzionati strumenti giuridici adottare per raggiungere lo scopo concretamente perseguito, debba darsi preferenza all'attribuzione al successore del socio defunto del diritto potestativo di entrare in società ovvero di chiedere la liquidazione della partecipazione sociale. Le ragioni che giustificano siffatto orientamento si identificano nella circostanza che l'esercizio del diritto di recesso «non impedisce che l'erede diventi, se anche per un brevissimo periodo, socio della società, con tutte le relative conseguenze; mediante il diritto di recesso, quindi, non si garantisce all'erede di non entrare in società, se egli così vuole, ma solo di poterne uscire»⁷.

Ad avviso della scrivente, il ragionamento ora illustrato, pienamente condivisibile nell'ambito della disciplina delle società di persone, va condotto in via simmetrica con riferimento alle società di capitali; l'esercizio del diritto di recesso convenzionalmente riconosciuto diviene, pertanto, la regola rispetto alla fattispecie eccezionale di una clausola che attribuisce al successore la facoltà di scegliere tra ingresso nella società e, ancora una volta, liquidazione, la quale non sarebbe altro se non la conseguenza dell'esercizio di un diritto di recesso.

Ciò a maggior ragione considerando che, a seguito della riforma del diritto societario, l'autonomia statutaria non sembra incontrare limiti nell'introdurre ulteriori cause di recesso rispetto a quelle *ex lege* previste⁸, potendo spingersi sino a prevedere il recesso *ad nutum*⁹. Detta esigenza era stata rilevata, precedentemente

⁶ G. AULETTA, *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, op. cit., pp. 894-895.

⁷ G. AULETTA, *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, op. cit., p. 895.

⁸ Cfr. primo capitolo, nota 14.

⁹ ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di G. OLIVIERI, G. PRESTI, F. VELLA, Bologna, 2006, p. 239; S. CARMIGNANI, *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI e V.

alla riforma del diritto societario, dalla giurisprudenza, che evidenziava che «in regime di trasferibilità *mortis causa* della quota, il diritto riconosciuto statutariamente all'erede di chiederne la liquidazione si risolve nella previsione statutaria di un diritto di recesso *mortis causa* che l'erede eserciterebbe *pro socio*¹⁰ e, pertanto, «trattandosi di ipotesi di recesso non contemplata dall'articolo 2437, essa risulterebbe conforme a legge solo se fosse legittimo l'ampliamento per statuto della norma in esame».

Diversamente, qualora la clausola possa ritenersi espressamente costruita sulla base dello schema alternativo innanzi delineato, occorre interrogarsi su quale sia la natura giuridica da riconoscersi alla medesima, posto che finalità della stessa è di imprimere una certa direzione al fenomeno successorio nel suo complesso.

3. La struttura della clausola di continuazione facoltativa

Seguendo il ragionamento già svolto in altre parti della presente trattazione, merita prestare attenzione alle considerazioni svolte da quella dottrina alla quale si deve il merito di aver precisato la distinzione tra pattuizioni di trasmissibilità e intrasmissibilità, da un lato, e convenzioni oggettivamente e soggettivamente complesse, dall'altro. La constatazione che la clausola di continuazione, come innanzi evidenziato, incide sulle regole volte a consentire la trasmissione del rapporto sociale, senza che vi sia (tendenzialmente) modificazione della cerchia dei successori del *de cuius*, induce a ricondurre le clausole di cui si discute nell'alveo

SANTORO, *Commento sub articoli 2437 cod. civ. e 223 terdecies att. trans.*, Bologna, 2004, p. 882. *Contra* D. GALLETTI, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, p. 1524 e incerta M. CALLEGARI, *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, p. 1407.

¹⁰ Tribunale Napoli, 21 ottobre 1983, in *Le società*, 1984, VI, pp. 677 e ss., secondo cui «è illegittimo, e non può ordinarsene l'iscrizione nel registro delle imprese, l'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata, nello statuto della quale siano contraddittoriamente previsti la trasferibilità per causa di morte delle quote sociali e il potere degli eredi di chiedere la liquidazione delle quote stesse».

delle convenzioni di trasmissibilità oggettivamente complesse¹¹. Con ciò si intendono «gli accordi, che mirano ad introdurre nel regolamento convenzionale soluzioni più ricche nei contenuti, ad esempio ammettendo bensì la trasmissione del rapporto, ma soltanto in presenza di determinati presupposti, oppure soltanto a seguito della richiesta espressa in tal senso da una delle parti»¹².

Lo scopo delle clausole di continuazione facoltativa, in particolare, è quello di convenire che la trasmissione in capo ai successori del socio defunto sia subordinata ad un'adesione da parte di questi ultimi. Occorre quindi interrogarsi su quali siano le modalità con cui detta adesione possa essere espressa e come tale atto compiuto dai successori del *de cuius* si inserisca nel complessivo meccanismo operativo della clausola in esame.

Astrattamente, infatti, siffatta adesione potrebbe essere modellata, alternativamente, nelle forme di un diritto potestativo o di credito nei confronti della parte sopravvissuta, a seconda che sia necessario che quest'ultima, rispettivamente, presti o meno, a propria volta, una dichiarazione di assenso.

Nella prima direzione si sono mosse quella dottrina e giurisprudenza che hanno avanzato una ricostruzione della clausola in termini di proposta irrevocabile diretta ai successori del socio premoriente, i quali, al momento della morte del *de cuius*, si troverebbero nella condizione di poterla accettare o meno, per cui il fenomeno finirebbe con il rivestire i caratteri di una vera e propria opzione¹³, dovendosi

¹¹ Cfr. F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, pp. 162 e ss.; cfr. terzo capitolo, nota 48.

¹² F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, op. cit., p. 139.

¹³ In questo senso Appello Milano, 7 maggio 1974, in *Dir. fall.*, 1974, II, pp. 674 e ss., ove si legge che «nell'ipotesi di *clausola di continuazione facoltativa* di società personale da parte degli eredi del socio defunto, *non gli eredi sono vincolati dalla stipulazione del loro autore, bensì i soci superstiti tenuti a rispettare quanto preventivamente consentito senza contropartita*. In virtù di tale clausola passano al chiamato tutti i diritti connessi alle quote sociali cadute in successione, per diritto ereditario e senza bisogno di speciale dichiarazione a seguito dell'accettazione dell'eredità». La clausola oggetto della menzionata decisione, contenuta nello statuto della s.a.s. "La Vinicola Broni" così recitava: "in caso di morte di un socio la società continua con gli eredi del socio defunto, i quali devono farsi rappresentare da

riconoscere di conseguenza a favore dei successori un diritto potestativo al quale fa riscontro una posizione di soggezione e non di obbligo del concedente¹⁴.

Non sono mancate le critiche ad una tale impostazione, fondate soprattutto sull'assunto che i successibili del *de cuius* restano estranei ai patti sociali, siano essi conclusi nella forma del contratto sociale o del patto parasociale¹⁵.

Ancora una volta è opportuno osservare, però, che non è possibile dare *a priori* una qualificazione giuridica della fattispecie in esame che trascenda dall'accertamento della volontà delle parti, essendo quindi la scelta tra le due qualificazioni possibili (diritto potestativo e diritto di credito) rimessa ad un'analisi del caso concreto.

Vero è che, come rilevato da parte della dottrina, «le situazioni giuridiche che si producono in capo alle parti sono di diversa natura: prevalentemente di tipo potestativo, in quanto al singolo associato è attribuita una legittimazione a incidere - tramite procedure diverse che variano a seconda del tipo di contratto associativo - sull'attività comune, i cui risultati si riflettono solo in via mediata attraverso il filtro costituito dal soggetto giuridico prodotto dal contratto associativo»¹⁶.

In risposta a detti rilievi, altra parte della dottrina ha proposto il richiamo alla figura del contratto a favore di terzo, giusta la struttura negoziale della clausola, che

una sola persona". Cfr. G. FERRI, *Commento sub art. 2284 in Delle società (art. 2247-2324)*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1981, p. 310 nota 2.

¹⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, pp. 197 e ss., 263 s.; F. MESSINEO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1972, pp. 480 e ss.

¹⁵ F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, pp. 1411 e ss. e 1444, nt. 95. Critico anche G. IUDICA, *Clausole di continuazione della società con gli eredi dell'accomandatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, p. 223, il quale rileva che «accogliendo questa tendenza, bisognerebbe credere che, in presenza di clausola facoltativa, la morte del socio produrrebbe la conseguenza di far acquistare all'erede la qualità sociale, senza e magari contro la sua volontà (ancorché sia salva per l'erede la possibilità di paralizzare in seguito questo effetto, pretendendo la liquidazione della quota). [...] pare, invece, che in presenza di clausola facoltativa (facoltativa per l'erede, non per i soci) l'erede acquisti, con l'eredità, un diritto potestativo, un potere di scegliere, un potere che in un senso o nell'altro va esercitato».

¹⁶ L. FARENZA, *Spunti ricostruttivi in tema di prelazione convenzionale societaria*, in *Riv. dir. comm.*, II, p. 271.

interessa tre parti distinte, ovvero i soci superstiti, il socio premorto e i successibili di quest'ultimo¹⁷, dove la qualità di *promittens* verrebbe ad essere rivestita dalla parte superstite, quella di *stipulans* dal futuro *de cuius* e quella di beneficiario dai successori del defunto. Sulla scorta di tale ultima ricostruzione si è precisato che è «facile il passo verso la qualificazione come contratto a favore di terzo, sottoposto a termine e relativo ad una cessione di contratto»¹⁸.

Seguendo l'insegnamento della dottrina tedesca si sono, quindi, ritenute le clausole di continuazione pienamente aderenti allo schema del *Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall*¹⁹, disciplinato dai §§ 328 e ss. BGB²⁰, che dettano la disciplina per l'ipotesi

¹⁷ In tal senso anche G. PFNISTER, *Le clausole degli statuti di società di persone in tema di morte del socio*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1428, il quale aggiunge il rilievo che «il patto d'opzione vincola solo il proponente, mentre la clausola di continuazione importa un vincolo reciproco tra i soci».

¹⁸ F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, op. cit., p. 163.

¹⁹ A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale. Le forme alternative al testamento: modelli stranieri, elaborazione dottrinale, esperienze pratiche*, Napoli, 1983, p. 191; M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 503, che la preferisce alla costruzione, pure ipotizzabile, fondata sulla figura dell'opzione.

²⁰ In particolare, il § 328 BGB prevede che „Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragsschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern“ («Mediante contratto, una prestazione può essere rivolta ad un terzo, con l'effetto che il terzo acquista direttamente il diritto ad esigere la prestazione. In mancanza di una disposizione speciale, deve desumersi dalle circostanze, in particolare dallo scopo del contratto, se il terzo debba acquistare il diritto, se il diritto del terzo sorge subito o solo dietro determinati presupposti e se alle parti contraenti debba essere riservata la facoltà di revocare o di modificare il diritto del terzo senza la sua approvazione») e il § 331 prevede che „Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers. Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, so kann das Versprechen, an den Dritten zu leisten, nur dann noch aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugnis dazu vorbehalten worden ist“ («Se la prestazione a favore del terzo deve essere eseguita dopo la morte di colui a cui è promessa, nel dubbio il terzo acquista il diritto alla prestazione con la morte del promissario. Se il promissario muore prima della nascita del terzo, la promessa di prestare a favore del terzo può essere revocata o modificata solo quando è stata fatta riserva di tale facoltà»).

di prestazione in favore del beneficiario per il tempo in cui si verificherà la morte dello *stipulans*.

Non sono mancate le adesioni a quest'ultima impostazione da parte della giurisprudenza, tant'è che si è statuito che «la clausola dell'atto costitutivo di una società di persone, la quale preveda la trasmissibilità della quota all'erede o agli eredi del socio premorto, ha l'indole del contratto a favore dei terzi»²¹, atteso che «si configura tecnicamente come contratto a favore di terzo il patto con cui i soci riconoscono e stabiliscono la trasmissibilità per la causa di morte della quota di partecipazione di quel socio (o di quei soci) che premoriranno»²².

La ricostruzione in termini di contratto a favore di terzo non ha mancato, tuttavia, di suscitare alcune perplessità.

4. Alcune note sul contratto a favore di terzi

Entrando nello specifico dell'esame della clausola di continuazione facoltativa alla luce della struttura del contratto a favore di terzi, occorre in primo luogo interrogarsi su quale sia precisamente l'oggetto della pattuizione.

Ben note sono le teorie che escludono la configurabilità di un contratto a favore di terzo ove il diritto del terzo sorga per legge, così come quelle che vagliano la tipologia di effetti che un contratto a favore di terzo possa produrre, distinguendo il

²¹ Tribunale Milano, 17 giugno 1974, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 381 con nota critica di M.V. DE GIORGI, *Morte del socio e clausole di continuazione con gli eredi*; confermata da Appello Milano, 30 aprile 1976, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, p. 608. L'art. 8 del contratto sociale della Leuenberger s.n.c. di Werner, Ernesto e Alfredo Leuenberger così prevedeva: «in caso di morte di uno dei soci, gli eredi avranno il diritto di continuare la società, delegando all'uopo la persona che li rappresenti. In caso di mancato esercizio di tale diritto entro i sei mesi dal decesso, gli altri soci potranno continuare in proprio l'attività sociale, estromettendone gli eredi del *de cuius* col pagamento della quota sociale, determinata in base al valore venale di comune commercio alla data del decesso. Tale corrispettivo potrà essere versato con rateazione biennale, e con la corresponsione dell'interesse del 6 % a favore degli eredi cedenti».

²² Tribunale Milano, 17 giugno 1974, cit.

caso in cui vi sia un'efficacia obbligatoria oppure reale o ancora il riconoscimento di un diritto potestativo.

Giova qui ricordare che, mentre la giurisprudenza si è mostrata incline ad ammettere un contratto a favore di terzo in cui la "prestazione" di cui si fa menzione all'articolo 1411 cod. civ. si sostanzia nella costituzione o nel trasferimento di un diritto di natura reale²³, non poche perplessità sono state avanzate in dottrina a tale proposito. V'è, infatti, chi esclude *in nuce* che ciò possa avere un qualche riconoscimento giuridico²⁴, chi sostiene che non vi sia alcuna difficoltà nell'attribuire al contratto a favore di terzo anche effetti di natura reale²⁵, e chi, infine, ritiene utilizzabile lo schema ora menzionato, solo in quanto si tratti di attribuzioni traslative o costitutive di diritti reali che non comportino alcun onere o obbligo a carico del terzo medesimo (*i.e.* oneri di custodia, gestione, tributari), diversamente rendendosi necessaria l'accettazione del terzo²⁶.

Recentemente la Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi anche sulla possibilità che la prestazione di cui all'articolo 1411 cod. civ. possa identificarsi con il riconoscimento al terzo di un diritto potestativo, «giacché non può dubitarsi in alcun modo che, così come accade ai diritti di obbligazione, anche l'acquisto di un diritto potestativo di per sé si risolva in un beneficio netto rispetto al destinatario

²³ Cassazione, 11 maggio 2000, n. 6030, in *Studium Juris*, 2001, pp. 215 e ss.; Cassazione, 1 settembre 1994, n. 7622, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, pp. 1122 e ss.; Cassazione 14 novembre 1986, n. 6688, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, XI, secondo cui «nel contratto a favore di terzo (per la cui validità si richiede un interesse dello stipulante, ancorché di qualsiasi natura e quindi anche solo morale) non sussistono limiti in ordine alla qualità ed al contenuto della prestazione da rendersi al terzo, la quale può consistere in un *dare*, in un *facere*, in un non *facere*, presente o futuro, od anche nella costituzione di un diritto reale».

²⁴ U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 129 e ss.

²⁵ L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Commentario del codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1997, p. 119 e ss.

²⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, p. 580.

della stipulazione a favore di terzi»²⁷. La giurisprudenza di legittimità è giunta così finanche ad ammettere la figura del “patto di opzione a favore di terzo”²⁸.

Volendo accogliere la prospettiva per cui i soci superstiti si trovano in una posizione di soggezione rispetto ai successori del *de cuius*, nel senso che «questa pattuizione appare predisposta “a favore esclusivo degli eredi del socio defunto e contro i soci superstiti, anziché a favore di entrambi”²⁹, dal momento che questa clausola riserva ai soci solo una soggezione alla scelta degli eredi»³⁰, occorre però mettere in luce quale sia concretamente la posizione del beneficiario.

A ben vedere, infatti, la peculiarità delle società di capitali rispetto a quelle personali, sulle quali - come si diceva - ha avuto modo di approfondirsi il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, induce a ritenere che a favore del successore del *de*

²⁷ S. DELLE MONACHE, *Sulla figura del patto di opzione a favore di terzi*, in *Riv. Notariato*, 2005, IV, p. 765 e ss.

²⁸ Cassazione, 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1464 e ss., secondo cui «in materia contrattuale, in considerazione del carattere generale del riconoscimento che la norma dell'articolo 1411 cod. civ. ha dato del contratto a favore di terzo, la prestazione a vantaggio del terzo può essere riferita alle varie situazioni consistenti in un dare, fare o non fare, sicché, per la diversità di contenuto che può assumere l'obbligazione del promittente nei confronti dello stipulante ed a favore del terzo, sino a consentire a quest'ultimo anche l'acquisto di un diritto reale, deve considerarsi ammissibile il contratto preliminare di compravendita a favore di terzo, trattandosi di una particolare forma di fare che si realizza con la prestazione del consenso alla stipulazione del futuro negozio traslativo della proprietà; nonché, e “a fortiori”, il contratto di opzione a favore di terzo, nel caso in cui il soggetto promittente, piuttosto che obbligarsi soltanto (nella forma del contratto preliminare bilaterale o unilaterale) con l'altro stipulante a prestare il suo consenso alla definitiva vendita di un suo bene a favore di un terzo, resti già vincolato, per effetto del negozio bilaterale di opzione, alla propria dichiarazione di irrevocabile proposta contrattuale, sicché al terzo beneficiario, libero o meno di accettarla, basta la semplice accettazione perché a suo favore si producano gli effetti del contratto, per la conclusione del quale l'opzione è stata accordata». Inoltre, in motivazione si legge che “poiché il diritto d'opzione costituiva l'oggetto della stipulazione a suo favore ai sensi dell'articolo 1411, primo comma, cod. civ., non è esatto l'altro rilievo del ricorrente, secondo cui il terzo avrebbe dovuto essere parte del contratto intercorso tra lui ed il genitore, posto che la validità e l'efficacia del patto di opzione richiedevano l'accordo dei soli stipulanti».

²⁹ Appello Milano, 7 maggio 1974, cit.

³⁰ G. IUDICA, *Clausole di continuazione della società con gli eredi dell'accomandatario*, op. cit., p. 223.

cuius si crei una posizione caratterizzata dall'alternatività tra l'ingresso in società, che però non riproduce altro che quanto *ex lege* già previsto, e la richiesta della liquidazione della partecipazione sociale di cui si discute, quale effetto di un diritto di recesso dalla società.

Pertanto ci si troverebbe propriamente dinanzi ad un contratto a favore di terzo con obbligazione alternativa in capo al *promittens*, la scelta della cui prestazione compete al terzo beneficiario del contratto³¹. Seguendo l'orientamento maggioritario della dottrina, infatti, l'obbligazione alternativa deve ritenersi non composta di distinte obbligazioni, bensì unica; sono invece le prestazioni dedotte in obbligazione ad essere plurime (due o più di due), secondo il noto brocardo per cui “*duae (vel plures) res sunt in obligatione, una autem in solutione*”, ove «la pluralità dell'oggetto è data da ciò, che tutte le prestazioni sono dovute fin dalla costituzione del rapporto obbligatorio e fino al momento della concentrazione, cioè fino al momento in cui sia esercitato il potere di scelta dell'una o dell'altra»³².

Nel caso di specie, quindi, i soci superstiti sarebbero tenuti, alternativamente, ad un *dare* (liquidare la partecipazione sociale a fronte della decisione del successore del *de cuius* di non proseguire nel rapporto sociale) ovvero ad un *facere* (secondo alcuni, ad un *dare* il consenso), che si traduce nel consentire la prosecuzione dell'erede nel contratto sociale³³.

³¹ Con riferimento alle società di persone e alla previsione di cui all'articolo 2284 cod. civ. sulla continuazione della società con gli eredi G. FERRI, *Le società*, op. cit., p. 307, parla di obbligazione alternativa, con facoltà degli eredi di rivolgersi al giudice per la fissazione del termine entro il quale deve avvenire la concentrazione, mentre FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 1962, p. 254, conclude per l'esistenza di un'obbligazione con facoltà alternativa.

³² C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 124.

³³ Incidentalmente si osserva che non pare assolutamente condivisibile quanto affermato da F. ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 2004, p. 198, secondo il quale «quand'anche si volesse qualificare il contratto a favore di terzi come contratto con obbligazione alternativa, tale qualificazione non sarebbe assolutamente idonea ad individuare la disciplina applicabile al contratto a favore di terzi che attribuisca al terzo un diritto reale o un'altra situazione giuridica soggettiva diversa dai diritti di

Vale la pena, a questo punto, dar conto di un ulteriore profilo di criticità da alcuni rilevato, concernente la conciliabilità della situazione soggettiva attribuita al beneficiario, nella specie mediante il riconoscimento del diritto di ingresso nella società, con il principio per cui nella dinamica del contratto a favore di terzo andrebbe esclusa l'assunzione di obbligazioni da parte di quest'ultimo³⁴. A questo riguardo, parte della dottrina ha avuto modo di evidenziare, a maggior ragione sulla scorta del riconoscimento da parte della giurisprudenza di legittimità dell'ammissibilità di un patto di opzione a favore di terzo, che il beneficiario «acquista un diritto, cui non corrispondono obblighi in rapporto sinallagmatico, ed è soltanto a seguito dell'esercizio del potere attribuitogli che egli diviene parte di un contratto, così acquisendo la titolarità delle corrispondenti situazioni soggettive, attive e passive»³⁵.

V'è anche da dire, tuttavia, che la dottrina e la giurisprudenza sono tendenzialmente orientate nell'escludere che la prestazione a favore del terzo si possa identificare nell'attribuzione al terzo-successore del *de cuius* di un diritto che sostanzialmente già *ex lege* gli viene riconosciuto, posto che l'esercizio del diritto potestativo attribuitogli con la clausola in esame conduce al medesimo risultato della trasmissione *iure hereditatis* della partecipazione sociale³⁶, salvo eventualmente incidere sulla

credito ai quali soltanto è riferita la disciplina delle obbligazioni alternative». Ne è dimostrazione la disciplina sulla compravendita alternativa, dove di certo c'è un effetto reale, benché differito.

³⁴ La giurisprudenza insegna, infatti, che «non è concepibile che dal contratto discendano per il terzo obbligazioni verso il promittente» (Cassazione, 4 dicembre 1978, n. 5699, in *Giur. it. Mass.*, 1978, p. 1364).

³⁵ F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, op. cit., p. 164.

La tesi è, in realtà, difficile da condividere posto che la successione avviene nell'identica posizione giuridica del defunto, ovvero nei medesimi rapporti giuridici trasmissibili, attivi o passivi. Il successore, dunque, non può non essere parte, salvo che la legge non gli faccia acquisire eccezionalmente un diritto proprio ai vantaggi del contratto, argomentando *ex* articolo 1920 n. 3 cod. civ.

³⁶ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale. Delle obbligazioni. Commento sub artt. 1321-1469*, in *Codice civile. Commentario*, Torino, 1971, p. 439, secondo il quale è tra le caratteristiche della figura del contratto a favore di terzi quella «che il diritto del terzo ha il suo fondamento esclusivo nel contratto, ossia egli ne è titolare in quanto le parti contraenti gliene abbiano attribuito la titolarità:

particolare direzione nella quale opera la continuazione, in questo senso però la previsione affiancandosi – come si evidenzierà meglio in prosieguo – a quella tipica di una clausola di gradimento vincolato.

A norma dell'articolo 1288 cod. civ., pertanto, l'obbligazione dedotta come alternativa deve considerarsi semplice, non potendo formare oggetto di obbligazione una prestazione già prevista *ex lege* (salvo quanto si preciserà nel prosieguo con particolare riferimento alla posizione del socio accomandatario). In questo senso, accedendo ad una ricostruzione in termini di contratto a favore di terzo, la prestazione deve pertanto considerarsi concentrata *ab origine* nel riconoscimento della facoltà di recesso al successore del *de cuius*, con conseguente diritto di questi di ottenere la liquidazione della partecipazione sociale nel rispetto della disciplina dettata dagli articoli 2437 *quater* e 2473 cod. civ.

5. La natura giuridica della clausola di continuazione facoltativa

Aderendo alla tesi secondo cui il meccanismo di operatività della clausola di continuazione facoltativa è strutturato sullo schema del contratto a favore di terzo, ci si deve interrogare - così come già fatto per le altre clausole in precedenza esaminate - sulla natura giuridica e sull'efficacia di tale pattuizione. Più precisamente, riprendendo le considerazioni *supra* svolte, occorre valutare se la pattuizione sia tale da assumere natura *mortis causa*.

Giova a questo riguardo ricordare che, secondo la disciplina legislativa prevista per le società di capitali, il trasferimento della partecipazione sociale avviene *iure hereditatis* in favore del successore del socio defunto³⁷, il quale pertanto *mortis causa*

ne deriva che non si ha contratto a favore di terzo in senso tecnico allorché il diritto del terzo sorge in forza di legge o, tanto meno, se al terzo deriva dal contratto un qualche vantaggio, ma non la titolarità di un diritto». Cfr. Cassazione, 1 agosto 2001, n. 10459, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, pp. 1509 e ss.

³⁷ Con riferimento alle società di persone si è scritto che «le volontà rispettivamente dei superstiti (data *illo tempore*) e degli eredi sono solo due atti unilaterali che operano sul piano effettuale, rispettivamente della rimozione dell'intrasferibilità e dell'assunzione della responsabilità; e si

subentra nella titolarità della posizione giuridica precedentemente facente capo al *de cuius*.

Su questo impianto di base si struttura quindi il meccanismo innanzi descritto di operatività della clausola di continuazione facoltativa nel riconoscere, a seguito della morte del socio, il diritto del successore del medesimo di esercitare il recesso dalla società e, conseguentemente, di chiedere la liquidazione della partecipazione sociale.

Nel valutare, ancora una volta, l'incidenza che l'evento *mortis* possa avere sul rapporto contrattuale tra le parti, un valido aiuto può certamente giungere dalla norma di cui all'articolo 1412 cod. civ. che contempla l'ipotesi in cui la prestazione dedotta nel contratto a favore di terzi si riferisca a un momento successivo alla morte dello stipulante³⁸.

Seguendo questo schema il diritto alla prestazione oggetto del contratto sorgerebbe, in capo a soggetti determinabili, non appena perfezionata la convenzione, acquistando una sorta di esigibilità al momento della morte di una delle parti.

Dovrebbe, quindi, riconoscersi la successione degli eredi in un rapporto che era ricompreso nel patrimonio del defunto, ma negarsi la natura ereditaria della devoluzione grazie alla pretesa attribuzione a questi di un diritto di scelta, dal quale si origina il diritto alla liquidazione della partecipazione sociale.

pongono, l'uno rispetto all'altro, in una mera sequenza e non come fattori contrattuali dal cui incontro scaturisca il perfezionamento del titolo d'acquisto della qualità di socio, che è *mortis causa* (C. LICINI, *Clausole sociali che dispongono per l'evento della morte del socio: i principi*, in *Riv. not.*, 1991, p. 434).

³⁸ A questo proposito merita osservare come nell'ordinamento tedesco, dove è riconosciuta la validità dei patti successori, il § 331 BGB prevede che, sia pure solo in via interpretativa, il terzo acquista il diritto che gli sia attribuito con un contratto a suo favore, pel caso di morte dello stipulante, soltanto a seguito del decesso di quest'ultimo, di talché viene esclusa la trasmissibilità agli eredi del beneficiario di questa aspettativa. P. GOTTWALD, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, sub § 331, München, 1985, p. 1056; H. KADUK, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, sub § 331, Berlin, 1983.

Secondo l'orientamento espresso da parte della dottrina, la fattispecie contemplata dalla norma citata integrerebbe, quindi, gli estremi dei negozi *trans mortem*³⁹. Infatti «si realizza esattamente il requisito che l'uscita del bene dal patrimonio del beneficiante avvenga prima della morte, perché il promittente immediatamente per effetto del contratto assume l'obbligazione di eseguire una certa prestazione a favore dello stipulante. Anche il secondo requisito, ossia che l'attribuzione del bene al beneficiario divenga definitiva soltanto dopo la morte del disponente può essere facilmente soddisfatto prevedendo espressamente che il promittente debba differire l'esecuzione della sua prestazione a favore del terzo ad un momento successivo alla morte dello stipulante. Il terzo requisito, infine, ossia la revocabilità del negozio è addirittura un elemento naturale della figura come risulta dagli articoli 1411 e 1412 cod. civ.»⁴⁰.

Secondo alcuni tali considerazioni, formulate in linea generale, potrebbero validamente essere riproposte in particolare con riguardo alle clausole qui in esame, che di conseguenza dovrebbero considerarsi del tutto estranee al divieto di cui all'articolo 458 cod. civ., in quanto non si tratterebbe di atti *mortis causa*, bensì di «convenzioni con effetti immediati, anche se sospensivamente condizionati alla premorienza dell'uno o dell'altro socio»⁴¹. In tale direzione, con specifico riferimento alle società personali, si è affermato che «la caratteristica della revocabilità, unitamente al fatto che il patto costituisce un negozio *inter vivos* ove l'evento morte è condizione sospensiva degli effetti finali, permette [...] di considerare la clausola in esame un vero e proprio negozio *transmorte* alternativo in senso stretto al testamento. Ed invero [...] l'interesse che muove il socio a stipulare la clausola (e quindi la funzione della stessa) è essenzialmente quello di rendere

³⁹ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 303.

⁴⁰ M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008, pp. 29 e ss.

Del contratto a favore di terzo con prestazione dopo la morte dello stipulante viene oggi riconosciuta la sostanziale alternatività al testamento (in tal senso molto marcata la linea tedesca. T. KIPP, H. COING, *Erbrecht*, Tübingen, 1990, p. 451, M. HARDER, *Grundzüge des Erbrechts*, Berlin, 2002, p. 95, D. LEIPOLD, *Erbrecht*, Tübingen, 2010, p. 192).

⁴¹ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, p. 35.

trasmissibile per causa di morte la propria quota di partecipazione e così di far entrare in società i propri eredi, vincolando gli altri (promittenti) ad ammetterli in società»⁴².

Orbene, se ciò vale nell'ambito delle società di persone - dove, aderendo alla clausola del tipo in esame, ciascun socio, da un lato, si obbliga ad accogliere nella compagine sociale gli eredi di ciascuno degli altri e, dall'altro lato, dispone che i propri successori vi possano fare a loro volta ingresso - con riguardo alle società di capitali la clausola va letta simmetricamente, cioè nel senso che ciascun socio si obbliga a riconoscere, per la data della morte di ognuno di essi, il diritto dei successori di quest'ultimo a sciogliere il proprio vincolo contrattuale particolare, chiedendo la liquidazione della partecipazione sociale a norma dell'articolo 2437 *quater* cod. civ. (diritto, questo a propria volta, *ex lege* sospensivamente condizionato all'esercizio del diritto di recesso)⁴³.

Accogliendo questa ricostruzione, la clausola di continuazione si mostra pertanto produttiva di effetti immediati e non causalmente generati dall'evento della morte, posto che l'obiettivo dalla stessa conseguito sarebbe mero riflesso di un'attività prodromica *inter vivos*⁴⁴.

⁴² F. SCAGLIONE, *Riflessioni in tema di successioni anomale e contratto di società*, in *Riv. not.*, 1994, II, p. 1045.

⁴³ Ragionando in modo speculare rispetto alla riflessione svolta da G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, tomo II, Padova, 1988, p. 215, secondo il quale nelle società di persone «il diritto di credito degli eredi [...] non è per volontà di legge (e per convenienza pratica), un diritto assoluto e definitivo; bensì condizionato risolutivamente».

⁴⁴ Non si possono infatti estendere a questa ipotesi le considerazioni svolte da parte della dottrina e della giurisprudenza con riguardo alle società di persone, ove si sostiene che «la quota perviene agli eredi per trasmissione successoria convertendosi in credito di liquidazione o in diritto di partecipare allo scioglimento della società». In tal senso, V. AMATO, *Osservazioni in tema di successione per causa di morte in quota di società di persone*, in *Riv. giur. sarda*, 1986, p. 787, il quale afferma che la partecipazione sociale si riduce «in subordine al non verificarsi dell'accordo di continuazione, ad un mero diritto di credito, "virtualmente" collegato alla posizione di socio in quanto *ab origine* creditore, pur postergato, della società per la somma conferita; d'altro lato l'evento della morte, operando come presupposto del fenomeno successorio, deve essere valutato come momento della modificazione soggettiva del rapporto, in conseguenza della trasmissione *iure hereditatis*» e S. LAI, *Trasmissibilità*

Occorre osservare che, anche a questo riguardo, non sono mancate posizioni divergenti volte a ricostruire la clausola come un'attribuzione a causa di morte, in quanto il patto sociale non produce alcun effetto sino alla morte del socio, realizzando così gli estremi di un'attribuzione *de residuo*⁴⁵. A questa opinione, però, si può senz'altro obiettare che la disposizione in parola - sia considerata come patto di opzione, sia come contratto a favore di terzo - fa perdere sin dall'inizio al socio, indirettamente, il potere di disporre della quota, riconoscendo ai suoi successori il diritto, in alternativa alla continuazione, alla liquidazione della medesima.

Nella clausola di continuazione facoltativa, quindi, il profilo successorio è salvaguardato, limitandosi i fondatori della società, ovvero i soci che introducano la pattuizione in un momento successivo alla costituzione di questa, a porre in capo agli eredi, i quali assumono questo *status* per il tramite di un regolare negozio successorio, la facoltà di scegliere tra il subentro nella (*rectius*: la conservazione della) posizione societaria del *de cuius* e la liquidazione della quota. Pertanto, le istanze successorie e la strumentalità societaria, pur operando su piani distinti, non sono tra loro inconciliabili, posto che le pattuizioni in esame non inficiano in alcun modo il corretto articolarsi del fenomeno successorio.

In questo senso, ben si adattano alla fattispecie in esame le considerazioni svolte da quella dottrina che, con riguardo alle società di persone, ha rilevato che «nessun dubbio può porsi in ordine alla validità della c.d. clausola di continuazione facoltativa, laddove la stessa riconosca in capo agli eredi e ad essi soltanto il diritto potestativo di entrare in società, dal momento che tale clausola non implica alcuna attribuzione patrimoniale in favore di soggetti determinati, ma si limita a stabilire che, alla morte del socio, nel patrimonio ereditario esisterà non solo il diritto alla

mortis causa del diritto alla liquidazione della quota di società di persone, *ivi*, p. 796, che osserva «il fatto, poi, che detto diritto non fosse compreso nel patrimonio del socio e nemmeno esistesse quando costui era in vita non comporta alcuna conseguenza in ordine al *genus* dell'acquisto, giacché debbono considerarsi acquistati *mortis causa* non solo i diritti che già sussistevano nel patrimonio del *de cuius*, ma tutti quelli che trovano il loro fondamento e la loro causa in un preesistente diritto o, come nel caso di specie, in una preesistente posizione contrattuale del *de cuius*».

⁴⁵ P. PITTER, *Commento sub articolo 2284, Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Padova, 1992, p. 1890.

liquidazione della quota [...], ma anche in funzione di pretesa alternativa, il diritto alla continuazione del rapporto sociale con i soci superstiti»⁴⁶.

Ovviamente, assunta la certezza della morte, dovrà intendersi insito nel meccanismo negoziale della clausola in esame un termine volontario, con l'unica eccezione del caso in cui le parti ne abbiano già fissato uno, la premorienza in tal caso assurgendo, conseguentemente, a condizione.

A questo proposito occorre considerare la preponderanza della facoltà di scelta che viene lasciata ai successori del *de cuius* in dipendenza dell'evento dedotto in condizione. E per quest'aspetto sembra utile sottolineare come si è ormai consolidato, soprattutto in giurisprudenza, il riconoscimento della condizione unilaterale, agli effetti della quale la parte, nel cui interesse essa è posta, può rinunciare⁴⁷.

In questo senso, posto che il decesso del socio determina *ex lege* la continuazione del rapporto contrattuale, il successore può validamente rinunciare agli effetti dell'avveramento della condizione della premorienza e quindi ad avvalersi del diritto di recesso altrimenti riconosciutogli.

Dal fatto che l'evento coincide con il decesso di una parte sembra, anzi, lecito desumere che il lasso di tempo, entro cui esprimere quella che è denominata

⁴⁶ F. TASSINARI, *Clausole in funzione successoria negli statuti delle società di persone*, in *Giur. comm.* 1995, I, p. 949.

⁴⁷ A. VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 557 distingue inoltre tra condizione sospensiva, ove dovrebbero vedersi due negozi, uno condizionato puramente e un'opzione di contenuto identico a quello condizionato, e condizione risolutiva, che si dovrebbe ridurre ad un recesso o ad un patto di riscatto. Cfr. Cassazione, 6 luglio 1984, n. 3965, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1114, e Cassazione, 15 novembre 1986, n. 6742, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Contratto in genere*, n. 247, secondo cui «in conformità al principio generale dell'autonomia contrattuale la condizione (sospensiva o risolutiva) può essere convenuta nell'interesse esclusivo di uno solo dei contraenti, il quale resta, di conseguenza, libero di avvalersene o di rinunciarvi, senza possibilità per la controparte di ostacolarne la volontà. Una siffatta condizione, anche se non stipulata espressamente, può scaturire per implicito come corollario indefettibile dello scopo propostosi dalle parti, quando la sua determinazione, nell'interesse dell'unico contraente chiamato a sopportare un preciso onere economico, promani da una corretta valutazione dell'intero rapporto negoziale».

rinunzia, debba decorrere dall'accettazione dell'eredità; fermo restando che, in mancanza di specifica pattuizione sul punto, essa dovrà manifestarsi in un breve spazio temporale, com'è generalmente ritenuto per la condizione unilaterale.

6. Il ruolo della dichiarazione dei soci superstiti nel meccanismo della clausola di continuazione facoltativa

Plausibilmente potrà subordinarsi l'esercizio del diritto di recesso di cui sopra anche a una dichiarazione negoziale di assenso o di approvazione della parte sopravvissuta, la quale sia resa obbligatoria in forza di una specifica pattuizione in tal senso.

L'utilità di siffatta previsione può essere ravvisata nell'opportunità di riconoscere alla parte sopravvissuta il potere di non dare l'approvazione nell'ipotesi in cui si sia verificato un inadempimento della controparte o nel caso di mancato rispetto dei termini e delle modalità con i quali esercitare il diritto di recesso⁴⁸.

Sull'altro fronte, con specifico riferimento a inadempienze dei soci sopravvissuti, si è sostenuto che «costituisce grave inadempienza e può quindi dare luogo all'esclusione del socio [...] il fatto che il socio superstite, anziché proseguire l'attività sociale con gli eredi del socio defunto, subentrati nel rapporto in base ad una clausola di continuazione della società con gli eredi, abbia chiesto la liquidazione della società ed abbia rifiutato pretestuosamente ed immotivatamente

⁴⁸ A questo proposito, giova evidenziare che, nell'ambito delle società di persone, si è sostenuto che all'illegittimo rifiuto di prestare l'approvazione alla successione nella titolarità della partecipazione sociale potrebbe sempre reagirsi con il rimedio dell'esecuzione in forma specifica, impiegando lo strumento giudiziale di cui all'articolo 2932 cod. civ., già ritenuto applicabile a dichiarazioni unilaterali, oltre che ai contratti. In questo senso Cassazione, 16 dicembre 1988, n. 6849, in *Giur. it.*, 1989, I, 1 c. 1130, con nota di M. SARALE, *Divisione testamentaria della quota di partecipazione in società di fatto e continuazione della società con gli eredi*, e in *Giur. comm.* 1989, II, con nota di I. MENGHI, *Devoluzione testamentaria di quota di società personale e sonno dei giudici*. Discutibile è se tale rimedio possa essere applicato nell'ipotesi del recesso.

di consentire al rappresentante comune degli eredi del socio defunto di prendere parte alle attività sociali»⁴⁹.

7. Il ruolo della dichiarazione del successibile nel meccanismo della clausola di continuazione facoltativa

A questo punto, atteso che la clausola di continuazione facoltativa nell'ambito delle società di capitali non fa altro che conferire al successore del *de cuius* il diritto di recedere e di chiedere la liquidazione, occorre valutare se questi possa, e, in caso affermativo, con quali modalità, dichiarare di avvalersi del diritto che gli viene riconosciuto.

In linea generale, trattando del contratto a favore di terzi la cui prestazione si sostanzia in un diritto potestativo nonché dell'opzione a favore di terzi, si è affermato che «ben distinte dovranno essere tenute la dichiarazione del terzo-opzionario, *ex* articolo 1411, comma secondo, cod. civ., di voler profittare della stipulazione in proprio favore e, rispettivamente, la dichiarazione dello stesso soggetto con la quale questi eserciti il diritto scaturente dal patto di opzione» e che «se è ben evidente come un tale atto di esercizio non potrà che assumere altresì un valore di concludenza in ordine alla volontà dell'opzionario di far proprio in via definitiva il beneficio ricevuto [...], per contro la mera dichiarazione volta a rendere irrevocabile la stipulazione è del tutto neutra rispetto all'eventuale, successivo esercizio dell'opzione»⁵⁰.

⁴⁹ Corte d'Appello Catania, 16 settembre 1980, in *Giur. comm.*, 1982, II, pp. 537 e ss. La clausola oggetto della decisione prevedeva che «in caso di morte di uno dei soci la società si consoliderà nell'altro superstite e negli eredi del defunto, a condizione che della società faccia parte uno solo di questi ultimi, in rappresentanza di tutti gli altri eredi. In caso contrario il socio superstite è in facoltà di versare, entro un anno dal decesso, la spettanza in denaro del socio premorto [...] o di fare nominare dal Pretore di Augusta [...] uno degli eredi che possa rappresentare gli interessi della massa ereditaria nella società».

⁵⁰ S. DELLE MONACHE, *Sulla figura del patto di opzione a favore di terzi*, in *Riv. Notariato*, 2005, IV, p. 765 e ss.

Orbene, tali riflessioni devono comunque sempre conciliarsi con il disposto di cui all'articolo 1412, comma primo, cod. civ., a mente del quale «se la prestazione deve essere fatta al terzo dopo la morte dello stipulante, questi può revocare il beneficio anche con una disposizione testamentaria e quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, salvo che, in quest'ultimo caso, lo stipulante abbia rinunciato per iscritto al potere di revoca». È evidente che l'ultimo aspetto può conciliarsi con la fattispecie in esame soltanto accogliendo l'ipotesi ricostruttiva del negozio con effetti *post mortem* o, meglio, *trans mortem*.

Ciò chiarito, occorre rilevare che sulla necessità di una dichiarazione espressa del successore del defunto si era già pronunciata la giurisprudenza di merito e di legittimità nell'ipotesi speculare di una clausola di continuazione facoltativa nelle società di persone, statuendo che «l'erede (o gli eredi) [...] sarà libero di avvalersi del beneficio e, qualora se ne vorrà avvalere, dovrà farne espressa dichiarazione ai soci superstiti, promittenti del patto» e che «la dichiarazione dell'erede di avvalersi del beneficio [...] è funzionalmente idonea a risolvere la situazione di incertezza che, alla morte del socio, inevitabilmente si viene a creare nella compagine sociale in relazione all'adempimento dei diversi possibili obblighi facenti capo ai soci superstiti: ammissione in società dell'erede o degli eredi [...] o liquidazione della quota all'erede o agli eredi [...]»⁵¹.

È evidente, infatti, che fino a quando la manifestazione di volontà dei successori non perviene ai soci superstiti, si apre, in seguito alla morte del socio, un periodo dominato da una situazione di incertezza, destinata a dirimersi su iniziativa dei soci superstiti o degli stessi eredi. Pertanto delle due l'una: o i soci rimasti comunicano ai successori del *de cuius* l'esistenza della clausola, obbligandoli così a far conoscere il loro atteggiamento entro un determinato termine o, in difetto di fissazione di un

⁵¹ Tribunale Milano, 17 giugno 1974, cit. Negli stessi termini Tribunale Crema, 26 marzo 1975, in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 184 e ss., che ebbe ad occuparsi, in vicenda collegata, della stessa clausola oggetto della prima decisione richiamata, concludendo che «la manifestazione della volontà di avvalersi del beneficio della trasmissibilità della quota comporta in effetti accettazione tacita dell'eredità, trattandosi di dichiarazione che presuppone necessariamente la volontà di accettare l'eredità».

termine, entro quello ordinariamente necessario secondo le circostanze o gli usi (argomentando *ex* articolo 1326 cod. civ.); oppure i successori definiscono la loro posizione, assumendo l'iniziativa di comunicare ai soci superstiti la volontà di esercitare il recesso o di rinunciarvi.

In caso di mancata attivazione sia dei soci superstiti che degli eredi, si può ritenere che, una volta acquisita la prova della conoscenza dell'esistenza della clausola da parte di questi ultimi, gli stessi siano tenuti a comunicare il loro intendimento nel termine eventualmente indicato nella pattuizione stessa⁵² o, in assenza, nel termine ordinariamente necessario *ex* articolo 1326 cod. civ., che potrebbe ragionevolmente essere computato ai sensi dell'articolo 2437 *bis*, comma primo, ultima parte, cod. civ., ovvero entro trenta giorni dalla conoscenza da parte del socio del fatto che legittima il recesso. Detta circostanza naturalmente non può considerarsi coincidente con la morte, ma dovrà essere identificata con il momento dell'accettazione dell'eredità e del subentro in società, con correlativa ufficiale conoscenza del contratto sociale e degli eventuali patti parasociali⁵³.

Del resto, logicamente il momento da cui decorre il termine per l'esercizio del diritto in questione non potrebbe essere anticipato in epoca anteriore all'accettazione dell'eredità, dovendosi fare riferimento altrimenti ad un tempo nel quale il recesso eventualmente dichiarato non avrebbe potuto aver alcun effetto, a causa della carenza di legittimazione del recedente.

D'altro canto, però, lo stesso esercizio del diritto di recesso dalla società potrebbe essere inteso come accettazione tacita dell'eredità a norma dell'articolo 476 cod. civ., a mente del quale «l'accettazione è tacita quando il chiamato all'eredità compie un atto che presuppone necessariamente la sua volontà di accettare e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede».

⁵² F. SCAGLIONE, *Riflessioni in tema di successioni anomale e contratto di società*, op. cit., p. 1043 e s.

⁵³ Analogicamente e specularmente Tribunale Trani, 20 luglio 1983, in *Foro. it.*, 1984, I, pp. 2358 e ss., ove si legge che «in caso di clausola di continuazione della società di persone a favore degli eredi del socio, perché questi assumano la qualità di soci non è sufficiente che abbiano accettato l'eredità, ma è necessaria una positiva manifestazione di volontà di subentrare in società».

A supporto di tale conclusione milita il parallelo ragionamento svolto dalla giurisprudenza *supra* citata che si è espressa sulle clausole di continuazione con riguardo alle società di persone, ove si legge che «la manifestazione della volontà di avvalersi del beneficio della trasmissibilità della quota [leggasi nel caso in esame: del beneficio accordato dalla clausola], invece, integra di per se stessa accettazione dell'eredità, in quanto è dichiarazione che necessariamente presuppone la volontà di accettare l'eredità (articolo 476 cod. civ.)»⁵⁴.

Nella menzionata decisione si avverte, in ogni caso, che «l'erede del socio defunto, questi aggiunge, ai diritti nascenti dal contratto, quelli offerti dal diritto successorio compreso quello di ritardare l'accettazione fino ai limiti legali, salvo prefissione di termine acceleratorio a richiesta di altri interessati (articolo 488 cod. civ.)».

In termini analoghi si è espressa la dottrina tedesca con riferimento alla cosiddetta clausola di entrata, sulla quale ci si soffermerà tra breve visti i diversi profili di analogia con le convenzioni qui in parola. È stato infatti osservato che „*unterlässt es der Gesellschaftsvertrag, eine Frist für die Abgabe der Erklärung zu bestimmen, ist von einer angemessenen Frist auszugehen*“⁵⁵.

8. Limiti all'individuazione del beneficiario della clausola di continuazione facoltativa

Ciò premesso in generale sulla natura della clausola ora esaminata, occorre distinguere tra le diverse modalità con le quali, in concreto, si individua il beneficiario della disposizione. Se, da un lato, vi sono ipotesi in cui non viene preventivamente identificato un beneficiario, dall'altro, non mancano i casi in cui

⁵⁴ In tal senso E. ICARDI, *Le clausole di continuazione della società con l'erede del socio personalmente responsabile*, in *Riv. not.*, 1960, p. 285, secondo il quale la scelta dell'erede sulla convenienza di accettare l'eredità, porterà come conseguenza una implicita manifestazione di consenso da parte sua per assumere la qualità di socio.

⁵⁵ «*Se il contratto sociale non prevede un termine per la presentazione della dichiarazione, è concesso un congruo termine*» (W. GRIEGER, *Die Unternehmensnachfolge*, in *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, Köln, 2010, p. 700).

quest'ultimo sia individuato in quanto appartenente ad una speciale categoria o, addirittura, nominativamente.

A questo proposito, parte della dottrina, benché con riferimento ad una clausola di continuazione automatica (sulla quale ci si soffermerà più ampiamente nel prosieguo), osservava che «non è in contrasto con i principi del nostro ordinamento l'esistenza di figure negoziali che non alterano, nello scorrere delle mutazioni soggettive, il loro originario assetto di interessi. Nel caso di specie, la lacuna del mancato riferimento degli effetti negoziali viene colmata, nella successione testamentaria, dalla volontà del *de cuius*, originario *dominus negotii*; nella successione *ab intestato*, dalla legge»⁵⁶. Detta considerazione ben si adatta anche alla fattispecie al nostro vaglio, dato che la designazione del beneficiario della clausola potrebbe effettivamente avvenire anche per testamento, ricalcando così il modello dell'assicurazione sulla vita fissato nelle norme degli articoli 1920 e ss. cod. civ.

Sull'istituto da ultimo menzionato non sono mancate le discussioni circa la sua precisa natura, giacché più di un interprete ne ha proposto una qualificazione in termini di attribuzione *mortis causa*, sia pure indiretta e senza che vi sia successione in senso tecnico⁵⁷.

In ogni caso, rinviando alle considerazioni già *supra* svolte sulla possibilità di escludere una natura *mortis causa* della clausola di continuazione, giova ricordare che, per la problematica relativa alla designazione del beneficiario che qui interessa, parte della dottrina ha individuato nel secondo comma dell'articolo 1920 cod. civ. «la previsione di un effetto naturale del contratto di assicurazione sulla vita che

⁵⁶ R. CARAVAGLIOS, *Clausola di continuazione nel rapporto societario ed estraneità al divieto dei patti successori*, in *Riv. notariato*, 1996, p. 921.

⁵⁷ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, op. cit., p. 307. Tuttavia si veda M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008, p. 32, secondo il quale, se si riconoscesse all'ipotesi di cui all'articolo 1920 cod. civ. natura di attribuzione indiretta *mortis causa*, si dovrebbe concludere negando l'estensibilità convenzionale del congegno negoziale dell'articolo 1920 cod. civ. ad altre ipotesi non espressamente previste in quanto costituisce deroga espressa al divieto dei patti successori sancito dall'articolo 458.

potrebbe essere validamente posto in essere senza espressa designazione di un terzo beneficiario con la possibilità durante la pendenza del rapporto di designare la persona del beneficiario con un atto unilaterale assoggettato dalla legge al duplice onere della forma scritta e della comunicazione al promittente-assicuratore». Da tale interpretazione dell'articolo 1920 cod. civ. si può dedurre, quindi, in ordine al problema della possibilità di designazione successiva del beneficiario nelle altre fattispecie riconducibili allo schema generale del contratto a favore di terzi, che la facoltà di designazione successiva non può essere considerata effetto naturale del contratto in assenza di una norma esplicita, ma può «formare oggetto di un'apposita pattuizione la cui validità è senz'altro da ammettere atteso che non può negarsi la meritevolezza di tutela dell'interesse dello stipulante a poter fruire di tale possibilità»⁵⁸.

Inoltre, considerata la peculiarità dell'operatività delle clausole di continuazione facoltativa nel contesto delle società di capitali, pare potersi superare anche i diversi aspetti problematici che si potrebbero astrattamente presentare nel caso in cui la disposizione a favore del terzo non producesse solo effetti obbligatori, ma pure reali. Ammettere che il terzo beneficiario degli effetti del contratto resti incerto fino alla morte dello stipulante determinerebbe, infatti, inevitabilmente una situazione di assoluta indeterminatezza in contrasto con i principi generali in tema di circolazione di beni. Ferma restando, infatti, la piena riconducibilità della partecipazione sociale al *de cuius* sino al momento del suo decesso, l'eventuale situazione di incertezza che si potrebbe creare nell'immediatezza dell'evento *mortis*, potrebbe essere agevolmente superata - come indicato nel precedente paragrafo - invocando l'applicazione dei termini previsti *ex lege* per l'esercizio del diritto di recesso o in ogni caso promuovendo un'*actio interrogatoria*.

La mancata identificazione *a priori* del beneficiario della clausola di continuazione, pur suscitando le perplessità di cui si è fatta menzione, non comporta, invece, problematiche sul profilo del possibile contrasto con il disposto dell'articolo 679 cod. civ. in materia di revocabilità delle disposizioni testamentarie, che recepisce -

⁵⁸ L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1997, p. 149.

come si è visto - un principio avente notevoli elementi di contiguità con quello del divieto dei patti successori⁵⁹.

La tipologia di clausole in esame potrebbe, infatti, urtare con detto principio ove si pretendesse di identificare, *a priori*, i soggetti chiamati a succedere al socio ereditando, risultandone così l'impossibilità per il singolo di modificare le proprie volontà in forma testamentaria.

Ciò premesso, l'esame della prassi statutaria evidenzia che, se non vi è ricorso al criterio di identificazione nominativa del beneficiario, frequentemente, però, la clausola di continuazione facoltativa è modellata in funzione delle preferenze dei soci (premoriente e superstiti), nel senso di attribuire una certa direzione alla continuazione del rapporto sociale, privilegiando l'uno rispetto all'altro successibile.

In primis le clausole in parola possono prevedere che la continuazione sia ammessa solo per un dato successibile (o alcuni) del socio premorto⁶⁰, in ragione delle qualità personali del beneficiario e dal rapporto fiduciario più o meno intenso che lo lega al socio, ovvero del grado di parentela con quest'ultimo o dell'età o, ancora, del tipo di vocazione ereditaria (legittima o testamentaria)⁶¹. Detta previsione, nell'ambito

⁵⁹ Cfr. G.M. BERRUTI, *Clausole statutarie e divieto dei patti successori*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 1236.

⁶⁰ In tal senso la già citata pronuncia del Tribunale Trani, 20 luglio 1983, che si era occupata di una clausola della seguente formulazione: "nel caso di morte di uno dei soci, i soli suoi eredi maschi, se consenzienti, hanno diritto a diventare soci, subentrando in tutti i diritti e le obbligazioni del socio defunto, facendosi rappresentare da uno di essi. Nel caso manifesto di non voler subentrare nella posizione del *de cuius* e non acquistare quindi la qualifica di socio da parte degli eredi maschi del socio defunto, allora si procederà alla liquidazione della quota di quest'ultimo in base alla situazione patrimoniale ed economica della società accertata alla data del decesso". Per una particolare ipotesi di clausola di continuazione facoltativa, Tribunale Catania, 22 agosto 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, pp. 642 e ss., con riferimento alla clausola introdotta nello statuto di Bianca, Garozzo & C. s.s. secondo cui «configura l'ipotesi di una clausola di continuazione della società con gli eredi l'accordo stipulato tra i soci per il quale, in caso di decesso di uno di essi, alla vedova toccherà la quota di utili che spettar doveva al defunto marito senza alcun obbligo di prestazione di opera personale da parte sua. La continuazione della società con gli eredi del socio defunto è possibile solo con il loro consenso».

⁶¹ In tal senso vedasi Tribunale Bari, 29 maggio 1959, in *Foro it.*, 1960, I. p. 160, ove si legge che «qualora lo statuto sociale contenga il divieto di trasferire *inter vivos* o *mortis causa* quote sociali alle

delle società di capitali, finisce, quindi, con il riproporre specularmente lo schema di una clausola di gradimento vincolato, riconoscendo al solo beneficiario l'alternativa tra la prosecuzione del vincolo sociale e l'esercizio del diritto di recesso (sempre, naturalmente, che l'effetto si produca almeno nei confronti di uno dei successibili del *de cuius*, altrimenti - ma tale tematica fuoriesce dall'ambito della presente indagine - dovendosi richiamare le considerazioni innanzi svolte con riferimento alle clausole di consolidazione e di gradimento).

Giova sin d'ora precisare, tuttavia, che una clausola di continuazione di siffatto tenore non potrà non essere considerata, ai fini dell'attivazione dei meccanismi a tutela dei legittimari, qualora all'apertura della successione si determini una lesione delle ragioni di quest'ultimi.

In secundis la continuazione facoltativa può essere disposta in favore soltanto di quei successibili che siano graditi alla maggioranza dei soci o a tutti i soci: in questo caso l'operatività della clausola è quindi propriamente attratta nel meccanismo del gradimento⁶², secondo le modalità illustrate nel capitolo precedente, salvo il riconoscimento del diritto dell'eventuale successibile gradito ad esercitare l'*exit* dalla società.

In entrambi i casi ci si trova dinanzi a figure contrattuali che possono essere accostate a quelle clausole che nell'ordinamento tedesco sono classificate come "*qualifizierte Nachfolgeklauseln*" in contrapposizione alle "*einfache Nachfolgeklauseln*", posto che il beneficiario delle prime è il soggetto "*die im Gesellschaftsvertrag besonders definiert wurden*"⁶³.

donne della famiglia dei soci, le eredi del socio defunto, anche se riservatarie, non possono succedergli nella qualità di socie: esse hanno diritti di credito per la loro quota, da far valere verso i coeredi, e possono farli valere verso la società nel solo caso che si proceda alla liquidazione delle quote a favore di tutti gli eredi del defunto».

⁶² Meccanismo, questo, da non confondere con quello proprio delle clausole di continuazione che prevedano un assenso (dovuto) dai soci superstiti per il caso in cui sia legittimamente esercitato il diritto di recesso dalla società.

⁶³ W. GRIEGER, *Die Unternehmensnachfolge*, in *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, op. cit., p. 683.

Infine, la limitazione può essere di tipo quantitativo, la clausola potendo prevedere che il successibile potrà acquistare la titolarità di una sola porzione della quota, mentre la residua parte gli sarà liquidata⁶⁴. Salvo riproporre le considerazioni già innanzi svolte sull'operatività della continuazione, è evidente che, in questa ipotesi, la variante adottata dalla prassi induce a ricondurre la pattuizione in parola, per lo meno parzialmente, alla categoria delle clausole di consolidazione, se la porzione della quota che verrà liquidata andrà a vantaggio dei soci superstiti, ovvero alle convenzioni di intrasmissibilità assoluta, se il trasferimento della partecipazione sociale non avrà alcun seguito.

A completamento delle considerazioni sinora svolte, occorre peraltro osservare come non siano mancate le discussioni in merito alla stessa valenza da attribuirsi al concetto di "successibile" ove in tale soggetto sia identificato il beneficiario della clausola di continuazione facoltativa in parola.

Un primo interrogativo è sorto con riguardo al riconoscimento del diritto di avvalersi della clausola di continuazione nei confronti degli acquirenti dell'eredità, concludendo gli uni che il patto è rivolto solo verso coloro a favore dei quali può intervenire il trasferimento *mortis causa*⁶⁵, gli altri⁶⁶, invece, propendendo per l'estensione dell'efficacia della clausola anche a favore degli acquirenti dell'eredità.

In secondo luogo, in merito alla continuazione con gli eredi degli eredi, è stato rilevato che, se l'erede diventa socio con la stessa posizione del suo dante causa, vale anche per lui la disposizione che la società deve essere continuata coi suoi eredi senza bisogno di un nuovo patto⁶⁷.

⁶⁴ Si rinvia altresì alla nota 3 del precedente capitolo sulle clausole di limitazione al possesso azionario.

⁶⁵ M. GHIDINI, *Società personali*, op. cit., p. 511. A. CARAPELLE, *La morte del socio nelle società di persone: l'articolo 2284 cod. civ. e le clausole di continuazione*, in *Vita notarile*, 1982, I, 2, pp. 424-437.

⁶⁶ G. AULETTA, *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, op. cit., p. 80, nota 69.

⁶⁷ G. AULETTA, *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, op. cit., p. 80, nota 70.

Infine, in ordine alla continuazione con i successori a titolo particolare, da alcuni⁶⁸ si è sostenuto che la previsione della continuazione genericamente a favore degli eredi vada intesa come rivolta a tutti i successori *mortis causa*, inclusi i legatari⁶⁹, salvo risulti diversamente da un'interpretazione della clausola. *A fortiori* si è quindi ritenuta ammissibile la previsione convenzionale che contempli espressamente la continuazione facoltativa in favore dei legatari.

Con riguardo a quest'ultimo profilo si rende però necessario precisare che, nel caso di successione in una partecipazione sociale a responsabilità illimitata, quale può essere quella del successore di accomandatario in società in accomandita per azioni, consentendo al legatario di entrare in società, viene deluso l'affidamento dei membri della compagine sociale a che il nuovo socio sia titolare del patrimonio del socio precedente, con danno evidente della società (soprattutto avuto riguardo alla garanzia per le obbligazioni sociali), qualora il patrimonio dell'ereditando fosse notevolmente superiore a quello personale del legatario. Analoga problematica si ripropone qualora la successione nella posizione di accomandatario avvenga a favore del successore del *de cuius* che abbia accettato con beneficio di inventario.

Pare, quindi, opportuno in questa sede spendere alcune parole in merito all'operatività delle clausole di continuazione nei confronti dei successori dell'accomandatario.

9. Clausole di continuazione e morte dell'accomandatario

Peculiare è l'operatività delle clausole di continuazione nel contesto delle società in accomandita per azioni. Sotto il profilo successorio la presenza di due distinte categorie di soci, tra l'altro più nettamente differenziate rispetto a quelle, nominalmente corrispondenti, presenti nella società in accomandita semplice, produce evidenti ripercussioni in punto di regole di trasferimento della partecipazione. Ulteriore elemento di complicazione è rappresentato dalla natura

⁶⁸ A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 112, nota 5.

⁶⁹ In tal senso G. PFNISTER, *Le clausole degli statuti di società di persone in tema di morte del socio*, op. cit., p. 1428, nota 35.

anfibiologia della stessa partecipazione dell'accomandatario, socio a responsabilità illimitata la cui partecipazione è però incorporata in una *cartula*.

Si è posto, quindi, l'interrogativo se una clausola di continuazione facoltativa possa valere anche nei confronti dell'erede dell'accomandatario, che abbia accettato con beneficio di inventario. L'orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza, formatosi nell'alveo delle società personali, è incline a propendere per la validità di una clausola di continuazione facoltativa, ma occorre verificare se la responsabilità *intra vires hereditatis* possa conciliarsi con il principio della responsabilità illimitata che costituisce il cardine delle società di persone e che si riscontra in capo anche al socio accomandatario di una società in accomandita per azioni.

La posizione assunta dalla Suprema Corte in una pronuncia ormai non più recente⁷⁰ ha riconosciuto l'operatività di una clausola di continuazione anche in favore dell'erede del socio accomandatario che accetti con beneficio di inventario, sul presupposto che la responsabilità *intra vires* derivante dall'accettazione beneficiata e la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali operino su piani diversi.

Vi è, peraltro, chi ritiene che essendo debiti ereditari anche quelli sociali, pur se sorti dopo l'accettazione dell'eredità e l'ingresso dell'erede in società, l'accettazione con beneficio di inventario libererebbe l'erede anche da questi debiti⁷¹. Occorre però osservare che, aderendo a siffatta impostazione, non solo si accorderebbe all'erede

⁷⁰ Cassazione, 16 luglio 1976, n. 2815, in *Foro it.*, 1977, I, p. 1280 e ss. e in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 1580, con cui viene confermata la già citata decisione della Corte d'Appello Milano, 7 maggio 1974, ove si legge che «la responsabilità *intra vires hereditarias* opera sul piano successorio, nel senso che l'erede non è tenuto a rispondere delle obbligazioni contratte dal *de cuius* se non nei limiti del valore dei beni a lui pervenuti (articolo 490 n. 2 cod. civ.); la responsabilità illimitata per le obbligazioni contratte dalla società opera invece sul piano societario e consegue non già alla successione dell'erede nei rapporti giuridici già facenti capo al *de cuius*, ma all'acquisto della qualità di socio, e quindi, alla partecipazione volontaria dell'erede alla società, di cui la responsabilità illimitata per le obbligazioni da questa contratte è una caratteristica peculiare».

⁷¹ A. ROCCO, *La continuazione della società cogli eredi del socio illimitatamente responsabile*, in *Studi di diritto commerciale e altri scritti giuridici*, I, Roma, 1933, p. 227.

un'ingiustificabile situazione di vantaggio, ma tutto ciò parrebbe porsi proprio in contrasto con la stessa *ratio* del meccanismo dell'eredità beneficiata.

La finalità principale del disposto di cui all'articolo 470 cod. civ. è ravvisata, invero, nella soddisfazione delle ragioni dei creditori e dei legatari: il beneficio d'inventario ha una funzione meramente liquidatoria del patrimonio del *de cuius*, fornendo per di più all'erede un meccanismo di incentivazione, che a sua volta libera lo Stato dall'onere della liquidazione per il caso in cui vi sia rinuncia all'eredità. A seguito dell'accettazione dell'eredità *ex* articolo 470 cod. civ. e della redazione dell'inventario, l'ingresso in società dell'erede che abbia accettato con beneficio di inventario può essere, pertanto, preordinato al solo fine di ottenere la liquidazione della partecipazione sociale, in tal modo beneficiando pienamente dell'operatività della clausola di continuazione facoltativa. L'erede, quindi, risponde delle obbligazioni sociali nei confronti dei terzi fino al giorno in cui si verifica lo scioglimento del rapporto sociale, unicamente *intra vires*, ma pur sempre con l'intero patrimonio del defunto devolutogli *iure successionis*⁷². Diversamente altra parte della dottrina evidenzia che l'erede, tenuto ad accettare con il beneficio di inventario, divenuto socio unicamente ai fini della liquidazione, risponde delle obbligazioni sociali solo nei limiti della partecipazione sociale⁷³.

⁷² S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, Milano, 2002, p. 49 nota 43.

⁷³ A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2000, p. 504. Altri rileva che è da notare che la norma parla di eredi, e non già di soci, e di liquidazione della quota: l'evento della morte del socio - cioè - porta alla cessazione della qualità di socio (la quale non si trasferisce pertanto agli eredi) e determina - poi - la trasformazione *ope legis* della quota nel corrispondente importo pecuniario, di cui diviene creditore l'erede e debitrice la società (cfr. Cassazione, 8 ottobre 1970, n. 1850, in *Dir. fall.*, 1971, II, p. 454). Il rapporto obbligatorio che viene in tal modo ad instaurarsi tra eredi del socio e la società è tale per sua natura da escludere qualsiasi rapporto, tra gli stessi soggetti, di tipo societario. Una volta negata la possibilità di un tale rapporto, l'erede non dovrà rispondere delle obbligazioni sociali, se non in base al diritto di successione e quindi fino al momento della morte del socio stesso e non oltre L. ODORISIO, nota a Cassazione, 16 giugno 1978, n. 2987, in *Riv. notariato*, 1979, p. 914. cfr. M. GHIDINI, *Società personali*, p. 638.

A questo punto, occorre anche considerare l'ipotesi alternativa, nella quale, per scelta dell'erede che abbia accettato con beneficio di inventario, detta accettazione beneficiata debba essere coniugata con l'opzione per la continuazione della società.

Con riguardo a questa problematica si è da alcuni sostenuto che l'incompatibilità tra destinazione alla liquidazione e continuazione dell'esercizio deriva dal fatto che tale destinazione sottrarrebbe all'esercizio la stessa azienda o elementi della stessa che possono essere essenziali per l'esercizio medesimo⁷⁴.

Tuttavia, occorre rilevare che proprio la continuazione dell'attività di impresa potrebbe consentire il soddisfacimento delle ragioni dei creditori, senza necessariamente pregiudicare la funzionalità dell'impresa, non avendo «inteso il legislatore imporre all'erede l'obbligo della liquidazione, vale a dire della conversione in numerario dell'asse ereditario»⁷⁵.

Peraltro, nel caso delle società di persone e in quello del socio accomandatario di società in accomandita per azioni, il meccanismo dell'articolo 470 cod. civ. mira a consentire all'erede di rispondere soltanto *intra vires* del valore del bene ereditario (nella specie: la partecipazione sociale) al momento dell'apertura della successione, fermo restando che le obbligazioni sociali assunte successivamente saranno pienamente imputabili anche all'erede medesimo, il quale avrà volontariamente assunto la qualità di socio⁷⁶. Del resto, pare evidente come minore detrimento

⁷⁴ G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, pp. 257 e ss.

⁷⁵ E. BOCCHINI, *Beneficio d'inventario ed esercizio dell'impresa*, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 814.

⁷⁶ G. COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1999, p. 142, secondo il quale "l'acquisizione della veste di socio importa un duplice ordine di responsabilità" e quella per l'attività futura "è certamente fuori dagli orizzonti del beneficio". Cfr. G. FERRI, *Partecipazione di incapaci a società commerciali*, nota a Cassazione 18 maggio 1945, n. 361, in *Giur. compl. Cass. Sez. civ.*, 1945, I, p. 221, il quale afferma che «la responsabilità per le obbligazioni sociali *intra vires hereditatis* può ammettersi quando, con la morte del socio, il rapporto sociale si sciogla: in questo caso l'erede risponde delle obbligazioni facenti capo al suo autore *iure hereditario* e, data l'accettazione con beneficio di inventario, *intra vires hereditarias*. Ma quando l'erede subentri nella società al posto del socio defunto e diventi socio egli stesso, in questo caso, qualunque sia la sua responsabilità a titolo di erede, egli è responsabile delle obbligazioni sociali in quanto socio, e ne risponde illimitatamente

derivi da una accettazione beneficiata cui segua l'ingresso di un altro soggetto, personalmente responsabile per il futuro, ma anche per le obbligazioni precedenti (sia pure in base al meccanismo dell'articolo 470 cod. civ.) con tutti i beni ricevuti in eredità rispetto al caso in cui il chiamato alla successione potrebbe, semplicemente, rinunciare all'eredità, costringendo così i terzi ad accontentarsi della garanzia corrispondente alla quota del socio deceduto rimasta in società, senza poter più contare sull'intero patrimonio del socio defunto, ovvero potrebbe accettare l'eredità con il beneficio di inventario, ai soli fini liquidatori.

Ulteriore problematica che emerge in questo contesto è quella relativa all'esercizio del potere gestorio a seguito del decesso dell'accomandatario, posto che, secondo il regime legale, come si è già avuto modo di evidenziare⁷⁷, vi è una stretta correlazione tra figura di accomandatario, carica di amministratore e responsabilità illimitata. È certamente condivisibile l'affermazione di quella parte della dottrina che rileva che lo *status* di accomandatario non è caratterizzato in modo essenziale e inderogabile dall'*intuitus personae*, ma soltanto in via tipica, dato che «nelle società in accomandita non si ha sempre un regime di amministrazione per persone, fondato, cioè, necessariamente sulla considerazione delle persone degli amministratori»⁷⁸;

e solidamente con gli altri». L'autore precisa che conseguenza del patto di continuazione con l'erede, nell'ipotesi in cui questi sia incapace, è soltanto quella che l'erede è tenuto a richiedere la prescritta autorizzazione, il contratto di società al quale partecipi un incapace privo della necessaria autorizzazione essendo annullabile (fermo che gli effetti dell'annullabilità si producono limitatamente al rapporto sociale dell'incapace, salvo la sua partecipazione debba considerarsi essenziale). Tale regola è peraltro espressa dalla Raccomandazione della Commissione CEE del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese, con cui si invitano gli Stati membri a far prevalere il contratto di società sugli atti unilaterali di uno dei soci, provvedendo affinché la disciplina della famiglia, delle successioni e della comunione non mettano a repentaglio la continuità dell'impresa. In particolare la Commissione ha affermato che «gli Stati membri dovrebbero rimuovere gli ostacoli che possono derivare da talune disposizioni del diritto di famiglia o del diritto di successione: ad esempio la cessione tra coniugi dovrebbe essere consentita, il divieto di patti sulla futura successione dovrebbe essere attenuato e la riserva in natura esistente in taluni paesi potrebbe essere trasformata in riserva in valore».

⁷⁷ Si rinvia a quanto *supra* considerato con riferimento alle clausole di consolidazione e alla figura dell'accomandatario (in particolare, p. 100).

⁷⁸ G. VERDIRAME, *Clausola di continuazione e poteri di amministrazione*, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 374.

tuttavia, non si può non dare conto di quell'orientamento che, nella salvaguardia della continuità dell'esistenza dell'ente sociale, ritiene più opportuno scindere il destino del potere gestorio rispetto alla posizione societaria incorporata nei titoli azionari, nel senso che «la morte estingue uno dei due rapporti che facevano capo all'accomandatario (quello di amministrazione) e opera una normale successione *mortis causa* nella titolarità delle azioni che spettano all'accomandatario stesso»⁷⁹. Quindi «attesa la rilevata identificazione tra posizioni di azionista e di amministratore, caratteristica della figura in esame, tale opinione sembra così prospettare l'automatica conversione della figura di accomandatario in quella di accomandante»⁸⁰.

Quanto precedentemente evidenziato induce a porre brevemente attenzione ad un'annosa questione che è stata trattata dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riguardo alle società di persone e della quale si cercherà di evidenziare ora brevemente i risvolti nell'ambito delle società di capitali.

10. (segue) successione nella partecipazione sociale dell'accomandatario ed esercizio del potere gestorio

Preliminarmente pare opportuno affrontare la problematica relativa alla sussistenza o meno di un diritto dell'erede di subentrare *ope legis* nei poteri gestori del *de cuius*, in mancanza di disposizioni in merito nell'atto costitutivo.

Nonostante la rarità dei casi in cui si è pronunciata specificamente su tale questione, la giurisprudenza ha tendenzialmente riconosciuto, in presenza di clausole statutarie di continuazione, il diritto dell'erede alla successione nella partecipazione sociale e

⁷⁹ R. COSTI, *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969, p. 153.

⁸⁰ S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, op. cit., p. 129. *Contra* G.C.M. RIVOLTA, *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, p. 1197, il quale, nel ritenere che manchi un'espressa appiglio normativo, non esclude però la possibilità che il tutto sia disciplinato pattiziamente.

nei correlativi diritti, ivi incluso quello di amministrare⁸¹. Con risalente pronuncia la Cassazione stabilì, infatti, che l'accomandatario succeduto all'accomandante acquistasse *ipso iure*, con l'accettazione dell'eredità e con lo svolgimento della gestione sociale, la qualifica di accomandatario con i relativi poteri di amministrazione e rappresentanza⁸².

Sulla scorta di tale orientamento, si è quindi ritenuto che, almeno ove i soci rivestano tutti la carica di amministratore, «sembra piuttosto ragionevole che una clausola di continuazione con gli eredi implichi, pure in assenza di specifica previsione, la trasmissione della funzione in capo ai successori»⁸³.

Con riferimento alla fonte di siffatti poteri gestori in capo ai successori si sono venuti delineando due differenti orientamenti, l'uno dei quali accoglie l'idea del riconoscimento dei poteri di amministrazione non in via derivativa, bensì originaria, in capo al nuovo socio⁸⁴, anche in forza dell'articolo 2457 cod. civ., a mente del quale il nuovo amministratore assume la qualità di socio accomandatario dal momento dell'accettazione della nomina; l'altro, invece, segue l'impostazione secondo la quale i poteri gestori, pur originati da nomina statutaria del *de cuius*, spettino all'erede in via derivativa, come successione nella globalità delle posizioni giuridiche occupate dal suo autore nella società, comprese quelle gestorie⁸⁵. Ciò

⁸¹ Cassazione, 26 marzo 1947, n. 435; Cassazione, 27 aprile 1968, n. 1311, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 11; Cassazione, 16 luglio 1976, n. 2815, cit.; Appello Milano, 7 maggio 1974, cit.; cfr. G. PFNISTER, *Le clausole degli statuti di società di persone in tema di morte del socio*, p. 1430.

⁸² Cassazione, 9 ottobre 1959, n. 2730, in *Sett. Cass.*, 1959, p. 540, relativa ad un caso di accomandita con due soli soci in cui all'accomandatario era succeduto *mortis causa* l'accomandante.

⁸³ S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, op. cit., p. 73. cfr. G. VERDIRAME, *Clausola di continuazione e poteri di amministrazione*, op. cit., pp. 370 e ss.

⁸⁴ In tal senso A. HUECK, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, Berlin-New York, 1971, p. 409, il quale rileva che secondo i §§ 114, 115 e 124 HGB, l'amministrazione e la rappresentanza spettano ad ogni socio, quindi anche all'erede. Il fatto che uno o alcuni dei soci (diversi dal *de cuius*) siano stati esclusi dai poteri amministrativi e rappresentativi, dimostra soltanto che proprio quelli apparivano non adatti a questi ruoli, non invece che ciò debba valere anche per l'erede entrato come nuovo socio.

⁸⁵ Cfr. G. VERDIRAME, *Clausola di continuazione e poteri di amministrazione*, op. cit., p. 383, secondo il quale «la scelta dell'amministratore compiuta direttamente nel contratto sociale dovrà essere

vale, naturalmente, «quando non risulti che l'attribuzione del potere di amministrazione al socio scomparso fosse collegata alle sue qualità personali»⁸⁶.

Dinanzi alle posizioni ora descritte, favorevoli ad una prosecuzione, più o meno diretta, della carica gestoria dell'ereditando da parte del suo successore, non sono mancati diversi orientamenti, i quali hanno rilevato che il rapporto di amministrazione risulta regolato, per l'espressa disposizione di carattere generale dell'articolo 2260 cod. civ., dalle norme sul mandato in quanto compatibili e pertanto, anche ove si potesse ipotizzare un mandato *in rem propriam* occorre tener conto che tale mandato si estingue per morte del mandatario e non si trasmette agli eredi nemmeno nell'ipotesi in cui l'interesse per cui era stato conferito si trasferisca ad essi per via successoria.

Recentemente la Corte di Cassazione ha suggerito una soluzione intermedia tra quelle innanzi descritte, ancorando la validità di una pattuizione che consenta il trasferimento anche delle funzioni gestorie all'individuabilità del beneficiario, rilevando che «è invalida la clausola “di continuazione” in forza della quale – in deroga all'articolo 2284 cod. civ. – si preveda l'automatica trasmissibilità, all'erede

considerata fatta a titolo personale, sicché ad esempio nel caso di alienazione per atto tra vivi (qualora sia consentita) della quota del titolare dei poteri di amministrazione, questi non si trasferiscano all'avente causa. Tuttavia, nel caso particolare di decesso del socio gestore e di continuazione della società con il suo successore, gli altri soci rinunziano preventivamente alla scelta *intuitu personae* del nuovo amministratore, in favore dell'erede».

⁸⁶ Cfr. G. AULETTA, *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, op. cit., p. 909 e ss.; S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, op. cit., pp. 77 e ss., il quale osserva che se la nomina ad amministratore è stata fatta con separato atto di nomina, anziché nel contratto sociale, pur smorzando le diversità delle fattispecie, «sarà probabilmente più agevole rinvenire, nell'atto separato, gli indizi di una specifica considerazione per le qualità personali del soggetto designato alla carica. Se invece si interpreta l'opzione in discorso [...] in chiave di adozione di un sistema organizzativo “per uffici”, risulterà evidente la necessità di procedere, in conseguenza della morte dell'eletto alla nomina del nuovo titolare dell'ufficio, essendo la mera successione nello *status* di socio fenomeno del tutto inidoneo a questi fini». Infatti, osserva G. VERDIRAME, *Clausola di continuazione e poteri di amministrazione*, op. cit., p. 377, che «l'acquisto della carica gestoria, in questo caso, non ha quale titolo giuridico il contratto sociale, e pertanto non si può considerare una componente della quota di partecipazione trasmessa per via ereditaria».

dell'accomandatario defunto, di cui non sia certa l'identità, oltre che della qualità di socio anche del *munus* di amministratore», posto che «il problema della validità di tale clausola si pone, invece, quando essa contenga una designazione della funzione amministrativa *in incertam personam* o delineata con criteri di indifferenza, così da costituire, sostanzialmente, un atto abdicativo da parte di un socio (l'accomandante superstite), all'espressione della volontà negoziale su un punto essenziale del contratto sociale»⁸⁷.

Alla luce di questo pronunciamento del Supremo Collegio, la questione centrale va ravvisata nella limitazione al potere dei soci di ricorrere ad una clausola di continuazione facoltativa con designazione del beneficiario della stessa quale amministratore della società in grazia soltanto della sua qualità di successore dell'accomandatario, in forza quindi della sola designazione del testatore ovvero addirittura della chiamata all'eredità in base alla legge. Nell'aderire alla posizione assunta dalla Corte di legittimità, parte della dottrina⁸⁸ ha rilevato che i soci avvalsi della facoltà di inserire nell'atto costitutivo clausole di continuazione avrebbero potuto cautelarsi in quella sede, precisando che agli eredi subentranti non sarebbero spettati i poteri di gestione, o che la loro posizione si sarebbe trasformata in quella di accomandante, sulla scia della soluzione adottata dal § 139 dell'*HGB* tedesco⁸⁹ che consente all'erede di optare per la posizione di accomandante, perdendo sì i poteri di amministrazione, ma liberandosi anche della responsabilità illimitata.

⁸⁷ Cassazione, 4 marzo 1993, n. 2632, in *Le società*, 1993, pp. 928 e ss.; in *Giust. civ.*, 1993, I, pp. 2407 e ss.; in *Riv. dir. comm.*, 1993, II, p. 415; in *Giust. civ.*, 1987, II, pp. 1650 e ss.

⁸⁸ G. VERDIRAME, *Clausola di continuazione e poteri di amministrazione*, op. cit., p. 377

⁸⁹ „Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, so kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird“ («Se nel contratto sociale è previsto che in ipotesi di morte del socio il rapporto sociale deve essere continuato con i suoi eredi, allora ciascun erede può far dipendere la sua permanenza in società dalla circostanza che gli sia concessa la posizione di un accomandante tralasciando la precedente partecipazione sociale e che la parte di quota dell'ereditando che cade in successione gli sia riconosciuta in qualità di sua quota di accomandante»). Cfr. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1991, pp. 1249 e ss. Tale clausola è nota nell'ordinamento francese come “clause de commandite”.

Evidente l'opportunità insita in tale scelta: sarebbe, infatti, altamente improbabile che questi eserciti il diritto di continuazione se lo si priva statutariamente dei poteri di amministrazione, senza al contempo esonerarlo da responsabilità personale.

11. L'operatività della clausola di continuazione in caso di pluralità di successibili

Anche con riferimento alla clausola di continuazione, così come per quella di gradimento, si sono posti in dottrina e giurisprudenza dubbi sulle modalità con le quali possa operare la disposizione in presenza di una pluralità di successibili del socio defunto.

Innanzitutto ci si è chiesti a chi competa la scelta sulla continuazione del rapporto sociale o sull'esercizio del diritto di recesso e, quindi, ove non si verifichi quest'ultima ipotesi, quali siano le modalità di gestione della partecipazione sociale.

Utile a questo proposito si rivela il richiamo a quanto previsto all'articolo 479 cod. civ., ove, sancita al primo comma la trasmissibilità *mortis causa* del diritto di accettare l'eredità non esercitato dal *de cuius*, riguardo al conflitto tra gli eredi in ordine all'accettazione o rinuncia dell'eredità stessa si stabilisce che in caso di disaccordo colui che accetta l'eredità acquista tutti i diritti e soggiace a tutti i beni ereditari, mentre vi rimane estraneo chi ha rinunciato.

La scelta del legislatore consente di tutelare ambedue i confliggenti centri di interesse mediante una diversificazione degli effetti in capo a ciascun agente: la rinuncia di alcuni non impedisce l'accettazione di altri e viceversa.

A conclusioni non dissimili, del resto, giunge l'articolo 1507 cod. civ., che al secondo comma prevede che la pluralità di eredi succeduti all'unico venditore riservatosi il riscatto della cosa venduta vada assimilata, sotto il profilo delle modalità da osservarsi per l'esercizio del diritto di riscatto stesso, alla pluralità di venditori che hanno congiuntamente venduto una cosa indivisa, sì che ciascun erede potrà esercitare il riscatto solo sopra la quota che gli spetta. Anche qualora l'esercizio del potere previsto dalla norma debba essere esercitato congiuntamente

in virtù di un interesse estraneo alla pluralità di eredi, ciò non impedisce, ancora una volta, che dalla vicenda derivino effetti diversi in capo a ciascuno singolarmente⁹⁰.

Non diverse considerazioni sembrano derivare dalla lettera dell'articolo 1772 cod. civ., ove si disciplina la successione di più eredi all'unico depositante e si regola l'esercizio del diritto alla restituzione, diversificando i necessari comportamenti dovuti dagli eredi per raggiungere tale fine in relazione alla qualità del bene oggetto del deposito. Se infatti il bene è divisibile ciascun erede potrà chiedere la restituzione della quota che gli spetta; se il bene è indivisibile e vi è divergenza tra gli eredi circa la restituzione, questa dovrà farsi secondo le modalità stabilite dall'autorità giudiziaria.

La determinazione delle modalità di subingresso di una pluralità di eredi in una partecipazione sociale deve, quindi, necessariamente misurarsi con il problema della qualificazione del bene come divisibile o indivisibile, sulla scorta dei tre tipi di indivisibilità generalmente individuati come rilevanti nelle vicende dei rapporti giuridici dalla legge: *in primis* quella indivisibilità derivante dalla "natura" del bene oggetto della vicenda, quindi quella conseguente al "modo con cui il bene è stato considerato dalle parti" e, infine, quella per cui è la stessa legge a preoccuparsi di qualificare un bene come indivisibile.

Con specifico riferimento al bene "azione" si è affermato che il principio inderogabile della indivisibilità dell'azione ha un significato diverso, sicuramente inidoneo a fornire elementi in merito alla indivisibilità per via pattizia del pacchetto azionario.

Più in generale si è inoltre affermato che il bene partecipazione sociale non è per sua natura indivisibile, e però tale qualità è la stessa legge ad attribuirlo ad alcuni

⁹⁰ Cfr. A. CANDIAN, *L'erede del socio e l'esclusione del socio superstite*, in *Tem*, 1950, pp. 44 e ss.; G. AULETTA, *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, op. cit., p. 284. Deve, in realtà, evidenziarsi che il suddetto potere è riconosciuto agli eredi, già per ipotesi, in via originaria, mentre invece l'assimilazione di più eredi di un unico venditore alla pluralità di venditori che hanno venduto congiuntamente una cosa indivisa trova la sua *ratio* proprio nella successione in un potere spettante in origine ad una parte soggettivamente semplice di una parte soggettivamente complessa.

particolari tipi di partecipazione⁹¹. Orbene questo non impedisce che le parti addivengano ad una quantificazione minima delle partecipazioni sociali, così da subordinare l'assunzione della qualità di socio ad una partecipazione prefissata nel suo valore economico, dovendo quindi la qualificazione del bene in esame come divisibile o indivisibile essere dedotta, caso per caso, da quanto previsto nel contratto sociale. In costanza di una pluralità di eredi, dunque, in via normale ognuno di questi potrà subentrare e subentrerà solo nei limiti della propria quota ereditaria e, qualora solo alcuni subentrino e la partecipazione sociale debba esser considerata indivisibile, gli eredi subentranti dovranno addebitarsi l'eccedenza del valore della partecipazione rispetto alle proprie quote ereditarie, fatta salva ovviamente l'ipotesi di imputazione per intero di quel valore ad una o più quote ereditarie in seguito ad accordo tra gli eredi stessi⁹².

Ciò naturalmente non esclude che per via pattizia sia stabilita, in caso di pluralità di eredi, la comunione sulla quota trasmessa dal *de cuius* e quindi la successione degli eredi come gruppo, con la correlativa nomina di un rappresentante comune⁹³.

In via di principio, quindi, la volontà di non subentrare di alcuni non impedirà che altri assumano la qualità di soci e viceversa⁹⁴ e i primi rimarranno creditori della società nei limiti delle rispettive quote, dovendo quindi i soci superstiti occuparsi

⁹¹ È quanto avviene per quei tipi societari rispetto ai quali non è possibile che le partecipazioni dei soci siano rappresentative di un valore inferiore a quello stabilito dalla legge in via diretta (v. in tema di società a responsabilità limitata il secondo comma dell'articolo 2474 cod. civ.) o in via mediata (v. in tema di società per azioni il n. 5 dell'articolo 2328 cod. civ. e il primo comma dell'articolo 2347 cod. civ.)

⁹² CASTELLANO M., *Sulla continuazione della società in caso di pluralità di eredi*, in *Riv. soc.*, 1980, pp. 803 e ss.

⁹³ S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, op. cit., p. 125. Cfr. G. COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, 2, op. cit., p. 138, il quale si esprime in senso favorevole ad una clausola che consideri gli eredi come gruppo, anziché unitariamente.

⁹⁴ Diversamente Tribunale Crema, 26 marzo 1975, cit., ove si legge che «si venne ad instaurare, prima della divisione, uno *status* di comunione incidentale ereditaria anche rispetto alla quota sociale del defunto caduta in successione [...] era sufficiente perché gli eredi continuassero validamente e legittimamente la società che anche uno di essi manifestasse la volontà di avvalersi della facoltà [di continuazione]».

della liquidazione «della (frazione di) quota agli eredi che ebbero a rifiutare la continuazione, che avverrà con gli altri coeredi, titolari ovviamente di una quota minore (ridotta della frazione da liquidarsi ai coeredi contrari alla continuazione della società); salvi naturalmente diversi accordi tra le parti, in base ai quali sia convenuto il subingresso nella totalità della quota e sia posto a carico dei subentranti l'obbligo di soddisfare le ragioni patrimoniali degli altri coeredi»⁹⁵.

Quanto poi alle modalità con le quali, in caso di mancato esercizio del diritto di recesso, i successori del *de cuius* subentrino collettivamente nella posizione da questi precedentemente rivestita, la riflessione si è orientata su due diversi fronti.

Secondo alcuni, finché rimane in vita la comunione incidentale ereditaria, essa comporta necessariamente che i coeredi debbano essere considerati come gruppo (anche nei rapporti esterni), con la conseguente formazione di una volontà unitaria tramite il metodo maggioritario⁹⁶ e nomina di un rappresentante comune⁹⁷. Infatti, si è rilevato che «non c'è dubbio che l'accettazione dell'eredità sia atto individuale e che ciascuno dei diversi chiamati sia abilitato a compierlo *uti singulus, uti individuus*. Se però più chiamati hanno accettato l'eredità, tra i vari successori universali, si instaura una comunione che abbraccia l'intero asse ereditario ed i vari eredi, sia pure temporaneamente, finché non sia stata attuata la divisione, sono assoggettati ad una disciplina di gruppo preclusa di iniziative individuali contrarie all'interesse della comunione. Al gruppo spetta decidere secondo le regole proprie della

⁹⁵ P. BOERO, *Società di capitali e cessione mortis causa*, in *Azienda e impresa, individuale e collettiva, nella successione mortis causa: problemi di diritto civile e tributario*, Quaderni di vita notarile, n. 2, Palermo, 1983, p. 131.

⁹⁶ G. IUDICA, *Clausole di continuazione della società con gli eredi dell'accomandatario*, op. cit., p. 232.

⁹⁷ Cassazione, Sezioni Unite, 11 ottobre 1957, n. 3758 e Cassazione, 16 luglio 1976, n. 2815, cit., la quale ultima rileva che «beneficiaria del patto nel quale sia prevista la trasmissibilità della quota del socio defunto a favore degli eredi collettivamente considerati è la stessa comunione ereditaria: ne consegue che non sono configurabili rapporti giuridicamente rilevanti tra i soci superstiti e i singoli contitolari della quota, ai quali soltanto compete, all'interno della comunione stessa di regolare i rapporti di comproprietà sul bene».

comunione se pretendere la liquidazione della quota o se entrare in società»⁹⁸
Secondo altri, invece, ogni coerede diverrebbe socio per la quota di propria spettanza⁹⁹.

⁹⁸ G. IUDICA, *Clausole di continuazione della società con gli eredi dell'accomandatario*, op. cit., p. 234. Tale soluzione è ritenuta conforme ai principi che regolano la materia successoria, secondo la quale i crediti non cadono in comunione (in tal senso, A. BONFILIO, *Società di persone: trasmissibilità mortis causa della quota sociale*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 202, nota a Cassazione, 16 dicembre 1988, n. 6849). L'impostazione prevalente in dottrina è nel senso che alla morte del socio, il credito ereditario da liquidazione si divide automaticamente tra i successori, conformemente al principio del diritto romano secondo cui “*nomina et debita ipso iure dividuntur*”. Del resto è quanto meno dubbio che possa aversi comunione nei diritti di credito, atteso che l'articolo 1100 cod. civ. in tema di comunione ereditaria in generale, applicabile anche alle comunioni ereditarie in virtù del richiamo all'articolo 1116 cod. civ., nel delinearne l'oggetto fa esclusivo riferimento alla proprietà e agli altri diritti reali. Da altri si è poi rilevato che la caratteristica essenziale della comunione consiste nella possibilità che ciascuno dei contitolari si serva della cosa comune senza impedire agli altri partecipanti un pari uso (articolo 1102 cod. civ.) e nella comunione dei diritti di credito l'esercizio del diritto da parte di uno dei compartecipi, ovvero la riscossione, consumerebbe in via definitiva l'oggetto stesso della comunione, privando gli altri contitolari della possibilità di beneficiarne. A questo proposito si richiamano le disposizioni di cui agli articoli 1295 (sulla divisibilità tra eredi di uno dei condebitori o di uno dei con creditori in solido in proporzione alle rispettive quote), 1314 (per cui ciascuno dei creditori di un'obbligazione non solidale con prestazione divisibile è legittimato, nei limiti della sua parte, a chiedere l'adempimento) e 1772, secondo comma, cod. civ. (che disciplina la successione di più eredi al depositante di cosa invisibile e richiede il loro consenso unanime, lasciando intendere che, nell'ipotesi di deposito di cosa divisibile, ciascun coerede sarebbe legittimato a chiedere la restituzione della propria parte), al fine di concludere nel senso che poiché il credito da liquidazione si divide automaticamente tra i successori, ciascuno di essi ha dunque il potere di decidere automaticamente il subentro in società (A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1958, p. 346).

Secondo una diversa opinione non vi sarebbero validi motivi logici e giuridici per escludere che i crediti siano suscettibili di cadere in comunione (F.D. BUSNELLI, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, Milano 1979, p. 337 e ss.; G. DE CESARE, T. GAETA, *La divisione ereditaria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, II, Padova, 1994, p. 6-7). Ciò sulla base degli articoli 727, 757 e 760 cod. civ. La prima norma, nel dettare i criteri per la formazione delle porzioni, annovera espressamente i crediti, con ciò lasciando intendere che essi facciano parte della comunione ereditaria. L'articolo 757 cod. civ., utilizzando le espressioni “è reputato” e “si considera come se

non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari” presuppone che i crediti assegnati ad un coerede per effetto della divisione, prima di tale momento siano stati in comproprietà con gli altri condividenti. L'articolo 760 cod. civ., infine, tratta espressamente delle garanzie spettanti agli assegnatari di un credito in sede di divisione, confermando dunque l'inclusione dei crediti nella comunione. In contrario non varrebbe obiettare che l'articolo 1295 cod. civ., in tema di obbligazioni, preveda la divisibilità del credito tra gli eredi di uno dei creditori in solido, posto che la disposizione citata si riferisce alla successione di un credito già solidale prima dell'apertura della successione. Comunque, anche aderendo alla tesi della caduta in comunione del credito, non si può impedire al singolo coerede di disporre del proprio diritto. Inoltre, nonostante l'art. 1108, terzo comma, cod. civ., preveda che per poter disporre efficacemente di un diritto in comproprietà sia necessario il consenso di tutti i contitolari, v'è da ricordare l'articolo 1314 cod. civ. in tema di obbligazioni parziarie che pare deroghi a tale principio.

Secondo l'impostazione dominante le obbligazioni parziarie andrebbero ricondotte nel novero di quelle soggettivamente complesse (C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, op. cit., pp. 691 e 763). Si discute se la fattispecie ivi presa in considerazione dia origine ad una molteplicità di obbligazioni autonome l'una dalle altre ovvero se l'obbligazione resti e sia unitaria. Parte della dottrina (D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1968, p. 335) giunge alla conclusione che la disposizione preveda un' automatica divisione dell'obbligazione nel momento stesso in cui viene a formarsi come soggettivamente complessa. Le singole obbligazioni che ne scaturiscono rimarrebbero connesse fra loro in dipendenza del fatto che esse traggono origine dal medesimo fatto giuridico; tanto basterebbe per qualificarle come obbligazioni parziarie. Altra parte della dottrina (F.D. BUSNELLI, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, op. cit., p. 339) obietta però che ritenere automaticamente divisa l'obbligazione in questione significherebbe privare di utilità la stessa categoria delle obbligazioni parziarie. Secondo altri ancora il concetto di obbligazione parziaria presupporrebbe una prestazione unica e indivisa, anche se suscettibile di essere eseguita pro parte (G. CARLINI, F. CLERICÒ, C. U. TRASATTI, *Morte del socio, diritti dei successori e modalità del subentro nelle società di persone*, in *Riv. not.*, 2003, VI, 1443). Quindi il credito da liquidazione della quota costituisce sì oggetto della comunione ereditaria, ma ciò non toglie che in virtù di un accordo di continuazione si scinda, consentendo ai successori di subentrare nella società autonomamente, ciascuno per la propria porzione. Comunque, sia che si aderisca alla tesi della divisibilità automatica del credito da liquidazione della quota, sia che si ritenga preferibile sostenerne la caduta in comunione, il risultato sarebbe il medesimo, potendo i successori in entrambe le ipotesi subentrare nella società autonomamente.

⁹⁹ Tuttavia secondo M. GHIDINI, *Società personali*, op. cit., p. 208, «gli eredi divengono soci per effetto della trasmissione della quota e acquisiscono quote separate, in proporzione della misura delle rispettive quote ereditarie»; cfr. A. HUECK, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, op. cit., p. 265.

La dottrina tedesca che si è occupata della questione ha sostanzialmente aderito alla prima posizione indicata, osservando che, durante l'esistenza della comunione ereditaria e prima dell'esercizio della facoltà di continuazione, che a volte compiono soltanto alcuni eredi, l'amministrazione spetta in comune ai successori del *de cuius* i quali secondo i §§ 2038, *Abs.* 2¹⁰⁰, e 745¹⁰¹ BGB possono nominare a maggioranza un amministratore scegliendo uno di loro o un terzo, oltre che *uti singuli* prendere le misure necessarie, senza la partecipazione degli altri, per la conservazione della quota di coerede (§ 2038, *Abs.* 1, BGB¹⁰²)¹⁰³. Invero, sottolinea la dottrina richiamata, il *de cuius* potrebbe anche trasferire al singolo coerede per disposizione

¹⁰⁰ „Die Vorschriften der §§ 743, 745, 746, 748 finden Anwendung. Die Teilung der Früchte erfolgt erst bei der Auseinandersetzung. Ist die Auseinandersetzung auf längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen, so kann jeder Miterbe am Schluss jedes Jahres die Teilung des Reinertrags verlangen“ («Le disposizioni dei §§ 743, 745, 746, 748 trovano applicazioneLa ripartizione dei frutti ha luogo solo in sede di divisione. Se la divisione è esclusa per un tempo superiore ad un anno, ciascun coerede può, al termine di ogni anno, pretendere la ripartizione del prodotto netto»).

¹⁰¹ „Durch Stimmenmehrheit kann eine Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstands entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Die Stimmenmehrheit ist nach der Größe der Anteile zu berechnen. Jeder Teilhaber kann, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluss geregelt ist, eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen. Eine wesentliche Veränderung des Gegenstands kann nicht beschlossen oder verlangt werden. Das Recht des einzelnen Teilhabers auf einen seinem Anteil entsprechen Bruchteil der Nutzungen kann nicht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden“ («A maggioranza dei voti possono essere decisi un'amministrazione e un godimento regolari della cosa comune, in conformità alla sua natura. La maggioranza dei voti deve computarsi secondo il valore delle quote. Se l'amministrazione e il godimento non siano regolati mediante convenzione ovvero mediante deliberazione della maggioranza, ciascun partecipante può pretendere un'amministrazione e un godimento che corrispondano all'interesse di tutti i partecipanti secondo un equo apprezzamento. Non può essere deliberato né preteso un mutamento essenziale della cosa. Il diritto di ciascun partecipante ad una parte dei frutti corrispondente alla sua quota non può essere pregiudicato senza la sua approvazione»).

¹⁰² „Die Verwaltung des Nachlasses steht den Erben gemeinschaftlich zu. Jeder Miterbe ist den anderen gegenüber verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind, die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln kann jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen treffen“ («L'amministrazione dell'asse ereditario spetta agli eredi in comune. Ciascun coerede è tenuto nei confronti degli altri a cooperare alla misure che sono richieste per l'amministrazione regolata; le misure necessarie per la conservazione possono essere prese da ciascun coerede senza la cooperazione degli altri»).

¹⁰³ G. KOEBLER, *Erbrecht und Gesellschaft*, Göttingen, 1974, p. 5.

testamentaria particolari poteri di amministrazione ovvero, in alternativa, nominare un esecutore testamentario.

Anche la successione nella quota dell'accomandante comporta il sorgere di problematiche in questo senso, posto che ancora una volta la disciplina codicistica non chiarisce, in caso di pluralità di successori, con quali modalità essi subentrino in società. Secondo una prima tesi¹⁰⁴ si verificherebbe un frazionamento della quota dell'accomandante in più quote distinte in capo ai coeredi¹⁰⁵. Seguendo una diversa impostazione, invece, in caso di morte dell'accomandante si realizzerebbe un subingresso in comunione della pluralità di eredi¹⁰⁶.

In conclusione, si tratta di una questione di interpretazione di volontà, per la cui soluzione potrà assumere un rilievo specifico l'esame del concreto comportamento delle parti. In linea di massima, però, posto che normalmente il vincolo sociale è convenuto e si svolge nelle forme di una partecipazione *uti singulus* alle vicende della

¹⁰⁴ Tribunale Torino, 27 febbraio 1978, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 697, con nota di P. BOERO, *Accomandita semplice con unico accomandatario socio d'opera: spunti interpretativi*, in *Giur. comm.*, 1979, II, pp. 697 e ss., ove si legge che «detta norma [l'articolo 2322 cod. civ.], in particolare, non prescrive affatto che la quota dell'accomandante, passando a una pluralità di eredi, debba rimanere unica e indivisibile, né che debba essere rappresentata in seno alla società da uno solo dei coeredi; in base ai principi generali successori, dunque, deve ritenersi che la quota, in sede di divisione fra i coeredi, possa essere normalmente divisa, ossia frazionata in una pluralità di quote di valore complessivo uguale all'ammontare dell'unica quota già appartenente al *de cuius*». Il giudicante, partendo dal presupposto della divisibilità della quota, sembra averne semplicemente dedotto l'ammissibilità della divisione tra coeredi della quota loro pervenuta *mortis causa*, alla stregua cioè della divisione di un qualunque cespite ereditario effettuata in sede di scioglimento della comunione instauratasi, in conformità ai principi generali del diritto successorio, per effetto del decesso del *de cuius*.

¹⁰⁵ G. FERRI, *Le società*, Torino, 1971, p. 452. In tal senso, M. GHIDINI, *Le società*, op. cit., p. 498, secondo il quale gli eredi, in forza semplicemente dell'apertura della successione e indipendentemente quindi da qualunque divisione ereditaria «entrano in società *uti singuli*, come unità soggettive, individuali, ognuno quale titolare di una propria quota, frazionaria rispetto alla quota che prima faceva capo al defunto; non entrano in società collettivamente, come unità sociale, quali contitolari di una quota unitaria, istituendosi tra essi eredi la comunione sulla quota sociale già del loro autore».

¹⁰⁶ P.G. JAEGER, F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000, p. 192; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1987, p. 204.

società, in tal senso ci si dovrà orientare in assenza di specifici elementi che inducano a ravvisare, invece, una contitolarità nella partecipazione¹⁰⁷.

12. Comunanze e differenze con la figura dell'*Eintrittsklausel*

La clausola di continuazione facoltativa è stata a volte accostata all'*Eintrittsklausel* di matrice germanica per il perseguimento dello scopo comune di favorire l'ingresso in società di un certo soggetto, solitamente un successibile dell'ereditando. V'è da osservare che le due tipologie di pattuizioni divergono, però, in modo significativo sotto il profilo della loro natura giuridica, come dimostrato dalla circostanza che la stessa dottrina tedesca contrappone alla categoria ora menzionata quella delle *Nachfolgeklauseln*, solo per le quali si configura un fenomeno successorio nella titolarità della partecipazione sociale, l'*Eintrittsklausel* o anche "*rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel*"¹⁰⁸ comportando unicamente il sorgere di una correlativa "*Anspruch auf*".

Il contratto sociale può essere articolato, infatti, in modo da dare al successore del *de cuius* la possibilità di scelta tra la continuazione facoltativa della posizione sociale precedentemente identificata in capo all'ereditando ovvero l'ingresso in società *iure proprio* in virtù di una clausola di entrata.

Se l'interessato opta per la seconda soluzione si ha la chiusura del precedente vincolo sociale, con la liquidazione della quota e l'estinzione di ogni rapporto obbligatorio legato alla posizione del socio premorto, nonché al contempo la costituzione di una nuova relazione sociale in capo al successore. Di conseguenza, solo il diritto alla liquidazione della partecipazione sarebbe disciplinato dai principi del diritto successorio, la costituzione del nuovo rapporto trovando, invece, la sua fonte direttamente nel contratto sociale.

L'*Eintrittsklausel* è quindi disancorata dalle vicende successorie del socio premorto, pur essendo costituita con tutti i caratteri del contratto a favore di terzo, nel senso

¹⁰⁷ P. BOERO, *Società di capitali e cessione mortis causa*, op. cit., p. 128.

¹⁰⁸ W. GRIEGER, *Die Unternehmensnachfolge*, in *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, op. cit., p. 683.

che „das Gesamtgeschäft setzt sich insofern aus einem schuldrechtlichen und vollziehenden Teil zusammen. Der schuldrechtliche Teil besteht aus der gesellschaftsvertraglichen Klausel und ist regelmäßig – da ohne Mitwirkung des Berechtigten vereinbart – ein Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall. Gemäß § 331 BGB steht dem Eintrittsberechtigten das Recht im Zweifel erst mit dem Tode des Gesellschafters zu, so dass bis dahin die Gesellschafter ohne Zustimmung des Berechtigten die Klausel aufheben können“¹⁰⁹.

Ciò non toglie che, pure con riguardo alla clausola di entrata, si ripropongano le problematiche sull'identificazione del beneficiario che si sono già evidenziate nell'esame della clausola di continuazione facoltativa, posto che „Eintrittsberechtigt kann sowohl ein Erbe sein [...] als auch ein Dritter, der nicht Erbe ist und auch nicht zum Kreis der gesetzlich Erbberechtigten gehört. Die Person des Eintrittsberechtigten kann sich unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben, entweder durch namentliche Benennung („beim Tod des Gesellschafters E hat Herr A das Recht, in die Gesellschaft einzutreten“) oder durch eine von Namen abstrahierende Definition („ältester Sohn des E“, „Abkömmlinge mit einer Qualifikation als...“). [...] Es genügt auch eine Regelung, wonach der Eintrittsberechtigte von den Erben, Mitgesellschaftern oder Dritten (z.B. Testamentsvollstrecker) zu bestimmen ist. Das Drittbestimmungsverbot aus § 2065 Abs. 2 BGB gilt bei der Eintrittsklausel nicht, da es sich um einen rechtsgeschäftlichen Übergang handelt und somit ein erbrechtlicher Verfügungstatbestand nicht erforderlich ist“¹¹⁰.

¹⁰⁹ «Il negozio complessivamente si presenta in quanto a questo come parte insieme obbligatoria ed esecutiva. La parte obbligatoria consiste nella clausola statutaria ed è regolarmente - posto che non prevede la collaborazione del beneficiario - un contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte. Secondo il paragrafo 331 BGB nel dubbio per il beneficiario sorge il diritto d'ingresso con la morte del socio, per cui il socio senza il consenso del beneficiario può revocare la clausola» (W. GRIEGER, *Die Unternehmensnachfolge*, in *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, op. cit., p. 699; C.T. EBENROTH, *Erbrecht*, München, 1992, p. 606).

¹¹⁰ «Il beneficiario dell'Eintrittsklausel può essere [...] un erede come pure un terzo, che non è erede e non può essere ricondotto alla categoria degli eredi legittimi. La persona del beneficiario può essere designata immediatamente nel contratto sociale, attraverso designazione nominativa (“per la morte del socio E, il signor A ha il diritto di ingresso nella società”) oppure attraverso una definizione astratta (“il figlio più anziano di E”, “il discendente con una qualifica di ...”). [...] È sufficiente anche una regola, secondo cui il beneficiario della clausola di entrata sia da designare tra gli eredi, i soci o terzi (a titolo esemplificativo l'esecutore testamentario). Il divieto di designazione del terzo ex paragrafo 2065, secondo periodo, BGB non si applica all'Eintrittsklausel, per cui vige un trasferimento attraverso negozio giuridico e dunque non è necessaria una disposizione successoria».

CAPITOLO IX

CLAUSOLE DI CONTINUAZIONE OBBLIGATORIA PER I SUCCESSIBILI DEL SOCIO

1. Individuazione della tipologia e riflessioni sulla sua natura giuridica

Le clausole cosiddette di continuazione obbligatoria si differenziano da quelle di continuazione facoltativa ora esaminate, in quanto configurano una posizione di carattere obbligatorio non solo in capo ai soci superstiti, bensì anche nei confronti dei successori del *de cuius*.

La dottrina che si è principalmente occupata della materia con riferimento alle società di persone - ove importanti conseguenze si creano sul profilo dell'assunzione della responsabilità illimitata da parte dei successori del *de cuius*, quale effetto obbligatorio delle pattuizioni in esame - ha ravvisato la ricorrenza dello schema tipico della promessa del fatto del terzo *ex* articolo 1381 cod. civ.¹.

Secondo tale ricostruzione, il socio promette la continuazione del singolo vincolo sociale da parte del proprio successore e, pertanto, quest'ultimo, qualora, come terzo del quale il socio defunto aveva promesso l'adesione al contratto di società, non vi aderisca, sarà tenuto alla corresponsione di un indennizzo in qualità di successore del promittente. Dette conclusioni si fondano sulla premessa che «l'obbligo assunto da ogni socio verso gli altri soci è un obbligo di garanzia, avente come contenuto il risarcimento del danno nel caso che il terzo (l'erede o gli eredi) non compia il fatto, cioè non aderisca alla società» e che «anche con l'accettazione dell'eredità non può dirsi che gli eredi siano obbligati ad aderire alla società; essi trovano nell'asse relitto dal *de cuius* l'obbligo del risarcimento, divenuto (o che potrà divenire) effettivo a seguito del rifiuto di essi eredi di entrare in società; e pertanto potrà solo dirsi che gli eredi accettando l'eredità e tuttavia rifiutando di divenire

¹ G. FERRI, *Le Società*, Torino, 1987, p. 277.

soci, assumono *iure hereditatis* pro quota l'obbligazione di risarcimento, verso gli altri soci, facente capo al loro *de cuius*².

Parte della dottrina ha sollevato alcune perplessità in merito alla correttezza di tale ricostruzione, evidenziando *in primis* che l'obbligo di indennizzo nasce da un inadempimento che non può che configurarsi in epoca posteriore alla morte del socio e, di conseguenza, appare discutibile che tale debito possa entrare a far parte dell'eredità³; *in secundis* che gli eredi, subentrando nella posizione del defunto, non possono considerarsi terzi⁴, succedendo, questi, nell'obbligo originariamente assunto dal socio⁵.

Si tratta di riflessioni che fuoriescono dall'oggetto della presente analisi nella misura in cui la regola generale per le società di capitali è quella della trasmissibilità *mortis causa* della partecipazione sociale, tuttavia paiono offrire indubbi spunti di riflessione sulle modalità con le quali effettivamente operi una clausola di continuazione obbligatoria inserita nello statuto di una società di capitali, avuto anche particolare riguardo alla speciale posizione del socio accomandatario.

Tralasciando momentaneamente l'analisi di questa ultima figura, si osserva che la clausola di continuazione obbligatoria non fa che riproporre la disciplina legale vigente per le società di capitali e tale circostanza induce preliminarmente ad interrogarsi sulla validità e sull'utilità, ove vi sia, di tale pattuizione.

Ferme restando le considerazioni innanzi svolte per le clausole di continuazione facoltativa con riguardo all'identificazione del terzo nei confronti del quale si producono gli effetti della pattuizione medesima, le quali si devono ritenere applicabili anche in questa sede onde evitare di incorrere nel divieto dei patti successori di cui all'articolo 458 cod. civ.⁶, certamente d'ausilio è uno sguardo alla

² M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 516.

³ F. SCAGLIONE, *Riflessioni in tema di successioni anomale e contratto di società*, in *Riv. not.*, 1994, II, p. 89.

⁴ F. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1978, p. 270.

⁵ GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2006, pp. 84-85.

⁶ Da ciò emerge che «in assenza di una precisa designazione dei destinatari la clausola contrattuale avrà soltanto una (legittima) funzione conformativa del patrimonio ereditario: laddove una precisa designazione da parte del contratto sociale darebbe luogo a un patto contrastante con la normativa

prassi delle società di capitali, dove l'efficacia della clausola ora in esame spesso si combina a quella di altre clausole nel perseguimento di finalità che in realtà trascendono quelle tipiche della continuazione obbligatoria (e quindi del regime legale).

Frequente è, infatti, il ricorso alla pattuizione in parola in correlazione ad un vincolo di intrasferibilità *inter vivos* della partecipazione sociale, finalizzato a condizionare l'effetto pratico del godimento della quota successoria disponibile al subingresso in una società comportante un possibile peso per l'erede (si pensi, a titolo esemplificativo, al caso di azioni con prestazioni accessorie) nelle stesse forme di una "condizione non sviluppata"⁷.

Astrattamente detto scopo sarebbe conseguibile sottoponendo l'istituzione di erede alla condizione sospensiva potestativa della continuazione della società per un certo periodo di tempo, ovvero gravando l'istituzione medesima dell'onere *ex* articolo 647 cod. civ. di proseguire parimenti il vincolo particolare con la società. È chiaro, però, che gli effetti derivanti dall'apposizione di uno dei due elementi accidentali indicati in precedenza sarebbero diversi da quelli propri della clausola in esame.

La condizione sospensiva e il *modus*, infatti, involgono unicamente il piano successorio, trovando debita collocazione solo nel testamento e non certo nel contratto sociale.

V'è da dire, però, che a questo proposito la Suprema Corte ha avuto modo di rilevare che «la presenza di una clausola testamentaria condizionale è rivelata non tanto dalla sua formulazione letterale e dalla sua collocazione nel contesto del negozio, quanto dal carattere intrinseco del fatto cui è subordinata l'efficacia del negozio stesso, indipendentemente dalle parole adoperate»⁸.

inderogabile di diritto successorio, come tale affetto da nullità» (S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2002, pp. 62 e ss.).

⁷ A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale. Le forme alternative al testamento: modelli stranieri, elaborazione dottrinale, esperienze pratiche*, Napoli, 1983, p. 187.

⁸ Cassazione 9 dicembre 1980, n. 6365, in *Foro it. Rep.* 1980, voce *Successione ereditaria*, nn. 77-79.

Indubbiamente la valutazione sulla sussistenza di un collegamento della disposizione *mortis causa* con altri negozi realizzati prima della redazione di essa o da compiere successivamente offre notevoli possibilità di riflessione che non possono essere astratte dalla verifica della volontà del disponente nel caso concreto.

Nel limitare l'ampiezza del campo dell'interpretazione la Suprema Corte ha, comunque, affermato che il ricorso ad elementi estrinseci al testamento e, in particolare, alla mentalità, alla cultura del testatore o agli usi praticati nell'ambiente sociale in cui egli è vissuto integra solo uno strumento ermeneutico sussidiario, come tale utilizzabile unicamente nel caso in cui la volontà testamentaria rimanga oscura, e non anche quando questa risulti chiaramente manifestata nella scheda testamentaria valutata nel suo complesso⁹.

In questo contesto, nel ricostruire la natura giuridica degli schemi attraverso i quali trova attuazione la volontà delle parti, certa dottrina ha allora suggerito il ricorso, più che agli elementi accidentali del negozio, a quella particolare figura di matrice giurisprudenziale identificata nella presupposizione¹⁰, ascrivendo pertanto il collegamento di cui si discute a motivo dell'attribuzione testamentaria¹¹.

Alla luce delle osservazioni innanzi esposte, non può essere quindi giudicata *a priori* superflua la previsione di una clausola di continuazione obbligatoria, benché questa sostanzialmente riproponga quello che è il regime legale delle società di capitali in tema di trasmissione della partecipazione sociale in caso di morte di uno dei soci. Giungendo a questa conclusione, il dibattito sulla valenza e sull'efficacia di detta tipologia convenzionale non può non interessare anche il profilo della tutela dei legittimari, della quale si darà *infra* più diffusamente conto.

⁹ Cassazione 26 luglio 1977, n. 3342, in *Foro it.*, 1978, I, p. 717. Conforme Cassazione, 6 marzo 1961, n. 479 e 26 ottobre 1957, n. 4154.

¹⁰ P. RESCIGNO, voce "Condizione", in *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 787.

¹¹ Cfr. A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale. Le forme alternative al testamento: modelli stranieri, elaborazione dottrinale, esperienze pratiche*, op. cit., pp. 187 e ss.

Si ritiene, invece, opportuno sin d'ora approfondire la questione concernente l'operatività di una clausola di continuazione obbligatoria nel contesto di una società in accomandita per azioni.

2. La clausola di continuazione obbligatoria nella società in accomandita

Ferme le considerazioni già innanzi svolte con riferimento alla clausola di continuazione facoltativa in punto di legato della partecipazione sociale nell'accomandita, accettazione con beneficio di inventario da parte dell'erede del socio accomandatario e trasmissione dei poteri gestori correlati alla figura dell'accomandatario, certamente più complessa è la situazione che si profila in presenza di una clausola di continuazione obbligatoria, stante il profilo della responsabilità illimitata che il successore dell'accomandatario, subentrando al *de cuius* nella società, verrebbe ad assumere.

Si afferma, infatti, che la clausola che pretendesse di costringere l'erede a divenire socio personalmente responsabile sarebbe nulla per contrasto con l'articolo 470 cod. civ., non potendo il defunto «disporre dell'interesse dell'erede alla libera scelta dello stato di socio»¹².

Altra dottrina, però, facendo leva sulla differente efficacia di una clausola di continuazione obbligatoria rispetto ad una clausola di successione (della quale *infra* si dirà), rileva che l'esposizione dell'erede (*rectius*: di tutti gli eredi) all'obbligo del risarcimento del danno per l'inosservanza della pattuizione in parola imputabile alla parte designata alla successione nel vincolo sociale sarebbe sacrificio minore e, quindi, tollerabile rispetto a quello discendente da una clausola di continuazione automatica.

Mentre, quindi, la clausola di continuazione obbligatoria con riferimento alla successione dell'accomandatario si espone a diversi dubbi di validità, non pare doversi negare efficacia ad una clausola in virtù della quale sia stabilito che l'erede

¹² AULETTA G., *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 934.

dell'accomandatario, con l'accettazione della sua eredità, sia tenuto ad acquistare *iure successionis* la partecipazione sociale già spettante al *de cuius* in qualità di socio accomandante.

Una clausola di questo tipo, richiamandosi peraltro alla previsione del § 139 HGB, di cui si è fatto menzione con riguardo alle clausole di continuazione facoltativa, fa sì che l'erede dell'accomandatario deceduto acquisti, con l'eredità, non il potere di scegliere tra la partecipazione alla società e la liquidazione della quota, bensì la qualità di socio, sia pure di socio accomandante, producendo sostanzialmente gli effetti di una clausola di successione, della quale ora si dirà.

CAPITOLO X

CLAUSOLE DI SUCCESSIONE

1. Individuazione della tipologia

Come già si è avuto modo di anticipare, la dottrina tradizionale usualmente riconduce alla categoria delle clausole di successione o di continuazione automatica tutte quelle pattuizioni che prevedono che il successore del *de cuius* assuma *ipso iure* la qualità di socio, senza alcuna necessità di esplicita dichiarazione, ma per il solo fatto di aver accettato l'eredità del defunto.

V'è chi addirittura ritiene che l'effetto di cui trattasi si produca già all'atto dell'apertura della successione, discendendo automaticamente da quest'ultima¹.

Attesa la diversità delle posizioni ora illustrate, pare indubbiamente opportuno svolgere una prima riflessione in ordine agli effetti che tali clausole possano produrre, dal momento che, se da un lato è evidente che esse presentano un vero e proprio carattere "successorio", come si desume dall'appellativo che le designa, dall'altro, questo deve essere posto adeguatamente in relazione con il regime legale vigente di libera trasmissibilità *mortis causa* della partecipazione in società di capitali e, soprattutto, con i principi di ordine successorio, che prevedono che la successione possa avvenire a titolo particolare ovvero universale.

Orbene, ferme restando le considerazioni già *supra* svolte in tema di libertà testamentaria, giova osservare che una cosa è prevedere la trasmissione della qualità di socio a seguito dell'accettazione dell'eredità, altra cosa è far discendere automaticamente dall'apertura della successione un effetto di natura successoria.

Invero, seguendo i principi generali della materia, è possibile attribuire un'efficacia successoria immediata solo ove ci si trovi dinanzi a disposizioni di natura particolare, ovvero a titolo di legato. Com'è noto, infatti, il legato si acquista senza

¹ In quest'ultimo senso L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2008, p. 372.

bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare. Non potendo il legatario subire un decremento patrimoniale e rispondendo nei soli limiti del valore della cosa legata, è superflua una manifestazione di volontà diretta ad accettare la delazione ed è prevista unicamente l'eventualità di una sua rinuncia, fermo restando che un'accettazione, anche tacita, è sempre ammissibile, ma produce il solo effetto di impedire una successiva rinuncia, valendo come manifestazione di volontà contraria all'esercizio di tale diritto. Resta, tuttavia, fermo che il legato è disposto o dal testatore ovvero dalla legge, mentre non sono configurabili, e ciò costituirebbe palese violazione del disposto di cui all'articolo 458 cod. civ., fattispecie convenzionali di disposizioni *mortis causa* a titolo particolare².

Ciò esclude quindi che la disposizione convenzionale in parola, per quanto riproponga la regola legale di trasmissione *mortis causa* della partecipazione sociale, possa produrre detto effetto in modo automatico. Degno di nota al riguardo è quanto osservato da una pronuncia della Corte di Cassazione, ormai non più recente, la quale afferma che, contrariamente al *nomen iuris*, «la clausola di successione, inserita nello statuto sociale, con cui si stabilisce la continuazione della società con gli eredi del socio defunto, non opera automaticamente nei confronti dell'erede designato, ma richiede che sia stata accettata l'eredità devoluta, nella quale sono comprese le quote sociali, quale bene patrimoniale del socio defunto. Pertanto, l'acquisto delle quote si verifica per successione ereditaria e non per effetto del patto stesso»³.

Anche trattando della clausola di successione, tuttavia, si rende necessario scindere il caso in cui ci si trovi dinanzi ad una partecipazione sociale che implichi la responsabilità limitata da quello in cui alla titolarità della stessa si ricollegli la

² Si ricorda, a questo proposito, che tradizionalmente sono collocate tra le disposizioni di legato *ex lege*: l'usufrutto spettante al coniuge superstite, nella disciplina vigente prima della riforma del diritto di famiglia; l'assegno periodico a carico dell'eredità, a cui ha diritto il coniuge divorziato che versi in stato di bisogno in caso di morte dell'*ex* coniuge obbligato; il diritto di abitazione e di uso dei mobili *ex* articolo 540 cod. civ.; il diritto a una parte della pensione del coniuge divorziato defunto (ormai ricondotto dalla dottrina maggioritaria ad un acquisto non *mortis causa* ma in occasione della morte).

³ Cassazione, 27 aprile 1968, n. 1311, in *Dir. fall.*, 1969, II, p. 70; in *Foro it. Rep.* 1968, voce "Successioni", n. 31. Cfr. Cassazione, 16 luglio 1976, n. 2815, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, p. 2219.

responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali. Ancora una volta, quindi, la posizione del successore del socio accomandatario in società in accomandita per azioni dovrà essere oggetto di distinta analisi rispetto a quella degli altri tipi sociali.

2. Clausola di successione e responsabilità limitata del socio

Atteso che la posizione soggettiva del socio in società per azioni o a responsabilità limitata o dell'accomandante in società in accomandita per azioni non implica la responsabilità personale ed illimitata per le obbligazioni sociali, non vi sono ragioni per dubitare della validità della clausola nella parte in cui collega l'effetto automatico dell'acquisto della partecipazione sociale all'accettazione dell'eredità e all'assunzione della qualità ereditaria.

In particolare, perché l'erede acquisti la partecipazione del *de cuius* accomandante non è necessario un espresso consenso, dal momento che nella corrispondente disciplina della società in accomandita semplice l'articolo 2322 cod. civ. prevede specularmente questo effetto acquisitivo come ordinario e fisiologico al sistema e che l'*intuitus rei* - che, comunque, prevale nella disciplina normativa del socio accomandante - giustifica questa ragionevole regolamentazione della posizione soggettiva dell'erede, in armonia con le esigenze proprie del diritto societario.

La Corte di Cassazione⁴ ha avuto modo di ribadire questi concetti statuendo che «la clausola cosiddetta di continuazione automatica prevista nell'atto costitutivo di società in accomandita semplice - in forza della quale gli eredi del socio accomandante defunto subentrano, per intero, nella posizione giuridica del loro dante causa entro la compagine sociale, a prescindere da ogni loro manifestazione di volontà - non contrasta né con la regola stabilita dall'articolo 2322, primo comma, cod. civ., che espressamente prevede la trasmissibilità per causa di morte della quota di partecipazione del socio accomandante, né con l'articolo 458 cod.

⁴ La decisione concerneva una clausola di continuazione automatica inserita nello statuto della s.a.s. Morneco di Denti Augusto & C., che così recitava: «in caso di morte o di incapacità legale degli accomandanti, la società continuerà con gli eredi che dovranno farsi rappresentare da una sola persona la quale assumerà la qualifica del socio defunto» (Cassazione, 18 dicembre 1995, n. 12906, in *Riv. not.*, 1996, pp. 914 e ss.).

civ., che con norma eccezionale non suscettibile di applicazione analogica vieta i patti successori, per non essere essa riconducibile allo schema tipico del patto successorio».

Nella pronuncia or ora menzionata si è rilevato che «gli eredi del socio defunto subentrano, per intero, nella posizione giuridica del loro dante causa, entro la compagine sociale. Gli altri soci non succedono né a titolo universale né a titolo particolare al defunto; subiscono l'effetto dell'automatico subentro nella quota di partecipazione degli eredi del socio accomandante *tempore mortis* ma non *causa mortis* [*n.d.r.*: nel senso che l'effetto, pur *mortis causa* per i successori, è solo *tempore mortis* per i soci superstiti]. Si è pertanto fuori dallo schema tipico del patto successorio, il cui divieto costituendo eccezione alla regola dell'autonomia negoziale, non può essere esteso a rapporti che non integrano la fattispecie tipizzata, in tutti i suoi elementi».

Più precisamente, con riferimento al rapporto con il divieto dei patti successori, si è osservato che la clausola in parola, intervenuta tra i soci superstiti e il *de cuius*, non integra una «ipotesi di patto contrattualmente istitutivo, perché si limita a stabilire che i soci superstiti (che non sono certamente gli eredi) continuino la società con gli eredi, per la cui scelta il futuro *de cuius* nessun mercimonio né propone, né subisce, non decidendo affatto chi sarà il suo successore, ma disponendo semplicemente che quest'ultimo sarà, se accetterà l'eredità, anche socio: né integra un patto rinunziativo, perché non si rinunzia all'altrui successione, né si rinunzia a disporre liberamente della propria»⁵.

Di conseguenza, le clausole di continuazione automatica o di successione non sarebbero in violazione dell'articolo 458 cod. civ. in quanto non attribuiscono alcun

⁵ R. CARAVAGLIOS, *Clausola di continuazione del rapporto societario ed estraneità al divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1996, p. 919. Cfr. Cassazione, 8 ottobre 2008, n. 24813, edita in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 10, pp. 1454 e ss.; in *Vita not.*, 2008, III, pp. 1456 e ss., in *Foro it.* 2008, XII, pp. 3519 e ss., in *Riv. notariato*, 2009, I, pp. 234 e ss., ove si ribadisce che la clausola di continuazione automatica non contrasta con la regola che prevede la trasmissibilità per causa di morte della partecipazione sociale nelle società di capitali, né con l'articolo 458 cod. civ., avente carattere eccezionale non suscettibile di applicazione analogica.

diritto patrimoniale a favore di soggetti determinati, limitandosi a conformare il patrimonio ereditario del socio defunto⁶. Infatti «il testatore conserva la libertà di disporre della quota *secundum voluntatem*, fermo restando l'effetto della partecipazione necessaria al contratto di società, da cui deriva l'acquisto dello *status socii* in capo al successore (erede o legatario)»⁷.

Naturalmente, anche per la clausola di successione valgono le osservazioni già *supra* svolte in tema di limitazioni per la designazione del beneficiario. In dottrina, si è, infatti, osservato che «in una clausola di successione potrebbe anche ravvisarsi un patto successorio, specie se fosse indicata la persona dell'erede o la categoria alla quale esso deve essere tratto e, a parte questo, ritenendosi implicita nell'accettazione dell'eredità l'adesione al rapporto societario, si farebbe di quest'ultima una condizione per l'acquisto dell'eredità stessa, condizione imposta non con atto di ultima volontà, come sarebbe lecito, ma per atto tra vivi»⁸.

Invero, pur condividendo i principi fondanti l'opinione dell'orientamento dottrinale ora richiamato, pare doversi precisare che la restrizione per l'individuazione del beneficiario della clausola, onde evitare di incorrere nel divieto dei patti successori, non pare doversi estendere oltre al caso dell'identificazione personale del successore. In altre parole, la mera individuazione della categoria dalla quale questi deve essere tratto - con evidente assonanza con l'operatività delle clausole di gradimento vincolato alle qualità personali richieste in capo all'avente causa (che, certo, non operano *mortis causa* come le pattuizioni ora in esame, ma rispondono comunque, giusta la previsione degli articoli 2355 *bis* e 2469 cod. civ., alla stessa logica sottesa al divieto di cui all'articolo 458 cod. civ.) - non può ritenersi inficiare la validità della clausola stessa per violazione del divieto dei patti successori.

⁶ F. TASSINARI, *Clausole in funzione successoria negli statuti delle società di persone*, in *Giur. comm.* 1995, I, p. 948.

⁷ R. CALVO, *I patti successori*, in AA. VV., *Diritto delle successioni*, a cura di R. CALVO e G. PIERLINGIERI, Napoli, 2008, p. 55.

⁸ M. V. DE GIORGI, *Morte del socio e clausole di continuazione con gli eredi*, nota a Tribunale Milano, 17 giugno 1974, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 391.

Inoltre, come già si è avuto modo di evidenziare nel precedente capitolo⁹, non pare doversi escludere *a priori* la liceità dell'esistenza di un collegamento tra l'eventuale disposizione *mortis causa* per antonomasia ed eventuali negozi conclusi *a latere* della stessa.

Vero è che, ove la clausola di successione menzionasse solamente la categoria degli eredi, da essa deriverebbe per la libertà testamentaria il vincolo dell'impossibilità di disporre della quota in favore di soggetti diversi dagli eredi designati, mediante istituzione di legato, la quale, se intervenuta, si porrebbe in contrasto con la clausola di continuazione¹⁰.

Tutto ciò porta, pertanto, alla conclusione che la clausola di successione non ha effetti automatici e la sua obbligatorietà alla continuazione del rapporto societario è legata alla scelta operata dall'erede del socio beneficiante che assume l'obbligo della continuazione con l'accettazione ereditaria in qualunque modo egli la ponga in essere, semplicemente o con beneficio d'inventario e quale che sia la successione testamentaria o legittima.

L'operatività di una clausola di successione potrà essere altresì integrata con la previsione di un meccanismo di consolidazione a favore dei soci superstiti nelle modalità già *supra* descritte: pertanto, la mancata accettazione dell'erede comporterà, in base al contratto sociale, il consolidamento della partecipazione del socio premorto nei confronti dei soci superstiti.

3. Clausola di successione e responsabilità illimitata del socio

Per quanto concerne, invece, l'operatività della clausola di successione nei confronti del successore dell'accomandatario, ancora una volta, come nella clausola di continuazione obbligatoria, si intrecciano i profili societario e successorio.

⁹ In particolare, pp. 236 e ss.

¹⁰ F. CINTIOLI, *Socio accomandante e clausole di continuazione automatica*, in *Corr. giur.*, 1996, VII, p. 803, nota a Cassazione, 18 dicembre 1995, n. 12906. In termini analoghi R. TRIOLA, *Osservazioni in tema di clausole di continuazione della società di persone con gli eredi del socio defunto*, in *Giust. civ.*, 1996, X, pp. 2647 e ss.

Occorre *in primis* rilevare che la mancanza del testamento, il verificarsi della situazione successoria legittima e gli effetti della clausola successoria prevista nel contratto sociale costituiscono un quadro giuridico che è rappresentato dalla situazione dell'erede legittimo che se accetta l'eredità (sia pure beneficiante) diviene di conseguenza socio. E come nella successione testamentaria la previsione o meno in testamento della situazione sociale non influisce sugli effetti dell'accettazione, facendo la legge per suo principio generale carico all'erede di conoscere la esatta situazione successoria per evitare di incorrere negli effetti negativi dell'accettazione, così nella successione legittima il collegamento operato dal *de cuius* tra la sua successione e le vicende del rapporto societario comporta egualmente quale effetto questa dissociazione tra la responsabilità *intra vires hereditarias* e la responsabilità sociale. L'erede che accetta con beneficio di inventario risponderà *intra vires* dei debiti ereditari, ma sarà responsabile senza limiti di quelli sociali.

«Questa pattuizione, salvata da una parte della dottrina sotto il profilo dell'eventuale contrasto con il divieto dei patti successori¹¹, è tuttavia incompatibile, in ragione dell'effetto di automaticità che vi è implicito, con il generale principio della impossibilità che un soggetto assuma lo *status* di socio personalmente responsabile a prescindere dal suo consenso. Può poi aggiungersi che, anche a voler ammettere [...] che il consenso all'assunzione dello *status* di socio illimitatamente responsabile sia contenuto nell'accettazione dell'eredità, una specifica manifestazione di volontà potrebbe comunque ritenersi necessaria in funzione dell'elemento *intuitus*: nel senso che non potrebbe essere imposto all'erede di entrare in una società personale senza fornirgli la possibilità di scegliere i *partner*»¹².

Concludendo per l'invalidità quindi di una clausola di continuazione automatica con correlata responsabilità illimitata per il successore dell'accomandatario, occorre osservare che, anche in questo caso non pare doversi negare efficacia ad una differente clausola in virtù della quale sia stabilito che il successore dell'accomandatario, con l'accettazione della sua eredità, abbia ad acquistare *iure*

¹¹ F. TASSINARI, *Clausole in funzione successoria negli statuti delle società di persone*, op. cit., p. 935.

¹² S. PATRIARCA, *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, Milano, 2002, p. 68.

successionis la partecipazione sociale già spettante al *de cuius* in qualità di socio accomandante¹³.

Infine, occorre dar conto di quell'orientamento dottrinale che si è interrogato sulla possibilità di operare una conversione della clausola di continuazione obbligatoria e di successione da intendersi, sulla scorta delle argomentazioni sopra sviluppate, nulle.

La dottrina si è occupata in particolare del caso in cui la clausola sia di dubbia interpretazione, concludendo per la possibilità di qualificarla in termini di clausola di continuazione facoltativa.

Avverte, tuttavia, condivisibilmente altra parte della dottrina che «può operare la modifica legale della clausola - mediante conversione - in considerazione del fatto che gli effetti giuridici, seppur diversi poiché in virtù della conversione sorge un obbligo a carico dei soli soci superstiti, sono comunque idonei a realizzare in modo significativo, ancorché non esaustivo, gli interessi originariamente perseguiti dalle parti attraverso l'introduzione della clausola nello statuto»¹⁴.

¹³ Cfr. Appello Milano, 7 maggio 1974, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, pp. 228 e ss., con riferimento alla quale si è osservato che «ha fatto bene il giudicante a dare ragione alla vedova, ed a considerarla socia, per il solo fatto di aver accettato l'eredità, senza bisogno di esplicita dichiarazione, ma ciò perché la clausola apposta nell'atto costitutivo dell'accomandita appellata non è clausola facoltativa (come ha ritenuto la Corte), bensì clausola di successione, e dunque la vedova, in virtù di quella clausola, aveva acquistato sì, con l'accettazione dell'eredità, la qualità di socio, ma non la qualità di accomandatario (come pare ritenere il giudicante), bensì lo *status* di accomandante» (G. IUDICA, *Clausole di continuazione della società con gli eredi dell'accomandatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, p. 228, n. 81).

¹⁴ L. BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, op. cit., p. 378.

CAPITOLO XI

CLAUSOLE DI PREDISPOSIZIONE SUCCESSORIA E TUTELA DELLE RAGIONI DEI SUCCESSIBILI LEGITTIMARI

Esaminata la natura giuridica delle varie clausole cosiddette di predisposizione successoria, si possono ora più specificamente analizzare i rimedi a disposizione dei legittimari per la tutela delle loro ragioni, ove l'applicazione di dette pattuizioni abbia comportato una lesione della quota di riserva a tali soggetti destinata.

Come noto, il nostro ordinamento appronta un apposito sistema di tutele delle ragioni dei legittimari, tra le quali vanno *in primis* ricordate l'azione di riduzione e restituzione, ma alle quali si aggiungono anche altri rimedi espressamente volti a garantire l'integrità della quota ai legittimari riservata, non ultimo il divieto di pesi o condizioni gravanti sulla legittima.

Si è già avuto modo di sottolineare come in detto sistema - completato dalla disposizione sul divieto dei patti successori, volta ad evitare la frammentazione della vicenda successoria in una pluralità di fasi, che potrebbero determinare una vanificazione dei meccanismi di riequilibrio patrimoniale suaccennati, nonché dallo stesso istituto della collazione, previsto a tutela dei coeredi legati dai rapporti di cui all'articolo 737 cod. civ. - vengano inserendosi le recenti modifiche introdotte nell'ambito societario con riguardo agli strumenti che, nonostante siano propri di quest'ultimo settore, ben si prestano ad incidere pure sul piano successorio.

Come si è anticipato, è rimesso al giudizio dell'interprete il compito di saper condurre sulle pattuizioni in esame la valutazione di meritevolezza che, in termini generali, l'articolo 1322 cod. civ. pone a fondamento del valido esplicitarsi di quella stessa autonomia contrattuale che gli articoli 2355 *bis* e 2469 cod. civ., in particolare, riaffermano a fronte dell'operatività del divieto di cui all'articolo 458 cod. civ.

A questo proposito e in diretta connessione con la portata dell'articolo 458 cod. civ., nella rilettura che di questo si è *supra* offerta, vengono anzitutto in rilievo le disposizioni che, tra quelle esaminate, realizzano un'attribuzione di natura *mortis causa*, dopo le quali meritano essere analizzate le altre disposizioni idonee ad avere effetti *post mortem* o *trans mortem*, determinando, queste, il trasferimento della partecipazione sociale ovvero, comunque, incidendo sulla direzione nella quale si realizza detta trasmissione.

1. Clausole di natura *mortis causa*

Trattando delle clausole nelle quali l'evento *mortis* assurge ad elemento di natura causale, occorre distinguere il caso in cui queste abbiano natura attributiva dalla diversa ipotesi in cui il loro effetto sia meramente conformativo del patrimonio *de residuo* dell'ereditando.

In primo luogo, occorre quindi fare riferimento alle clausole (in particolare, di consolidazione nei confronti dei soci superstiti) tramite le quali non sia stato contratto dal *de cuius* al tempo della loro sottoscrizione alcun vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale interessata.

Detta connotazione, unitamente alla struttura plurilaterale della pattuizione, sarebbe idonea, come detto, ad attrarre nell'ambito di operatività del divieto di cui all'articolo 458 cod. civ. le clausole in parola, non fosse per la previsione derogatoria dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. (e, parallelamente, dell'articolo 2469 cod. civ.), la quale consente di riconoscerne la validità in tanto in quanto siano sostanzialmente salvaguardate le ragioni dei legittimari.

Orbene, seguendo l'orientamento maggioritario della dottrina, «la quota di riserva è quota ereditaria avente un certo contenuto economico, per il suo tramite ricevendosi un'utilità ragguagliata al valore della legittima» e «il legittimario, se dunque ha diritto di essere soddisfatto mediante beni dell'asse (c.d. principio della legittima in natura), non è invece soggetto che possa pretendere di conseguire, in

tale sua veste, una porzione concreta dei beni stessi qualitativamente omogenea rispetto al tutto»¹.

Sotto tale luce, dunque, devono essere letti i parametri indicati dall'articolo 2355 *bis* (e, parallelamente, per le società a responsabilità limitata, dall'articolo 2469) cod. civ. attraverso il rinvio alla disciplina in tema di recesso e alle modalità di liquidazione della partecipazione sociale.

1.1. Clausole di attribuzione *mortis causa* della partecipazione sociale a titolo gratuito

Dalle considerazioni innanzi svolte deriva che, ove la clausola abbia natura di disposizione a causa di morte e non contenga alcuno dei correttivi indicati dal legislatore, questa ricadrà inevitabilmente nell'ambito del divieto dei patti successori e, pertanto, sarà soggetta alla sanzione della nullità. Di conseguenza, non potrà costituire un valido titolo per la successione del beneficiario nella titolarità della partecipazione sociale e, come tale, non potrà considerarsi opponibile ai legittimari, ai quali competerà l'esercizio non dell'azione di riduzione, bensì dell'ordinaria azione di nullità e di restituzione, allo scopo di attrarre nuovamente nell'alveo dei beni ereditari la partecipazione sociale che in realtà non ne era mai validamente fuoriuscita.

Clausola di consolidazione pura e conservazione del potere di disposizione della partecipazione sociale. Alla conclusione innanzi indicata si deve giungere in presenza di una clausola di consolidazione pura senza assunzione di un vincolo di indisponibilità della quota: l'effetto di accrescimento a titolo gratuito a favore degli altri soci superstiti non può, quindi, considerarsi validamente perfezionatosi, in quanto attribuzione contrattuale *de residuo* effettuata in spregio ai parametri indicati dall'articolo 2355 *bis* cod. civ. (o 2469 cod. civ.) e, come tale, pienamente

¹ S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 37. Cfr. altresì diffusamente, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 2000, pp. 99 e ss.

riconducibile al novero delle disposizioni convenzionali vietate dall'articolo 458 cod. civ.

Clausole di prelazione, di opzione e di gradimento. Come si è già sottolineato e come si avrà modo di evidenziare ulteriormente nel prosieguo, non rientrano tra le pattuizioni con le quali si realizza un'attribuzione *mortis causa* né le clausole di prelazione, né quelle di opzione né, ancora, quelle di gradimento, le quali, ove finiscano con l'impedire il consolidarsi dell'effetto successorio a favore dell'erede o del legatario del socio defunto (per l'avvenuto esercizio del diritto di preferenza o di opzione, da un lato, o per la mancata concessione del *placet*, dall'altro), comportano semplicemente la successione del socio o della stessa società, per atto *inter vivos* stipulato con il successore dell'ereditando, nella titolarità della partecipazione sociale.

1.2. Clausole di attribuzione *mortis causa* della partecipazione sociale a titolo oneroso

Rivolgendo nuovamente l'attenzione alle clausole di natura propriamente *mortis causa*, pare opportuno svolgere alcune brevi considerazioni con riguardo a quelle che determinano sì un effetto successorio in capo a soggetti diversi da quelli verso i quali si produce la vocazione testamentaria o legittima, ma che assicurano al contempo la salvaguardia delle ragioni dei legittimari, conformandosi ai parametri di cui all'articolo 2355 *bis* cod. civ. (e, per le società a responsabilità limitata, all'articolo 2469 cod. civ.), il cui rispetto ne garantisce *ex lege* l'efficacia.

Questo è il contesto, dunque, che appare più consono per la trattazione delle problematiche concernenti i meccanismi correlati ai criteri suaccennati e che si rivelano altresì comuni alle clausole che in vario modo incidono sulla trasferibilità *mortis causa* delle partecipazioni sociali (si allude, in particolare alle summenzionate clausole di prelazione, di opzione e di gradimento).

Orbene, dall'analisi sinora condotta sulle varie tipologie convenzionali che disciplinano la sorte della partecipazione sociale si è rilevato come la validità ed

efficacia delle stesse risulti ancorata sostanzialmente alla previsione, a carico della società o degli altri soci, di un obbligo di acquisto (della partecipazione, il cui trasferimento a favore del soggetto che non è in grado di ottenere la legittimazione non può concludersi compiutamente) ovvero al riconoscimento del diritto di recesso e, conseguentemente, di liquidazione della partecipazione medesima.

V'è da dire subito, però, che per le clausole che non realizzano una diretta attribuzione *mortis causa* della partecipazione sociale, ma intervengono soltanto per impedire il perfezionarsi della vicenda traslativa in capo ai successori del *de cuius* (ovvero clausole di prelazione, di opzione e di gradimento), «il termine stesso di “liquidazione” della quota del *de cuius* viene utilizzato in modo atecnico, poiché nella specie si realizza un trasferimento (in senso tecnico) delle azioni dagli eredi che hanno acquistato la titolarità *iure successionis* ai soci superstiti (o alla società o al terzo) con la conseguenza che, in tal caso, all'erede non viene “rimborsata” la quota, ma viene corrisposta un'indennità (sostanzialmente corrispondente al prezzo nella compravendita) [...] che, data la premessa, dovrebbe effettuarsi a valore di mercato delle azioni»².

Ciò chiarito sull'atecnicità che connota la nozione di “liquidazione” - che, per coerenza con il dettato legislativo, verrà comunque nel prosieguo utilizzata - non si può non rilevare come la previsione, sul piano codicistico, di una specifica disciplina per l'esercizio del diritto di recesso ha costituito lo strumento a cui si è fatto ricorso per assicurare al singolo socio (e ai suoi successori), conformemente alle direttive contenute nella legge delega, l'*exit* dalla società. L'articolo 3, comma 1, lettera f) della legge n. 366 del 3 ottobre 2001 imponeva al legislatore delegato l'obbligo di sancire *inter alia* la nullità delle clausole di intrasferibilità delle partecipazioni, non collegate alla possibilità dell'esercizio del recesso dalla società. Nell'attuare tali direttive, sono stati così, da una parte, ribadita la legittimità delle clausole di intrasferibilità assoluta e delle altre clausole limitative della trasferibilità

² L. CALVOSA, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, in *Il diritto della banca e della borsa*, Milano, 1995, p. 299.

della partecipazione sociale e, dall'altra, predisposto un rilevante contrappeso agli effetti vincolanti derivanti da tali clausole³.

È evidente che detta disciplina, trasposta in particolare sul piano della successione del socio defunto, è volta a tutelare appieno gli interessi patrimoniali dei successori del *de cuius* (legittimari in particolare) a fronte dell'assoluta rigidità della compagine sociale, le norme in materia di recesso potendo essere derogate solo dove introducano un regime più favorevole sui criteri e sui termini di liquidazione.

1.2.1. *I parametri per la liquidazione della partecipazione sociale*

Quanto da ultimo evidenziato può essere agevolmente colto attraverso un rapido confronto con la previgente disciplina, secondo la quale la liquidazione della partecipazione sociale doveva avvenire proporzionalmente ai valori del patrimonio sociale risultante dal bilancio dell'ultimo esercizio, nella totale impossibilità, quindi, di dedurre dal documento il valore reale o effettivo del patrimonio sociale.

Ora, invece, l'articolo 2437 *ter* cod. civ., nell'ambito delle società per azioni, prevede che il socio recedente ha diritto di ottenere il rimborso della partecipazione sempre in proporzione del patrimonio sociale, ma tenuto conto delle prospettive reddituali sociali⁴ nonché dell'eventuale valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso.

Con specifico riferimento a quest'ultimo punto, si è sottolineato che il valore di mercato non riguarda la partecipazione in quanto tale, bensì il patrimonio sociale. Secondo la ricostruzione effettuata dalla dottrina per valore di mercato deve intendersi, quindi, il valore che intrinsecamente il patrimonio sociale avrebbe

³ M. FAIETA, *Società a responsabilità limitata "chiusa", diritto di exit e tecniche di rimborso del valore della partecipazione sociale*, in *Riv. not.*, 2004, II, pp. 297 e ss.

⁴ Si discute se con ciò ci si riferisca anche o solo ai flussi finanziari, anziché reddituali, che misurano le entrate della gestione in termini di cassa (M. VENTORUZZO, *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, in *Riv. società.*, 2005, p. 427).

qualora fosse oggetto di scambio, ovvero un valore che dovrà riflettere quello corrente dei cespiti aziendali, incluso l'avviamento⁵.

⁵ In tal senso per le società di persone Cassazione, 14 marzo 2001, n. 3671, in *Giust. civ.*, 2001, I, pp. 2403 e ss. e in *Le società*, 2001, pp. 929 e ss., che così ha statuito: «nel caso di morte del socio di società di persone, per il calcolo della liquidazione della quota in favore degli eredi deve tenersi conto dell'effettiva consistenza economica dell'azienda sociale all'epoca dello scioglimento del rapporto, comprendendovi anche l'avviamento». Si noti che, già precedentemente alla riforma del diritto societario, la sentenza della Cassazione del 16 gennaio 1970, n. 91, in *Dir. fall.*, 1970, II, pp. 801 e ss., aveva statuito che - in una società a responsabilità limitata il cui atto costitutivo disponga che le quote sociali non possano essere ereditate né trasferite a terzi, se non dopo rinuncia scritta dei soci al proprio diritto di opzione, e che in tal caso il valore della quota sia determinato da un collegio arbitrale - alla morte di un socio il collegio arbitrale nominato secondo la procedura prevista dall'atto costitutivo è tenuto a determinare il valore della quota spettante agli eredi del socio defunto, includendo in essa il valore dell'avviamento, senza basarsi sui valori risultanti dall'ultimo bilancio. Cfr. Cassazione, 23 luglio 1969, n. 2772, in *Giust. civ.*, 1969, I, pp. 1988 e ss. ove si legge «in una società di persone, per la redazione della situazione patrimoniale da assumere a base della liquidazione della quota del socio uscente (articolo 2289 cod. civ.) non è possibile - a differenza di quanto si pratica in caso di recesso da una società per azioni - fare riferimento all'ultimo bilancio o comunque al criterio di redazione del bilancio annuale di esercizio, ma deve aversi riguardo alla sua effettiva consistenza al momento dell'uscita del socio, cioè alla situazione patrimoniale. Ne consegue che, posto che l'avviamento, come elemento del patrimonio sociale, si traduce nella probabilità (fondata su elementi presenti o passati, ma proiettata eminentemente nel futuro) di maggiori profitti per i soci superstiti, nella determinazione di detto valore si debba tenere conto non solo dei risultati economici della gestione passata, ma anche delle prudenti presunzioni della futura redditività dell'azienda, concepita in funzione così dei probabili incrementi, come delle probabili perdite»; cfr. Tribunale Milano, 3 novembre 1986, in *Le società*, 1987, pp. 402 e ss., ove si legge «la valutazione dell'avviamento non deve essere riferita solo alla situazione esistente al momento del decesso del socio: poiché il concetto stesso di avviamento indica la potenzialità dell'impresa di proseguire e sviluppare la sua attività nel futuro, la sua determinazione è imprescindibile dall'esame dell'effettivo esercizio dell'attività della società negli anni successivi allo scioglimento del rapporto limitatamente ad un socio»; Tribunale Milano, 19 gennaio 1984, in *Le società*, 1984, pp. 673 e ss., secondo cui «nella valutazione della quota spettante al socio receduto da una società personale deve tenersi conto dell'avviamento dell'azienda gestita dalla società, rispetto al quale il recesso del socio non assume rilevanza se il tipo di attività economica gestita dalla società prescinde da un apprezzabile contatto del socio con la clientela». In ogni caso, stante la disciplina attualmente vigente, il valore di avviamento deve essere comunque preso in considerazione in quanto avente la funzione di rappresentare la capacità reddituale dell'impresa.

Oltre a specificare il criterio da utilizzare per la liquidazione delle azioni quotate nei mercati regolamentati (che trascendono l'oggetto della presente analisi), la disciplina in esame prevede che lo statuto possa stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione delle azioni, indicando gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti da quest'ultimo, unitamente agli stessi criteri di rettifica, nonché ad altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in debita considerazione.

Diversamente da quanto ora illustrato per le società per azioni, la disciplina dettata dal codice con riferimento alle società a responsabilità limitata è molto più scarna, posto che il legislatore si astiene dal fornire criteri puntuali per determinare il valore della quota di partecipazione.

In epoca anteriore alla riforma del diritto societario, parte della dottrina, stante l'assenza di una specifica disciplina al riguardo, si era orientata nel senso di utilizzare anche per le società a responsabilità limitata i criteri indicati dall'articolo 2289 cod. civ., sulla scorta della comune fattispecie da regolare (ovvero la circostanza che, per patto statutario o per disposizione normativa, alla morte del socio dovesse essere liquidata la quota agli eredi) e della riconducibilità del disposto dell'articolo 2289 cod. civ. ai principi generali dell'ordinamento. A sostegno di questa posizione si invocava il principio dell'equivalenza delle prestazioni, secondo cui «alla persona che adempie l'obbligazione assunta o che viene privata di un diritto deve essere corrisposta una controprestazione sostanzialmente identica, e proprio perché con i criteri ricavabili dall'articolo 2289 si mira a determinare nella maniera più esatta possibile il valore della partecipazione sociale», «la valutazione delle varie poste deve essere effettuata non già applicando i criteri sanciti nell'articolo 2425, ma tenendo presente il loro valore venale o di mercato ed inoltre che devono essere inclusi nel calcolo anche quei cespiti che non possono figurare nel bilancio, compreso il valore dell'avviamento»⁶.

⁶ L. BUTTARO, *Sull'ampiezza e sulle conseguenze delle limitazioni alla circolazione delle quote di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1992, pp. 509 e ss.

In ogni caso, anche secondo la scarna disciplina attualmente in vigore, il bilancio costituirà un ineludibile punto di partenza per la procedura di valutazione: dovrà, tuttavia, essere aggiornato e rettificato per tener conto di eventi successivi e/o dell'utile o della perdita in corso di formazione.

Quanto alla possibile predeterminazione del valore della partecipazione, parte della dottrina osserva che «sarà lecita se e in quanto, con riguardo alle fattispecie legali, conduca ad un risultato non inferiore rispetto a quello ricavabile dal criterio legale»⁷.

Con riferimento in genere alle società di capitali, dottrina e giurisprudenza si sono, poi, interrogate, sulla natura del credito che nei casi in esame sorge a favore dei successori del *de cuius*.

L'opinione prevalente ritiene che il diritto di ottenere la liquidazione della partecipazione - una volta perfezionatosi - assuma natura di credito di valuta e non di valore, di conseguenza, essendo produttivo di interessi, salvo diversa disposizione convenzionale, in misura pari al saggio legale. Posto che sia l'articolo 2437 che l'articolo 2473 cod. civ. individuano un termine entro il quale la società deve procedere alla liquidazione della partecipazione - fissato in 180 giorni dalla

⁷ In tal senso, F. ANNUNZIATA, *Commento sub articolo 2473 cod. civ.*, in *Società a responsabilità limitata* a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GREZZI e M. NOTARI, Milano, 2008, p. 526, la quale rileva, inoltre che, di contro, per le fattispecie di recesso di mera fonte statutaria, l'atto costitutivo potrà stabilire diversi criteri valutativi: in tal senso è da ritenere che i criteri potranno essere sia migliorativi, sia peggiorativi rispetto a quello legale.

Per ciò che concerne l'eventuale "premio di maggioranza", la soluzione accolta in dottrina è nel senso negativo posto che la partecipazione stessa del socio nel momento in cui viene offerta ad altri soci nell'ambito del procedimento tracciato dall'articolo 2473 cod. civ. finisce per essere frazionata. Ne deriva che sarebbe illogico imporre agli altri soci di corrispondere un prezzo per tale premio, là dove la partecipazione trasferita per effetto del recesso potrebbe non essere più rappresentativa di una quota maggioritaria o comunque rilevante. Allo stesso modo si ritiene che non si debba assoggettare il valore di liquidazione ad uno "sconto di minoranza", posto che ciò potrebbe rendere agevole alla maggioranza l'espropriazione di una parte di ricchezza dei soci minoritari.

Quanto, invece, alla valorizzazione di particolari diritti *ex* articolo 2468, comma terzo, cod. civ. deve condividersi la posizione di quella dottrina che ritiene che di tali diritti debba tenersi conto nella determinazione della quota.

comunicazione dalla quale discende il diritto alla liquidazione - è da ritenere che il credito del socio maturerà interessi soltanto a decorrere da tale termine⁸.

Dominante è, poi, l'orientamento che ritiene che il valore della partecipazione vada fotografato alla data di apertura della successione del socio, poiché a quel momento è riconducibile la conversione della quota o dell'azione in diritto di credito.

Con specifico riferimento alla società a responsabilità limitata si tratta, però, di conciliare detto assunto con la previsione di cui all'ultimo comma dell'articolo 2469 cod. civ. che riconosce la facoltà di inserire, nei casi in cui siano previsti limiti o vincoli alla circolazione, un termine biennale statutario prima del quale non si possa esercitare il recesso. Il diritto patrimoniale del successore va, tuttavia, salvaguardato nel senso che il valore della partecipazione andrebbe computato dalla data di apertura della successione, eludendosi in caso contrario il presupposto stesso per la validità della clausola, la quale si fonda sul principio di equivalenza tra il valore patrimoniale della partecipazione e il corrispettivo della liquidazione. Si deve ritenere, quindi, che il differimento del termine biennale possa riguardare unicamente la liquidazione della partecipazione valutata all'apertura della successione del socio defunto.

⁸ Cassazione, 19 agosto 1983, n. 5407, in *Dir. fall.*, 1984, II, pp. 350 e ss., in *Giur. comm.*, 1984, II, pp. 350 e ss., la quale ha statuito che «in caso di scioglimento particolare del vincolo, il socio uscente o i suoi eredi hanno diritto soltanto ad una somma di denaro che rappresenti il valore della quota: l'obbligazione si qualifica come pecuniaria ed è soggetta pertanto al principio nominalistico da cui sono retti i debiti di valuta. È dunque irrilevante il fatto che la somma dovuta sia pari al valore della quota e costituisca l'espressione monetaria in una frazione del patrimonio sociale composta di beni reali, dal momento che tale patrimonio rappresenta un semplice parametro per la determinazione del debito, senza alcun riferimento al valore reale dei beni della società». Qualche incertezza vi era stata nelle prime pronunce sull'argomento: Tribunale Genova, 17 dicembre 1949, in *Foro it.*, 1950, I, p. 1279, e Tribunale Siena, 11 gennaio 1954, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 1406, avevano infatti concluso nel senso che il debito relativo al rimborso della quota avrebbe dovuto considerarsi come "di valore". L'orientamento della giurisprudenza si è poi assestato in direzione opposta già con Cassazione, 20 marzo 1959, n. 834, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 32; Cassazione, 7 maggio 1974, n. 1728, in *Dir. fall.*, 1975, p. 278; Cassazione, 22 dicembre 1978, n. 6156, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 179. Cfr. R. COSTI, *Società in generale, società di persone, associazione in partecipazione*, Torino, 1991, p. 637.

1.2.2. Un riferimento alla disciplina tedesca

Anche la posizione del legislatore tedesco si traduce in una sostanziale apertura verso l'autonomia statutaria, prevedendo, in presenza di un riscatto delle partecipazioni sociali, che in caso di *angeordnete Zwangseinziehung* il corrispettivo sia fissato nello statuto, mentre nell'ipotesi di *gestattete Zwangseinziehung* esso possa, in via alternativa, essere rimesso alla decisione dell'assemblea nei limiti di un *angemessener* (congruo) corrispettivo.

L'adeguatezza del corrispettivo è valutata in relazione al valore di mercato ovvero alla determinazione del valore economico del giorno in cui la partecipazione, mediante la *Einziehung Handlung*, viene estinta, ferma restando la possibilità di esercizio di un'azione ex § 315, Abs. 3, BGB, in virtù della quale la determinazione del valore può avvenire mediante sentenza⁹.

Solo lo statuto potrebbe, infine, fissare valori bassi di liquidazione o prevedere una *Einziehung* gratuita¹⁰.

„Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird“ («Se la determinazione deve aver luogo secondo equo apprezzamento, la determinazione eseguita è vincolante nei confronti dell'altra parte solo se essa corrisponde ad equità. Se essa non corrisponde ad equità, la determinazione ha luogo mediante sentenza; lo stesso vale, se la determinazione viene ritardata»).

¹⁰ W. GRIEGER, *Die Unternehmensnachfolge*, in *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, Köln, 2010, p. 728, Rz. 328; U. HÜFFER, *Aktiengesetz*, München, 2008, sub § 237, p. 1171, Rz. 17, secondo il quale *„Geregelt nicht, ob und in welcher Höhe AG dem betroffenen Aktionär ein Einziehungsentgelt zu zahlen hat. Bei angeordneter Zwangseinziehung sind Fragen des Einziehungsentgelts zwingend in der Satzung selbst zu regeln [...] Einziehungsentgelt muss nicht notwendig dem wirklichen Wert der Aktie entsprechen. Höheres Entgelt ist zulässig, weil Gesellschaftsgläubiger nach § 237 II 1 iVm § 225, 237 III geschützt sind. Zulässig ist aber auch ein unter dem wirklichen Wert liegendes Entgelt; es kann nach jedenfalls früher hM auch ganz ausgeschlossen werden, was fragwürdig erscheint. Unentgeltliche Einziehung ist, sofern man sie überhaupt anerkennt, auch bei Zwangsvollstreckung gegen Aktionär oder im Fall seiner Insolvenz zulässig, es sei denn, Satzung beschränkt Unentgeltlichkeit auf diese Fälle und setzt bei anderen in Person des Gesellschafters liegenden Einziehungsgründen ein Entgelt fest“* («Non è disciplinato se e in che misura la AG versi una liquidazione all'azionista coinvolto. In caso di riscatto disciplinato vi sono questioni sulla liquidazione da prevedere coattivamente nello stesso statuto [...] La

Occorre precisare che, con riferimento alle *GmbH*, l'esclusione dell'indennizzo (*Abfindungsausschluß*) per gli eredi nei cui confronti sia stata esercitata dai soci la *Einziehung* dell'ereditata partecipazione sociale viene configurata come valida donazione tra vivi a causa di morte (*Schenkung unter Lebenden von Todes wegen*) ai sensi del § 2301 *BGB*¹¹, in senso, quindi, completamente opposto all'orientamento assunto nel nostro ordinamento; la limitazione dell'indennizzo viene invece configurata, secondo l'interpretazione della volontà delle parti, come negozio *mixtum cum donatione (als gemischte Schenkung)*.

Del resto, non essendo le norme sull'*Abfindung* inderogabili, è ammissibile una riduzione o anche un'esclusione dell'*Abfindungsanspruch* degli eredi, a meno che non venga leso il diritto di legittima¹², anche se nell'ordinamento tedesco l'erede può rinunciare alla propria quota di legittima, anche contrattualmente.

L'esclusione dell'indennizzo potrebbe tuttavia porre problemi di applicabilità del § 2301 *BGB*: tale previsione non troverebbe applicazione, ove l'esclusione operasse in

*liquidazione non deve necessariamente corrispondere al valore reale dell'azione. È possibile una liquidazione maggiore, perché i creditori sociali sono protetti ai sensi del paragrafo § 237 II 1 iVm § 225, 237 III. È possibile però anche che sia stabilita una liquidazione inferiore al valore reale; è possibile che in ogni caso sia preclusa anche completamente, il che appare dubbio. Il riscatto gratuito, per quanto sia principalmente riconosciuto, possibile anche in esecuzione obbligatoria contro l'azionista o in caso di suo fallimento, poiché lo statuto limita la gratuità a questi casi e rimane ferma una liquidazione per altri motivi di riscatto prestabiliti relativi alla persona del socio»). Tuttavia, M. LUTTER, in *Kölner Kommentar z. AktG.*, Band 5, §§ 221-240, 2 Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, sub § 237, p. 798, afferma che „die unentgeltliche Einziehung ist problematisch, weil durch sie der betreffende Aktionär vollständig expropriert wird“ («il riscatto a titolo gratuito è problematico, perché attraverso di questo il socio interessato potrebbe essere completamente esautorato»).*

¹¹ „Auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt wird, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, finden die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung. Das Gleiche gilt für ein schenkweise unter dieser Bedingung erteiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art. Vollzieht der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstands, so finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung“ («Ad una promessa di donazione che è fatta sotto la condizione che il donatario sopravviva al donante, trovano applicazione le prescrizioni sulle disposizioni a causa di morte. Lo stesso vale per una promessa di pagamento o per un riconoscimento di debito del tipo indicato nel §§ 780, 781 fatte a titolo di donazione sotto questa condizione. Se il donante esegue la donazione con la prestazione del bene donato, trovano applicazione le disposizioni sulle donazioni tra vivi»).

¹² Da cui in passato sarebbe discesa l'illiceità ex § 138 *HGB*, ormai abrogato.

caso di morte di ciascun socio, posto che l'assegnazione della partecipazione sociale non dipenderebbe da una donazione, bensì da una gratuita e reciproca obbligazione dei soci, sempre *mortis causa*¹³. Vero è che parte della dottrina tedesca ha anche escluso la gratuità dell'attribuzione ai soci superstiti in ragione del profilo aleatorio assunto dalla clausola al momento della sua introduzione¹⁴, con una sovrapposizione di valutazioni che riprende, sostanzialmente, le considerazioni di quella nostra dottrina già illustrate nel capitolo sulle clausole di consolidazione.

V'è da dire, in ogni caso, che «talora si profila il dubbio, altre volte si dà per sicura l'elusione delle norme di diritto ereditario. Così [...] viene adombrato il sospetto che l'irrevocabilità dell'attribuzione promessa al terzo, l'esclusione del recesso (la *Kündigung* del sistema tedesco) e la definitiva determinazione del terzo beneficiario si traducano in una donazione dello stipulante al terzo, da sottoporre alle regole del contratto ereditario attraverso la parifica che, tra *Erbvertrag* e donazione *mortis causa* con promessa da eseguire dopo la morte del donante, viene istituita nel codice germanico»¹⁵. Del resto, una delle possibili applicazioni dell'*Erbvertrag* cui si faceva riferimento nei "Motivi" del codice germanico era proprio quella del settore dell'economia dell'impresa agraria a conduzione familiare, dove l'istituzione contrattuale di erede poteva accompagnarsi a forme associative nella gestione dell'azienda.

1.2.3. Modalità della liquidazione della partecipazione sociale

Passando ora all'esame delle modalità con le quali può avvenire la liquidazione della partecipazione sociale, si osserva che il sistema previgente alla riforma del diritto societario era piuttosto lacunoso al riguardo. In tema di società per azioni l'orientamento dominante riteneva che l'ente societario fosse libero di scegliere se

¹³ M. HABERSACH, *Die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils beim Tod des GmbH-Gesellschafters*, in ZIP, 1990, pp. 625 e ss.

¹⁴ H. WIEDEMANN, *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*, München-Berlin, 1965, p. 190.

¹⁵ M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, pp. 211 e ss.

procedere subito alla riduzione del capitale sociale o acquistare le azioni da liquidare.

Attualmente, invece, il codice indica una serie di modalità, le quali, in via subordinata l'una all'altra, devono essere seguite per la liquidazione della partecipazione stessa, a differenza della disciplina applicabile per le società a responsabilità limitata, ove la fissazione delle modalità con le quali si realizza detta liquidazione e dei relativi tempi (entro il massimo di 180 giorni) è lasciata all'autonomia dello statuto. La dottrina e la giurisprudenza sono tendenzialmente concordi, tuttavia, nel ritenere che, qualora il contratto sociale di una società a responsabilità limitata non regoli in tutto o in parte l'iter di liquidazione, possa comunque farsi riferimento alla disciplina dettata in tema di società per azioni, atteso che l'articolo 2473 cod. civ. fa già applicazione di schemi discendenti da questa. Del resto «il canone dell'interpretazione sistematica e dell'integrazione analogica impone di valorizzare l'unità sistematica dell'ordinamento societario, nella misura in cui ciò non sia impedito da una effettiva asimmetria funzionale»¹⁶.

Con la riforma del diritto societario si è posto anche termine all'annosa disputa relativa all'individuazione del soggetto tenuto alla liquidazione della partecipazione¹⁷.

¹⁶ D. GALLETTI, *Commento sub articolo 2473 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2007, p. 1008.

¹⁷ Peraltro comune anche alle società di persone, ove massima espressione di tale contrasto giurisprudenziale è rappresentata da due opposte decisioni della medesima sezione della Suprema Corte che, a distanza di due giorni, si pronunziano in senso diametralmente opposto: si tratta di Cassazione, 20 aprile 1994, n. 3773, e Cassazione, 22 aprile 1994, n. 3842 (le cui massime sono di seguito riportate).

Il contrasto non si è sopito neppure a seguito dell'intervento delle sezioni unite (Cassazione, Sezioni Unite, 26 aprile 2000, n. 291, in *Giur. comm.*, 2000, II, pp. 402 e ss.), nella quale si legge «l'art. 2289 cod. civ., cioè la norma che contempla il diritto alla quota, pur non definendolo come credito verso la società, detta disposizioni che sottendono tale consistenza, tenendosi conto che fa rispondere al diritto stesso l'obbligo della "liquidazione", vale a dire un adempimento di storno di una porzione del patrimonio sociale cui soltanto la società può provvedere, ed inoltre correla il *quantum* alla situazione patrimoniale della società, maggiorandolo o riducendolo con le sopravvenienze attive o

Il mutamento del quadro normativo, con il richiamo alla disciplina sul recesso, impone da ultimo l'obbligo di rimborso a carico della società, la quale, ove il collocamento presso i soci superstiti o terzi non sia stato condotto, deve attingere preliminarmente agli utili distribuibili e alle risorse disponibili e, in mancanza, procedere alla riduzione effettiva del capitale sociale.

passive delle operazioni in corso, nell'implicito presupposto della coincidenza del soggetto titolare di quella situazione e di quelle sopravvenienze con il soggetto obbligato alla liquidazione».

In tal senso si vedano Cassazione, 21 gennaio 2000, n. 642, in *Le società*, 2000, p. 697; Cassazione, 13 dicembre 1999, n. 13954, in *Giur. it.*, 2000, p. 1215, secondo cui «obbligata alla liquidazione della quota è la società e non i soci superstiti, anche nell'ipotesi di società di fatto, pur sempre dotata di personalità giuridica. Lo scioglimento del vincolo sociale limitatamente ad un socio determina un credito nei confronti della società e non direttamente dei soci, la cui responsabilità è solo sussidiaria, come per ogni altro debito sociale»; Cassazione, 19 novembre 1999, n. 12833, in *Riv. Notariato*, 2000, p. 990, secondo cui «la società di fatto, ancorché irregolare e non munita di personalità giuridica, è tuttavia soggetto di diritto, in quanto titolare di un patrimonio, con la conseguenza che detta società è passivamente legittimata nei casi di liquidazione della quota sociale»; Cassazione, 10 giugno 1998, n. 5757, in *Notariato*, 1999, p. 27; Cassazione, 11 febbraio 1998, n. 1403, in *Giur. it.*, 1999, p. 106; Cassazione, 20 aprile 1994, n. 3773, in *Società*, 1994, p. 1053, secondo cui «la s.n.c. ancorché non munita di personalità giuridica, è soggetto di diritto, in quanto titolare di un patrimonio formato con i beni conferiti dai soci, con la conseguenza che detta società è passivamente legittimata rispetto alla domanda del socio escluso - e quindi terzo, rispetto al rapporto sociale - che chieda la liquidazione della sua quota, la quale costituisce un debito della società e non dei singoli componenti della stessa»; Cassazione, 22 aprile 1994, n. 3842, la cui massima è del seguente tenore: «con riguardo a s.n.c. di soli due soci - a ciascuno dei quali l'atto costitutivo attribuisce disgiuntamente poteri di firma e di rappresentanza, sia per gli atti di ordinaria che di straordinaria amministrazione - unico legittimato contraddittore dell'ex socio, per le controversie relative alla liquidazione della sua quota, non può che essere l'altro socio, non essendo configurabile per quanto riguarda i rapporti interni una volontà ed un interesse della società, come autonomo soggetto giuridico, distinti e potenzialmente antagonisti a quelli dei soci». In tal senso anche Appello Cagliari, 21 maggio 1982, in *Giur. comm.* 1983, II, p. 978; Tribunale Monza, 2 giugno 1989, in *Foro pad.*, 1990, I, p. 57; Tribunale Torino, 31 marzo 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, p. 734. Individuano nei soci la controparte processuale alla quale giudizialmente richiedere la liquidazione della quota: Appello Milano, 12 giugno 1990, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, p. 204; Appello Milano, 14 gennaio 1982, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, pag. 262; Appello Roma, 9 ottobre 1989 e Tribunale Pavia, 2 aprile 1989, entrambe in *Foro it.*, 1990, I, p. 1688, ove anche l'opposta decisione di Tribunale Monza, 2 giugno 1989; Tribunale Perugia, 5 marzo 1979, in *Vita notarile*, 1980, p. 1296. M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, pp. 599 e ss.

La disciplina codicistica, quindi, *in primis* prevede per le società per azioni, ed ammette, mediante disposizione del contratto sociale, per le società a responsabilità limitata, l'acquisto da parte degli altri soci (proporzionalmente alle loro partecipazioni) ovvero da un terzo.

Pertanto, mentre per le seconde l'acquisto da parte dei soci o di un terzo della partecipazione rappresenta una mera eventualità, nel caso delle società per azioni costituisce una fase obbligatoria della procedura di liquidazione.

Occorre precisare che, nel caso della società a responsabilità limitata, qualora la partecipazione non sia acquistata da parte degli altri soci, la cessione a terzi avviene a favore di un soggetto concordemente individuato dai soci medesimi, laddove, per le società per azioni, sono gli amministratori a procedere all'offerta a terzi, nei modi e con le forme previste all'articolo 2437 *quater* cod. civ.

Con riferimento al criterio della proporzionalità succitata, si è precisato che non possa essere escluso o limitato se non con il consenso del singolo socio; tuttavia, quantomeno per le società a responsabilità limitata, qualora uno o più soci non intendano esercitare il loro diritto, la quota del socio uscente potrà essere acquistata dagli altri soci, anche in via non proporzionale. La tutela che è connessa con la regola di proporzionalità non può, infatti, esaurirsi all'atto della prima offerta della partecipazione del socio uscente.

Ciò non esclude, naturalmente, che l'acquisto da parte del terzo possa eventualmente combinarsi con quello da parte degli altri soci e, secondo alcuni, possa verificarsi anche a seguito di offerta in concorrenza con quest'ultimi.

Qualora la partecipazione del *de cuius* non sia acquisita né dai soci, né da un terzo, il rimborso, sia nella società per azioni che in quella a responsabilità limitata, è effettuato utilizzando riserve disponibili. Atteso che il disposto codicistico non fornisce alcuna definizione di ciò che si identifica con riserve disponibili,

l'orientamento maggioritario della dottrina ne ha ricostruito il significato con riferimento alla disciplina dell'acquisto delle azioni proprie¹⁸.

Vale la pena ricordare, però, che, ai sensi dell'articolo 2474 cod. civ., non è ammesso alcun acquisto di partecipazioni proprie nel caso di società a responsabilità limitata. Di conseguenza, la partecipazione del socio deceduto non può che andare ad accrescere, proporzionalmente, quella degli altri soci, producendosi quindi gli stessi effetti di una clausola di consolidazione.

Tale posizione, in realtà, non è unanimemente accolta. Vi è chi ritiene, infatti, che un effetto di siffatto tenore sia inconciliabile con la *ratio* insita nel divieto di acquisto di partecipazioni proprie da parte delle società a responsabilità limitata¹⁹. Pertanto delle due l'una: o si aderisce alla tesi che fonda l'interpretazione della norma in questione sul testo della relazione al codice civile - secondo la quale il divieto in questione troverebbe la sua logica nel fatto che l'acquisto della partecipazione da parte della società determinerebbe, in assenza di titolo che la incorpori, l'estinzione di questa - e si conclude nel senso che l'acquisto di

¹⁸ A questo proposito si pone il dubbio se si renda integralmente applicabile la disciplina dell'articolo 2357 c.c. in tema di acquisto di azioni proprie come disposto dall'articolo 2355 *bis*, comma secondo, cod. civ., ovvero se si applichi la deroga al terzo comma dell'articolo 2357, prevista espressamente per il recesso dall'articolo 2437 *quater* cod. civ. Alla luce anche delle direttive comunitarie in materia, deve ritenersi che siano applicabili tutti i limiti indicati dagli articoli 2357 e ss., salvo quelli espressamente esclusi dall'articolo 2437 *quater* cod. civ., ovvero quello del decimo del capitale.

V'è da dire però che, secondo alcuni, la deroga a detto limite quantitativo presenterebbe dubbi profili di compatibilità con la seconda direttiva comunitaria in materia societaria (77/91/CEE), la quale consente di derogare ai limiti previsti per gli acquisti in casi completamente diversi da quello in esame, salvo che la fattispecie *de qua* possa essere ricondotta all'ambito applicativo dell'articolo 39 in materia di azioni riscattabili, che stabilisce che, ove la legislazione dello Stato membro lo permetta, il riscatto, prima della sottoscrizione delle azioni riscattabili, deve essere autorizzato dallo statuto (o dall'atto costitutivo) ed ivi regolato in ordine alle condizioni e alle modalità attuative nel rispetto, in ogni caso, del limite del 10%, al cui superamento deve seguire l'alienazione delle partecipazioni eccedenti entro tre anni.

¹⁹ M. FAIETA, *Società a responsabilità limitata "chiusa", diritto di exit e tecniche di rimborso del valore della partecipazione sociale*, op. cit., pp. 297 e ss.

partecipazioni proprie è sempre precluso ad una società a responsabilità limitata e che, pertanto, la norma in questione sarebbe inapplicabile; o si ritiene che la logica del divieto debba rinvenirsi in una differente precisa scelta del legislatore - che taluni fondano sull'esigenza di evitare forme di recesso mascherato²⁰, altri sulla necessità di impedire speculazioni sulle quote e premature restituzioni del capitale²¹, altri ancora sull'insussistenza di un mercato secondario per le partecipazioni in società a responsabilità limitata²² - e che la norma dell'articolo 2473, comma quarto, cod. civ. costituisce, quindi, un'eccezione al divieto imposto dall'articolo 2474 cod. civ.

Nel caso in cui, poi, non sia possibile procedere mediante una delle vie già indicate, sia la disciplina della società per azioni che quella della società a responsabilità limitata prevedono che il rimborso della partecipazione sociale debba avvenire mediante riduzione del capitale sociale, ai sensi del secondo, terzo e quarto comma dell'articolo 2445 cod. civ. (per la società per azioni) o dell'articolo 2482 cod. civ. (per la società a responsabilità limitata²³), salva l'opposizione dei creditori, dalla quale potrebbe discendere la stessa liquidazione della società. In tale eventualità, i successori vedrebbero riconosciuto il loro diritto di credito alla fine della procedura di liquidazione, in sede di ripartizione dell'attivo, una volta soddisfatti i creditori sociali²⁴.

Analogamente, nell'ordinamento tedesco, ove la *Abfindung* non possa essere effettuata mediante utili di bilancio o riserve disponibili, si rende necessaria una

²⁰ G. COTTINO, *Le società, Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1999, p. 699.

²¹ G. SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1984, p. 179.

²² M. DI RIENZO, *Il divieto di operazioni sulle proprie quote nella s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 167.

²³ Sulla rilevanza del riferimento all'articolo 2482 cod. civ. onde evitare un'indebita diminuzione del patrimonio sociale in danno dei creditori della società, si rinvia a S. BORRELLI, *Sulla clausola di intransferibilità "mortis causa" della quota di società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2004, I, pp. 59 e ss.

²⁴ M. CALLEGARI, *2437 quater – criteri di determinazione del valore delle azioni*, in *Il nuovo diritto societario*, in *Commentario* diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, p. 1433.

riduzione del capitale; e il riscatto potrebbe allora essere esercitato (anziché dalla società) dagli azionisti o da terzi²⁵.

Nei casi innanzi elencati, dunque, ove non siano stati rispettati i criteri e i parametri indicati dall'articolo 2355 *bis* cod. civ. (e dall'articolo 2469 cod. civ., per le società a responsabilità limitata), il successore dell'ereditando, la cui successione *mortis causa* nella titolarità della partecipazione sociale e nella relativa legittimazione sia stata ingiustificatamente impedita, avrà diritto ad agire in via ordinaria per far valere l'inefficacia, eventualmente parziale, della clausola medesima. L'azione si dovrà strutturare nelle forme di una condanna ad un *facere* (ovvero l'iscrizione nel libro soci), previo accertamento del relativo diritto²⁶, salvo in ogni caso il risarcimento del danno.

Clausole di consolidazione spuria senza assunzione di alcun vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale. Tali sono, dunque, le conclusioni alle quali si deve approdare in presenza di una clausola di accrescimento a favore dei soci superstiti, la quale disponga, altresì, che a fronte di detta consolidazione *mortis causa*, debba essere riconosciuta una liquidazione a favore dei successibili dell'ereditando. Solo ove detta indennità non corrisponda ai parametri dalla legge indicati, potranno attivarsi i rimedi, *ex* articolo 2355 *bis*, terzo comma, o 2469, secondo comma, cod. civ., volti a disconoscere l'efficacia della pattuizione medesima.

1.3. Clausole meramente conformative

Trattando delle clausole di consolidazione a favore dei soci superstiti nonché di quelle di continuazione obbligatoria e di successione per i successibili del socio

²⁵ M. KORT, *Aktien aus vernichteten Kapitalerhöhungen*, in *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, 1994, p. 291, p. 316.

²⁶ In tal senso, Cassazione, 15 luglio 2004, n. 13106, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 2006, I, pp. 1 e ss., la quale si è pronunciata su una vicenda che aveva visto la società rifiutare l'iscrizione nel libro soci in base ad una clausola dichiarata nulla e l'acquirente agire in giudizio per la condanna dell'ente ad un *facere*, ovvero l'iscrizione.

premorte si è messo in evidenza il carattere di tipo conformativo del patrimonio ereditario che le disposizioni convenzionali in parola assumono.

Clausole di consolidazione. Come si è avuto modo di evidenziare precedentemente, il carattere conformativo delle clausole rubricate non può essere scisso da quello attributivo e preponderante delle medesime; pertanto, per quanto concerne le clausole di accrescimento che si traducono in un'attribuzione *mortis causa* si rinvia a quanto già evidenziato *supra*, mentre per ciò che riguarda le altre ipotesi di consolidazione si rimanda a ciò che si dirà in prosieguo.

Clausole di continuazione obbligatoria e di successione. Preliminarmente occorre isolare all'interno delle tipologie ora menzionate l'ipotesi in cui la continuazione, obbligatoria o automatica, inerisca alla successione dell'accomandatario, essendo in questo caso, quanto meno, dubbia la validità e, di conseguenza, l'efficacia della pattuizione ove si persegua l'effetto concreto dell'acquisto di una responsabilità illimitata da parte del successore.

Concentrandosi, invece, sulle altre clausole di continuazione obbligatoria e di successione, si osserva che queste, ove formulate rinviando la designazione o, comunque, l'individuazione dello specifico beneficiario soltanto al momento del decesso del *de cuius*, ripropongono il regime legale della libera trasmissione della partecipazione sociale per causa di morte del socio, senza incorrere perciò nel divieto dei patti successori.

V'è da dire, però, che le stesse non si sottraggono al sistema di tutele approntato in favore dei legittimari e, pertanto, sono immediatamente soggette alla regola in forza della quale a questi ultimi, se contemplati come eredi (o legatari), non possono imponersi condizioni e oneri sulla quota loro riservata dalla legge *ex* articolo 549 cod. civ., pena la nullità della disposizione medesima.

In siffatta ipotesi il legittimario leso non avrà alcuna necessità di esperire, al fine di rimuovere i pesi gravanti sulla sua quota di legittima, l'azione di riduzione, essendo sufficiente invocare la nullità della disposizione. Si è precisato, a tale proposito, che «la sfera di operatività dell'articolo 549 cod. civ. non comprende esclusivamente l'ipotesi della disposizione testamentaria, la quale comporti un sacrificio economico

incidente sulla legittima: al contrario, nulle dovranno essere altresì giudicate le condizioni che subordinino il conseguimento o la conservazione della quota riservata al compimento, da parte del legittimario di un *facere* che pure non si traduca in alcuna perdita economica apprezzabile a suo carico»²⁷. Emblematico, a questo proposito, il caso già accennato della clausola finalizzata, in sinergia con un vincolo di intrasferibilità *inter vivos* della partecipazione sociale, a condizionare l'effetto pratico del godimento della quota successoria disponibile al subingresso nella società comportante un peso per l'erede identificabile nell'esecuzione di prestazioni accessorie.

Non si può, poi, escludere che in presenza delle clausole in esame ricorrano gli estremi della preterizione di altri successibili legittimari, ascrivibile «a disposizioni di ultima volontà, a destinazioni impresse al proprio patrimonio dal testatore a favore di terzi, o di altri legittimari, in misura sicuramente superiore alla parte disponibile»²⁸. Per non dire, poi, della possibile diseredazione di altri successibili legittimari, a seguito della quale viene in rilievo il disposto dell'articolo 549 cod. civ., che colpisce con la sanzione della nullità le disposizioni *mortis causa* a carattere non attributivo, poiché «sotto la sanzione [dell'articolo 549 cod. civ.] cadono tutte le disposizioni (accessorie o autonome) che depauperano il legittimario della sua quota senza costituire lascito o liberalità a favore di un terzo»²⁹.

2. Clausole di natura non *mortis causa*

Passando, quindi, all'esame delle clausole per le quali il riferimento all'evento *mortis* non assume connotazione causale, bensì meramente temporale per quanto concerne la produzione degli effetti alle stesse collegati, si deve *in primis* considerare le pattuizioni dalle quali discenda l'assunzione di un vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale da parte del socio che ne è inizialmente titolare.

Tali disposizioni convenzionali, come già si è evidenziato, vanno ascritte alla categoria dei negozi *inter vivos* con effetti *post mortem* oppure *trans mortem* e pertanto

²⁷ S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, p. 38.

²⁸ A. BUCELLI, *I legittimari*, Milano, 2002, pp. 334 e ss.

²⁹ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, op. cit., p. 22, nota 59.

ricadono nella previsione dell'articolo 2355 *bis*, comma primo, e 2469, comma primo, cod. civ., che si riferiscono appunto alle clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento della partecipazione sociale (in questo caso assurgendo a condizione, *lato sensu* intesa, l'evento *mortis* del socio).

Per comprendere l'impatto che tali clausole possono avere sulla sfera dei legittimari, è utile, ancora una volta, richiamarsi alla distinzione tra disposizioni a titolo gratuito, da un lato, e oneroso, dall'altro.

2.1. Disposizioni non *mortis causa* a titolo gratuito

Clausole di consolidazione pura con assunzione di un vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale. In questo contesto, vengono anzitutto in rilievo le clausole di consolidazione pura con assunzione di un vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale. Come già approfondito, dette pattuizioni integrano le forme di un atto gratuito con effetti *post mortem*, ovvero di una successione *post mortem* che si differenzia da quella *mortis causa*, che può avvenire *ab intestato* e/o essere disposta con testamento a favore dell'erede o del legatario.

Si è già detto dell'impossibilità di identificare *a priori* in dette clausole lo schema tipico della *donatio si praemoriar*, giusta l'assenza, qualora la clausola sia strutturata nelle modalità di un reciproco riconoscimento tra i soci, di quell'*animus donandi* che costituisce elemento essenziale della figura della donazione e che la dottrina identifica nella volontà di realizzare una determinata attribuzione patrimoniale in favore di un destinatario liberamente scelto dal donante³⁰.

È ovvio che, qualora tale fosse la ricostruzione da seguire, giusta le modalità con le quali in concreto la consolidazione opera, occorrerebbe che fossero rispettati i criteri di forma di cui all'articolo 782 cod. civ. (nonché degli articoli 47 e 48 della legge del 16 febbraio 1913, n. 89) perché la determinazione convenzionale *donandi causa* fosse ritenuta valida, in difetto dovendosi concludere per la sua nullità e potendo, di conseguenza, i legittimari interessati agire per opporsi all'iscrizione nel

³⁰ L. GARDANI CONTURSI LISI, *Commento sub articoli 769-809 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1976, pp. 27 e ss.

libro soci dei beneficiari della disposizione ovvero, previo accertamento dell'illegittimità di tale iscrizione, agire per ottenere la restituzione di quanto indebitamente trasferito.

Ciò non toglie, comunque, che, per il particolare atteggiarsi degli interessi in gioco, si possa giungere alla qualificazione della disposizione in parola in termini di liberalità atipica *ex* articolo 809 cod. civ., sottraendola quindi agli stringenti requisiti formali innanzi indicati, per il fatto che in tale fattispecie negoziale, a differenza della donazione, l'intento di produrre, nel perseguimento di un interesse non patrimoniale, l'arricchimento altrui assurge a motivo individuale dell'autore e non a vera e propria causa dell'atto.

Ove si parlasse di donazione ovvero di liberalità atipica e si verificasse una lesione della porzione riservata ai legittimari, questi ultimi sarebbero ovviamente legittimati ad attivare i rimedi previsti per la reintegrazione della quota loro riservata attraverso l'esercizio dell'azione di riduzione delle donazioni *ex* articolo 555 cod. civ. (richiamato pure dall'articolo 809 cod. civ.).

Come noto, la norma da ultimo citata in combinato disposto con l'articolo 559 cod. civ. adotta un criterio cronologico per procedere nella riduzione delle donazioni, comunque posticipata rispetto alla riduzione delle disposizioni testamentarie lesive. Si prevede, infatti, che le donazioni vengano ridotte "cominciando dall'ultima e risalendo via via alle anteriori". Alla luce di ciò, parte della dottrina ha concluso nel senso che, posto che occorre fare riferimento al momento nel quale è avvenuto l'arricchimento del beneficiario, «l'attribuzione *post mortem* è la prima donazione (indiretta) nell'ordine di riduzione e, se vi sono disposizioni testamentarie da ridurre, si ritrova alla stregua di queste»³¹.

La posizione da ultimo descritta non è stata invero unanimemente accolta.

Vi è chi ritiene, infatti, che detto orientamento possa essere condiviso unicamente con riferimento alle liberalità poste in essere attraverso il contratto a favore di terzo

³¹ A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale. Le forme alternative al testamento: modelli stranieri, elaborazione dottrinale, esperienze pratiche*, Napoli, 1983, p. 144.

con prestazione del promittente differita ad un momento successivo alla morte dello stipulante in considerazione della revocabilità del beneficio, mentre debba essere disatteso ogniqualvolta la liberalità, pur essendo destinata ad avere effetto dopo la morte del beneficiante, sia stata posta in essere attraverso congegni negoziali irrevocabili.

Altra dottrina sostiene, invece, come sia indispensabile un riferimento più al momento in cui si perfeziona il contratto (e si producono gli effetti negoziali impegnativi) che non al momento in cui il contratto produce i suoi effetti finali. A parere della scrivente, merita accoglimento quest'ultima ricostruzione, la quale si fonda sull'assunto che «per le donazioni dirette e le liberalità indirette *post mortem* debba sempre applicarsi la regola enunciata dall'articolo 559 cod. civ., avendo riguardo al momento in cui si perfeziona il negozio, indipendentemente dalla circostanza che l'efficacia del negozio sia differita o condizionata»³². Non si può negare, infatti, che «nelle attribuzioni *inter vivos* con effetto *post mortem* occorre distinguere tra perfezione e irrevocabilità dell'acquisto. L'acquisto del terzo è già perfetto e definitivo al momento della stipulazione, nonostante la [...] dilazione della prestazione (trasferimento della proprietà dal promittente al beneficiario) al momento della morte dello stipulante (termine iniziale)»³³.

Pertanto, seguendo quest'ultimo criterio si potrà procedere alla riduzione delle donazioni, sino ad eventualmente ottenere, risalendo nell'ordine delle stesse, la dichiarazione di inefficacia della clausola in esame.

Pare opportuno ricordare che i criteri da seguire nel calcolo del valore delle donazioni dirette e delle liberalità indirette ai fini della riduzione sono i medesimi utilizzati ai fini della collazione, posto che l'articolo 556 cod. civ. rinvia alle regole dettate dal legislatore negli articoli da 747 a 750 cod. civ. e per le liberalità indirette

³² M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008, p. 159.

³³ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, op. cit., p. 277.

l'articolo 809 cod. civ. rinvia alle norme sulla riduzione delle donazioni dirette e, di conseguenza, alla disciplina sulla collazione³⁴.

Da ultimo, pare opportuno osservare che, se ciò concerne le disposizioni che vedono integrati gli estremi di un negozio donativo ovvero di una liberalità indiretta, ciò non potrà però ritenersi applicabile ove vi siano meramente degli atti a titolo gratuito.

Clausola di continuazione facoltativa per il successibile del socio defunto. Le considerazioni innanzi svolte possono essere di valido aiuto anche nella valutazione delle conseguenze di una clausola di continuazione facoltativa che operi a favore di uno soltanto dei successibili dell'ereditando. Come detto, la clausola di continuazione facoltativa assume verosimilmente la natura di contratto a favore di terzo con effetti *post mortem*, avente ad oggetto un'obbligazione alternativa (che si riduce automaticamente a semplice, salvo nel caso in cui si discuta della successione nella posizione a responsabilità illimitata dell'accomandatario) tra liquidazione e riproposizione dell'effetto legale della successione *mortis causa*, la cui scelta spetta al successore.

³⁴ Come noto l'istituto ora richiamato consiste nel conferimento, reale o fittizio, alla massa ereditaria oggetto di divisione tra determinate categorie di coeredi (ovvero i figli legittimi e naturali e i loro discendenti legittimi e naturali nonché il coniuge qualora concorrano alla successione e non siano stati dispensati da tale obbligo dal donante) di quanto da ciascuno di essi ricevuto a titolo di liberalità dal *de cuius*. Parte della dottrina ha ammesso anche la cosiddetta "collazione volontaria", mediante la quale è data facoltà al *de cuius* di ampliare l'ambito operativo della collazione tanto in relazione ai soggetti, quanto in relazione all'oggetto. In questo senso, A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1980, p. 274; P. FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958, p. 302; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, pp. 687 (secondo questi ultimi limitatamente al caso in cui sia previsto nell'atto di donazione). Cfr. Cassazione, 2 gennaio 1997, n. 1, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, p. 265. *Contra* V.R. CASULLI, *Natura giuridica della collazione*, in *Studi in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, p. 461, che argomenta alla luce della mancata riproduzione nel codice vigente della norma di cui all'articolo 1014 del Codice del 1865, ove era ammessa disposizione del donante o del testatore volta ad ampliare l'area di operatività dell'istituto. Cfr. A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1958, p. 487.

Parte della dottrina ha osservato che, ove il beneficiario sia individuato a preferenza degli altri successibili, «la scelta di un erede, piuttosto di altri privi di qualità, comporta la considerazione di questi tutte le volte che essi fossero legittimari e la quota sociale viene a far parte dell'indisponibile per mancanza di altri beni ereditari. Né è da trascurare il caso che la scelta di un discendente escluda altri discendenti che hanno diritto alla collazione di beni già donati all'erede scelto per entrare in società che non può conferire in natura. In tutti questi casi può avvenire che se i beni ereditari non bastino a soddisfare le ragioni dei legittimari o degli aventi diritto a collazione, l'erede prescelto subentrerà nella quota diminuita di quella quantità di valore sottratta per liquidare le ragioni dei legittimari o degli aventi diritto a collazione»³⁵.

Pare potersi condividere l'orientamento della dottrina ora richiamata, posto che la successione nella titolarità della partecipazione sociale da parte del successore designato avverrebbe, già *ex lege*, a titolo *mortis causa* e, come tale, sarebbe quindi soggetta al rimedio dell'azione di riduzione. Analogo rilievo può essere esteso al caso in cui, proprio in forza della previsione contenuta nella clausola di continuazione facoltativa, l'esercizio del diritto di recesso dalla partecipazione sociale comportasse la liquidazione in favore del successore designato. Pare evidente, infatti, l'intento liberale sotteso a questo riconoscimento nei confronti del successore, del quale non sembra potersi predicare la mera gratuità, che potrebbe essere invece fondante del reciproco riconoscimento, subordinato alla premorienza, dell'accrescimento della partecipazione sociale tra soci.

2.2. Disposizioni non *mortis causa* a titolo oneroso

Clausole di consolidazione spuria con assunzione di un vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale. Emblematico esempio di clausola che rientra tra le disposizioni non *mortis causa* a titolo oneroso è la clausola di consolidazione in favore degli altri soci, dalla quale discenda l'assunzione, in capo all'ereditando, di un vincolo di indisponibilità della partecipazione stessa e, a carico

³⁵ A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale. Le forme alternative al testamento: modelli stranieri, elaborazione dottrinale, esperienze pratiche*, op. cit., pp. 190 ss.

del beneficiario, di un onere di corrispondere al verificarsi dell'evento *mortis* una liquidazione ai successori del *de cuius*.

Anche questa fattispecie potrà essere indubbiamente ricondotta nell'alveo di quelle cui si riferisce il primo comma dell'articolo 2355 *bis* cod. civ. (nonché il primo comma dell'articolo 2469 cod. civ.), atteso che, ancora una volta, ci si trova dinanzi ad un atto *inter vivos* con effetti *post mortem* o eventualmente *trans mortem*, subordinati al verificarsi della premorienza del socio interessato.

Seguendo un'interpretazione sistematica, si può ritenere che, ove in funzione di dette clausole non fosse corrisposta ai successori del socio premorto una liquidazione congrua ai sensi dei criteri stabili dagli altri commi delle disposizioni ora citate, ci si trovi dinanzi a clausole che parzialmente condividono le problematiche delle clausole non *mortis causa* a titolo gratuito di cui innanzi si diceva. In particolare, ove un intento liberale potesse riscontrarsi nelle pattuizioni in esame, queste sarebbero verosimilmente riconducibili allo schema del *negotium mixtum cum donatione*, con le relative conseguenze in tema di riduzione e collazione.

Come noto, a tale figura sono ascrivibili i contratti che si caratterizzano per una sproporzione significativa e voluta tra il valore delle prestazioni pattuite, di modo che ne derivi un arricchimento per una delle parti. In particolare, due sono gli orientamenti sulla natura giuridica del *negotium mixtum cum donatione*.

Da un parte, vi è chi ritiene di ricondurre detta fattispecie negoziale al novero delle donazioni indirette, tanto che l'accordo delle parti in merito alla liberalità sarebbe concepito come elemento esterno alla struttura del contratto mediante il quale l'arricchimento viene procurato³⁶. Prestando attenzione a questa ricostruzione, si

³⁶ In tal senso Cassazione, 29 settembre 2004, n. 19601, in *Giust. civ.*, 2005, 3, I, pp. 642 e ss., e in *Foro it.*, 2005, I, pp. 2433 e ss., secondo la quale «nel c.d. *negotium mixtum cum donatione* la causa del contratto ha natura onerosa [...] e attraverso la voluta sproporzione tra le prestazioni corrispettive [si persegue] una finalità diversa e ulteriore rispetto a quella dello scambio [...] consistente nell'arricchimento, per puro spirito di liberalità, di quello dei contraenti che riceve la prestazione di maggior valore, con ciò [realizzandosi] una fattispecie di donazione indiretta». Cfr. Cassazione, 10 febbraio 1997, n. 1214, in *Riv. not.*, 1997, pp. 422 e ss., in *Foro it.*, 1997, I, pp. 743 e ss., e in *Vita notarile*, 1997, pp. 266 e ss., per la quale «il *negotium mixtum cum donatione* non è un contratto

giunge alla conclusione che «in caso di lesione di legittima, l'impugnativa del legittimario riguarderà un tale accordo, ma non invece il titolo d'acquisto del gratificato, che dunque sarebbe destinato a rimanere intatto. Ne segue che in virtù della dichiarazione giudiziale di inefficacia dell'accordo medesimo dovrebbe sorgere, in capo al soggetto contro il quale è pronunciata la sentenza, un'obbligazione *ex lege* relativa alla corresponsione al legittimario del valore dell'arricchimento, mentre nessun effetto si spiegherà sulla posizione dei terzi subacquirenti del bene»³⁷. Di conseguenza, l'accrescimento opererebbe nei confronti dei soci superstiti al *de cuius*, essendo questi però tenuti a corrispondere al legittimario leso il valore dell'arricchimento.

Un diverso orientamento, per contro, assume che l'accordo circa la realizzazione della liberalità penetri nel contenuto del contratto perfezionato dalle parti, il quale in tal modo assumerebbe contemporaneamente funzione di scambio e donativa. In tale prospettiva, l'azione di riduzione costituirebbe, dunque, lo strumento con il quale al legittimario leso sarebbe consentito impugnare il contratto stipulato dal *de cuius* nella parte che ha determinato l'arricchimento altrui. Il titolo d'acquisto degli aventi causa potrebbe quindi essere dichiarato inefficace, ma parzialmente³⁸, l'accrescimento in favore dei soci superstiti perfezionandosi nei soli limiti dell'efficacia dell'attribuzione. Conseguentemente, in funzione della divisibilità, ove riconosciuta, della partecipazione sociale, il legittimario leso potrebbe chiedere la restituzione della parte che non potrebbe considerarsi efficacemente trasferita ai soci superstiti.

innominato, formato da elementi di due schemi negoziali tipici (c.d. contratto misto), ma un negozio indiretto».

³⁷ S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, op.cit., p. 115.

³⁸ S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, op. cit., p. 115. Cfr. A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, pp. 11 e ss.

2.3. Altre disposizioni non *mortis causa* che sottopongono a particolari condizioni o limiti il trasferimento a causa di morte della partecipazione sociale

Clausole di prelazione, di opzione e di gradimento. Come già anticipato, non rientrano tra le clausole con le quali si realizza un'attribuzione *mortis causa* né le clausole di prelazione, né quelle di opzione né, ancora, quelle di gradimento. Invero, dette pattuizioni, ove, in virtù del meccanismo ad esse insito, impediscano il consolidarsi dell'effetto successorio a favore dell'erede o del legatario del socio defunto (per l'avvenuto esercizio del diritto di preferenza o di opzione, da un lato, o per la mancata concessione del *placet*, dall'altro), determinano semplicemente la successione del socio o, eventualmente, della stessa società, per atto *inter vivos* stipulato con il successore dell'ereditando, nella titolarità della partecipazione sociale.

Ferma restando la specifica previsione riservata alle clausole di mero gradimento di cui all'articolo 2355 *bis*, secondo comma, e 2469, secondo comma, cod. civ., le altre clausole ora menzionate soggiacciono alla previsione di cui all'articolo 2355 *bis*, comma terzo, e 2469, ultima parte del secondo comma, cod. civ.

Pertanto, per le società a responsabilità limitata, troverà automatica applicazione la disciplina in tema di recesso di cui all'articolo 2473 cod. civ., mentre, per le società per azioni, la clausola che non assicuri il rispetto dei parametri e dei criteri indicati dall'articolo 2437 *ter* e *quater* cod. civ. sarà da considerarsi inefficace.

Come si è già avuto modo di accennare con riferimento alle fattispecie in cui succeda al socio defunto una pluralità di eredi, particolarmente dibattuta è la sorte della partecipazione sociale nel corso del procedimento di liquidazione, per l'avvenuto esercizio del diritto di preferenza o di opzione, da un lato, o per la mancata concessione del *placet*, dall'altro. Lo stesso snodarsi del procedimento attraverso diverse fasi - prima, dell'offerta ai soci, poi, dell'acquisto di azioni proprie, e, infine, della riduzione del capitale o dello scioglimento della società - conferma che la partecipazione resta in vita, essendo comunque riferibile ad un soggetto che ne è titolare, della cui sola legittimazione si può discutere.

Nel sistema previgente alla riforma del diritto societario, era abbastanza diffusa l'opinione secondo la quale *medio tempore* sarebbe stato impossibile esercitare i diritti connessi alla titolarità della partecipazione.

Non avendo la riforma del diritto societario preso alcuna posizione sul punto, alcuni autori hanno proposto, con riferimento alla disciplina del recesso in generale, di distinguere i casi in cui la fattispecie assunta come causa di recesso si esaurisca in un solo atto o fatto (ad esempio una delibera dell'assemblea) dalle ipotesi in cui sia ravvisabile una fattispecie a formazione progressiva. Mentre nella prima situazione non sembrano esserci difficoltà nel sostenere che la conseguente dichiarazione di recesso privi il socio della possibilità di esercizio dei diritti sociali, nella seconda si dovrebbero piuttosto distinguere le singole situazioni soggettive che vengono in considerazione e la loro compatibilità di esercizio con la situazione venutasi a creare³⁹. Trasponendo il ragionamento sul piano dell'operatività delle clausole statutarie in esame, dunque, mentre in presenza di un patto di prelazione o di opzione l'esercizio del diritto correlato produrrebbe effetti, per così dire, immediati nella limitazione dell'esercizio dei diritti sociali, nel caso del mancato gradimento, il diniego del *placet* darebbe avvio ad una fattispecie a formazione progressiva, solo all'esito della quale, soddisfatte le ragioni del successore del *de cuius*, questi potrebbe essere legittimamente spogliato dei relativi diritti sociali (in difetto, infatti, la clausola in esame dovendosi considerare inefficace).

Ad analoghe conclusioni giunge la dottrina tedesca dinanzi alle modalità con le quali viene realizzata la *Einziehung*.

Questa, infatti, comporterebbe sempre estinzione (*Untergang*) dei diritti partecipativi, pertanto non potrebbe parlarsi di *Einziehung* quando vi sia mero trasferimento (*Übergang*) dei diritti ad altri soggetti, posto che la *Einziehung* implica necessariamente annullamento delle azioni e, quindi, riduzione del capitale sociale. Del resto, il trasferimento ad altri non potrebbe mai essere coattivo, perché il

³⁹ In tal senso M. NOTARI, *Commento all'articolo 131 T.U.F.*, in *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza*, a cura di P. MARCETTI e L.A. BIANCHI, Milano, 1999, p. 1138, secondo il quale è ammissibile l'esercizio del diritto di voto, prevedendo eventualmente la prova di resistenza per il caso in cui il recesso divenga efficace. Soluzione analoga è proposta per i diritti patrimoniali, ad esempio con riguardo alla distribuzione di acconti sui dividendi.

relativo obbligo verrebbe a tradursi in una prestazione aggiuntiva, ulteriore rispetto a quella del conferimento, che, ai sensi dei §§ 54⁴⁰ e 55⁴¹ AktG., non sarebbe ammissibile (salvo che detto obbligo di trasferimento fosse stato stabilito con accordi ad effetti meramente obbligatori).

Nonostante questi fossero principi di carattere generale affermati dalla dottrina tradizionale, il meccanismo della *Einziehung* finisce con l'essere utilizzato per allontanare *unliebsame Aktionäre* o per sopprimere *unliebsame Aktiengattungen*, come anche per risanare l'impresa o per attuare il rimborso, essendo uno strumento tecnico molto flessibile *mit besonders weitem Anwendungsbereich*, rispetto al quale la

⁴⁰ „Die Verpflichtung der Aktionäre zur Leistung der Einlagen wird durch den Ausgabebetrag der Aktien begrenzt. Soweit nicht in der Satzung Sacheinlagen festgesetzt sind, haben die Aktionäre den Ausgabebetrag der Aktien einzuzahlen. Der vor der Anmeldung der Gesellschaft eingeforderte Betrag kann nur in gesetzlichen Zahlungsmitteln oder durch Gutschrift auf ein Konto bei einem Kreditinstitut oder einem nach § 53 Abs. 1 Satz 1 oder § 53 b Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 7 des Gesetzes über das Kreditwesen tätigen Unternehmen der Gesellschaft oder des Vorstands zu seiner freien Verfügung eingezahlt werden. Forderungen des Vorstands aus diesen Einzahlungen gelten als Forderungen der Gesellschaft. Der Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Einlagen verjährt in zehn Jahren von seiner Entstehung an. Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet, so tritt die Verjährung nicht vor Ablauf von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Eröffnung ein“ («L'obbligo degli azionisti di provvedere al conferimento è limitato al versamento del prezzo di emissione delle azioni. Se lo statuto non prevede il conferimento in natura, il conferimento viene effettuato in denaro. Prima dell'iscrizione della società l'importo che deve essere versato può essere pagato solo con moneta legale o tramite accredito di un conto presso una banca o secondo il paragrafo 53, comma primo, prima parte, o del paragrafo 53 ter, comma primo, prima parte o del paragrafo 7 della legge sulle attività bancarie a discrezione della società o del suo comitato esecutivo. Il diritto della società al versamento del conferimento si prescrive in dieci anni. Qualora si apra la procedura concorsuale sul patrimonio della società, la prescrizione inizia a decorrere non prima che siano trascorsi sei mesi dall'apertura della procedura»).

⁴¹ „Ist die Übertragung der Aktien an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden, so kann die Satzung Aktionären die Verpflichtung auferlegen, neben den Einlagen auf das Grundkapital wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen zu erbringen. Dabei hat sie zu bestimmen, ob die Leistungen entgeltlich oder unentgeltlich zu erbringen sind. Die Verpflichtung und der Umfang der Leistungen sind in den Aktien und Zwischenscheinen anzugeben. Die Satzung kann Vertragsstrafen für den Fall festsetzen, dass die Verpflichtung nicht oder nicht gehörig erfüllt wird“ («Se il trasferimento delle azioni è soggetto al gradimento della società, lo statuto può imporre agli azionisti l'obbligo, oltre che il ricorrente conferimento nel capitale sociale, di effettuare rimanenti prestazioni non in denaro. Per questo esso disciplina se i conferimenti si prestano a titolo oneroso o gratuito. L'obbligo e la misura dei conferimenti vanno indicati nelle azioni e nei certificati provvisori. Lo statuto può prevedere delle sanzioni nel caso in cui l'obbligo non sia rispettato o non sia debitamente rispettato»).

riduzione del capitale sociale, anziché porsi come fine ultimo, si risolverebbe in una conseguenza necessaria, come, del resto, avviene nel nostro ordinamento.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Giunti al termine della trattazione sul tema delle clausole di predisposizione successoria, pare opportuno sintetizzare le conclusioni alle quali si è approdati, ripercorrendo, per sommi capi, l'indagine che è stata sin qui condotta.

Concentrando l'attenzione sulle clausole contenute negli atti costitutivi e negli statuti delle società di capitali e sulle novità introdotte a questo proposito con la riforma del diritto societario, ci si è anzitutto focalizzati sulla necessità di distinguere le pattuizioni di interesse da tutte quelle altre disposizioni di natura convenzionale, eventualmente inserite nello stesso contratto sociale, aventi carattere propriamente parasociale. Muovendosi tra i plurimi criteri suggeriti a tale scopo dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla prassi, un utile contributo è stato tratto dalle riflessioni svolte oltralpe: il richiamo ai concetti di matrice germanica di "*echte und unechte Satzungsbestandteile*" ha offerto un indubbio ausilio nel superare le perplessità palesate in merito ai parametri frequentemente usati nel nostro ordinamento per distinguere la sfera del sociale da quella del parasociale. Identificata la particolare categoria delle clausole statutarie parasociali, ovvero di tutte quelle disposizioni contenute nell'atto costitutivo e nello statuto, ma in realtà aventi carattere non corporativo, si è, corrispondentemente, evidenziata la costante osmosi che si crea tra contratto sociale e patti accessori allo stesso, tanto che questi ultimi, a volte, possono contenere disposizioni di rilievo per l'organizzazione sociale.

Riscontrato, quindi, come le clausole in esame abbiano il più delle volte una natura statutaria, implicando il coinvolgimento di interessi che superano quelli individuali dei singoli membri della partecipazione sociale e rispondono ad una esigenza organizzativa relativa allo stesso ente societario, si è approfondito il discorso con riguardo alla disciplina codicistica, recentemente innovata e novellata, dettata in merito alle clausole statutarie relative al trasferimento della partecipazione sociale in ipotesi di morte del socio. Le recenti scelte legislative sono state, quindi, inquadrare nel complesso delle novità che hanno interessato anche il diritto successorio, in

particolare con riferimento alla predicata erosione del divieto dei patti successori sancito dall'articolo 458 cod. civ. In tale contesto si è dato quindi rilievo alla rilettura che viene correntemente offerta della disposizione ora citata, provvedendo ad inserirla nel complessivo sistema di tutele predisposto dal legislatore a favore delle ragioni dei legittimari.

Seguendo questo orientamento, si è ritenuto di poter individuare nelle norme di cui agli articoli 2355 *bis* e 2469 cod. civ. (e nel relativo rinvio alla disciplina in tema di recesso di cui agli articoli 2437 e ss. nonché 2473 cod. civ.) una riaffermazione del principio generale della libertà negoziale con contestuale restrizione dell'operatività della disposizione (già limitativa) di cui all'articolo 458 cod. civ., senza, tuttavia, spogliare quest'ultima del proprio significato anche nell'ambito societario. Inevitabile, a questo punto, si è mostrata la rivisitazione di concetti civilistici di matrice dottrinale quali quelli degli atti *mortis causa*, *inter vivos*, *post mortem* e *trans mortem*, dando conto del rilevante contributo offerto da parte di certa corrente di pensiero nel chiarire la portata delle nozioni summenzionate a fronte dell'utilizzo spesso inappropriato che delle medesime è fatto, purtroppo sovrapponendo, senza obiettive ragioni, i profili della struttura, della causalità e dell'efficacia del negozio giuridico.

Sulla scorta delle considerazioni suesposte, si è quindi proceduto - nell'ambito delle due principali categorie delle pattuizioni che, da un lato, hanno quale effetto principale quello di escludere o limitare l'ingresso in società del successibile del socio defunto e, dall'altro lato, al contrario, determinano o favoriscono l'assunzione della qualità di socio da parte di tale successibile - all'approfondimento delle problematiche giuridiche inerenti a ciascun tipo di clausola (inevitabilmente implicanti profili di diritto commerciale e successorio), nel tentativo di individuarne la soluzione.

In particolare, il richiamo alle nozioni suindicate nonché il confronto comparatistico con la disciplina tedesca ha permesso di operare un'ulteriore classificazione delle clausole esaminate, trasversale rispetto a quella assunta come punto di partenza, in relazione alla loro natura giuridica e al sistema di tutele

predisposto dal nostro ordinamento per il caso in cui all'operatività di dette clausole possa ricollegarsi una lesione delle ragioni dei legittimari.

In questo senso, quindi, le clausole esaminate sono state ripartite in due principali differenti gruppi, distinguendo quelle aventi natura *mortis causa* da quelle prive di tale connotazione.

All'interno delle prime sono state, poi, individuate, da una parte, quelle con effetto attributivo e, dall'altra parte, quelle con efficacia meramente conformativa della situazione soggettiva interessante la sorte del patrimonio ereditario al momento della morte del *de cuius*.

A propria volta, tra le clausole di natura *mortis causa* con effetti attributivi si sono distinte quelle a titolo gratuito (ivi ascrivendovi le clausole di consolidazione pura con conservazione del potere di disposizione della partecipazione sociale) da quelle a titolo oneroso (inclusive, invece, delle pattuizioni di consolidazione spuria prive del vincolo di indisponibilità menzionato), concludendo per l'invalidità delle prime alla luce dell'articolo 458 cod. civ. e, invece, per l'efficacia delle seconde in virtù dell'articolo 2355 *bis*, terzo comma, o dell'articolo 2469, secondo comma, cod. civ., ove siano rispettati, in favore dei successori del *de cuius*, i parametri indicati dal legislatore per la liquidazione della partecipazione sociale in ipotesi di recesso.

Quanto, invece, alle clausole di efficacia meramente conformativa, tra le quali si sono ricondotte le clausole di continuazione obbligatoria e quelle di successione operanti nei confronti dei successibili dell'ereditando, riproponendo queste una disciplina già *ex lege* prevista, si è sottolineata, pur nel confermare la loro validità ed efficacia (salva la peculiare situazione del successibile del socio accomandatario), la delicatezza dei meccanismi con esse attivati, richiamando le tutele di cui agli articoli 457 e 549 cod. civ., per il caso di imposizione di condizioni o oneri sulla quota riservata ai legittimari o, addirittura, di preterizione o diseredazione degli stessi.

Passando, quindi, alle clausole di natura non *mortis causa*, si sono distinte quelle che producono direttamente e immediatamente un'attribuzione, a titolo gratuito od oneroso, destinata ad avere efficacia al tempo del decesso del socio, da quelle che

impediscono il consolidarsi dell'effetto altrimenti attributivo (in quanto successorio) a favore del successibile del socio defunto.

Sono state, pertanto, ricondotte in quest'ultima tipologia le clausole di prelazione, di opzione e di gradimento operanti in caso di morte del socio, poiché (per l'avvenuto esercizio del diritto di preferenza o di opzione, da un lato, o per la mancata concessione del *placet*, dall'altro) incidono sulla sorte della partecipazione sociale prevedendo la cessione di questa per disposizione *inter vivos* da compiersi dallo stesso successore dell'ereditando. Soggiacendo dette pattuizioni al disposto di cui all'articolo 2355 *bis*, terzo comma, e 2469, secondo comma, cod. civ. (ferma la specifica previsione per le clausole di mero gradimento contenuta in entrambe le disposizioni richiamate), si è concluso per la necessità di ancorare l'efficacia di dette clausole al rispetto dei parametri di liquidazione già innanzi richiamati.

Al contrario, sono state ascritte alla prima categoria (clausole non *mortis causa* con effetto direttamente attributivo), oltre alle clausole di continuazione facoltativa a favore del successibile del socio defunto (debitamente distinte dalle cosiddette clausole di entrata o, secondo la corrispondente nozione tedesca, *Eintrittsklauseln*), le clausole di consolidazione pura e spuria con assunzione di un vincolo di indisponibilità della partecipazione sociale; si è inoltre evidenziato come per tutte queste, in caso di accertata natura, *in toto* o in parte, liberale della disposizione tramite le medesime effettuata, vengano in rilievo, a tutela delle ragioni dei legittimari i rimedi dell'azione di riduzione e restituzione (o, ovviamente, dell'istituto della collazione se ne dovessero ricorrere gli estremi).

Nel corso della trattazione non è mancato un riferimento al caso peculiare in cui la clausola (in particolare, di continuazione) si trovi ad operare non a favore di tutti i successibili dell'ereditando, bensì solo nei confronti di alcuni, ovvero (soprattutto nell'ipotesi di gradimento) in modo diverso per gli uni e per gli altri, alla stregua di quelle clausole che la dottrina d'oltralpe riconduce alla categoria delle "*qualifizierte Nachfolgeklauseln*" in contrapposizione alle cosiddette "*einfache Nachfolgeklauseln*". A questo proposito si è evidenziato come inevitabile sia il riferimento alla volontà delle parti nel caso concreto, in difetto dovendosi ritenere distinta la posizione di

ciascun successibile rispetto all'altro, ferme restando le problematiche, naturalmente, sulla divisibilità o meno della partecipazione sociale.

L'indagine svolta ha costituito, dunque, un'importante occasione per affrontare, attraverso le categorie proprie del diritto civile, le problematiche che da decenni interessano uno degli ambiti del diritto societario più fecondo per l'esplicarsi della libertà contrattuale, ove principi di diritto successorio e commerciale si intersecano offrendo strumenti negoziali di indubbio interesse, dei quali si spera di essere riusciti ad evidenziare le indiscutibili potenzialità.

CITAZIONI GIURISPRUDENZIALI

Tribunale Roma, 13 febbraio 1947
Tribunale Torino, 19 gennaio 1948
Tribunale Milano, 17 novembre 1949
Tribunale Genova, 17 dicembre 1949
Tribunale Roma, 18 giugno 1953
Tribunale Bari, 29 maggio 1959
Tribunale Milano, 2 marzo 1964
Tribunale Milano, 23 aprile 1964
Tribunale Lucera, 12 dicembre 1964
Tribunale Bologna, 14 luglio 1965
Tribunale Siena, 6 maggio 1970
Tribunale Milano, 12 novembre 1970
Tribunale Milano, 17 giugno 1974
Tribunale Crema, 26 marzo 1975
Tribunale Cagliari, 24 febbraio 1976
Tribunale Milano, 1 ottobre 1976
Tribunale Torino, 27 febbraio 1978
Tribunale Perugia, 5 marzo 1989
Tribunale Bologna, 10 aprile 1979
Tribunale Catania, 22 agosto 1980
Pretura Roma, 3 aprile 1981
Pretura Perugia, 25 giugno 1981
Tribunale Perugia, 8 marzo 1982
Tribunale Brescia, 27 marzo 1982
Tribunale Milano, 17 aprile 1982
Tribunale Milano, 24 maggio 1982
Tribunale Udine, 4 dicembre 1982
Tribunale Ascoli Piceno, 6 dicembre 1982
Tribunale Roma, 11 febbraio 1983
Tribunale Catania, 3 marzo 1983
Tribunale Catania, 9 aprile 1983
Tribunale Trani, 20 luglio 1983
Tribunale Napoli, 21 ottobre 1983
Tribunale Milano, 19 gennaio 1984
Tribunale Cagliari, 8 maggio 1984
Tribunale Palermo, 13 giugno 1984
Tribunale Roma, 19 giugno 1984
Tribunale Verona, 24 aprile 1986
Tribunale Milano, 3 novembre 1986
Tribunale Milano, 19 maggio 1987
Tribunale Milano, 17 settembre 1987
Tribunale Roma, 23 marzo 1988
Tribunale Milano, 14 luglio 1988
Tribunale Firenze, 27 settembre 1988
Tribunale Milano, 23 novembre 1988
Tribunale Torino, 31 marzo 1989
Tribunale Pavia, 2 aprile 1989
Tribunale Milano, 17 aprile 1989
Tribunale Milano, 8 maggio 1989
Tribunale Monza, 2 giugno 1989
Tribunale Verona, 27 giugno 1989
Tribunale Udine, 10 luglio 1989
Tribunale Cassino, 7 febbraio 1990
Tribunale Roma, 30 maggio 1990
Tribunale Milano, 6 febbraio 1992
Tribunale Lecco, 21 marzo 1992
Tribunale di Vercelli, 19 novembre 1992
Tribunale Napoli, 9 febbraio 1993
Tribunale Milano, 30 marzo 1993
Tribunale Trieste, 19 dicembre 1993
Tribunale Marsala, 24 febbraio 1994
Tribunale Bologna, 8 agosto 1994
Tribunale Verona, 21 luglio 1995
Tribunale Bologna, 11 luglio 1996
Tribunale Napoli, 18 febbraio 1997
Tribunale Alba, 14 gennaio 1998
Tribunale Macerata, 28 settembre 2000
Tribunale Milano, 22 giugno 2001
Tribunale Venezia, 7 novembre 2003

Appello Torino, 28 giugno 1948
Appello Napoli, 8 febbraio 1949
Appello Milano, 26 giugno 1953
Appello Roma, 5 giugno 1957
Appello Milano, 20 maggio 1966
Appello Bari, 17 settembre 1968
Appello Milano, 6 aprile 1973
Appello Milano, 26 giugno 1973
Appello Milano, 5 ottobre 1973
Appello Cagliari, 21 maggio 1982
Appello Milano, 25 giugno 1982
Appello Torino, 29 settembre 1984
Appello Cagliari, 16 settembre 1985
Appello Milano, 29 settembre 1987
Appello Milano, 7 febbraio 1989
Appello Roma, 9 ottobre 1989
Appello Milano, 12 giugno 1990
Appello Milano, 12 luglio 1991

Appello Milano, 7 maggio 1974
Appello Milano, 5 dicembre 1975
Appello Milano, 30 aprile 1976
Appello Cagliari, 4 giugno 1976
Appello Catania, 16 settembre 1980
Appello Milano, 14 gennaio 1982

Appello Roma, 28 aprile 1992
Appello Milano, 30 marzo 1993
Appello Torino, 22 ottobre 1993
Appello Milano, 22 febbraio 1994
Appello Milano, 9 settembre 1994
Appello Bologna, 23 ottobre 1996

Cassazione, 13 gennaio 1931
Cassazione, 28 febbraio 1931
Cassazione, 18 maggio 1945, n. 361
Cassazione, 26 marzo 1947, n. 435
Cassazione, 9 aprile 1947, n. 526
Cassazione, 31 marzo 1949, n. 750
Cassazione, 19 luglio 1950, n. 1938
Cassazione, 17 marzo 1951, n. 685
Cassazione, 28 agosto 1952, n. 2778
Cassazione, 10 ottobre 1957, n. 3702
Cassazione (S.U.), 11 ottobre 1957, n. 3758
Cassazione, 20 marzo 1959, n. 834
Cassazione, 9 ottobre 1959, n. 2730
Cassazione, 30 marzo 1963, n. 794
Cassazione, 22 giugno 1963, n. 1686
Cassazione, 3 luglio 1967, n. 1622
Cassazione, 27 aprile 1968, n. 1311
Cassazione, 21 giugno 1969, n. 2211
Cassazione, 23 luglio 1969, n. 2772
Cassazione, 8 gennaio 1970, n. 52
Cassazione, 16 gennaio 1970, n. 91
Cassazione, 8 ottobre 1970, n. 1850
Cassazione, 14 gennaio 1971, n. 171
Cassazione, 22 luglio 1971, n. 2404
Cassazione, 19 novembre 1971, n. 3322
Cassazione, 29 maggio 1972, n. 1702
Cassazione, 15 gennaio 1973, n. 126
Cassazione, 21 ottobre 1973, n. 2763
Cassazione, 7 maggio 1974, n. 1728
Cassazione, 23 gennaio 1975, n. 265
Cassazione, 16 aprile 1975, n. 1434
Cassazione, 9 luglio 1976, n. 2619
Cassazione, 16 luglio 1976, n. 2815
Cassazione, 16 marzo 1977, n. 1044
Cassazione, 5 agosto 1977, n. 3559
Cassazione, 15 maggio 1978, n. 2365
Cassazione, 16 giugno 1978, n. 2897
Cassazione, 22 dicembre 1978, n. 6156
Cassazione, 4 dicembre 1978, n. 5699
Cassazione, 21 aprile 1979, n. 2228

Cassazione, 6 gennaio 1981, n. 63
Cassazione, 16 aprile 1981, n. 1944
Cassazione, 28 aprile 1981, n. 2557
Cassazione, 3 novembre 1981, n. 5792
Cassazione, 25 ottobre 1982, n. 5567
Cassazione, 14 luglio 1983, n. 4827
Cassazione, 19 agosto 1983, n. 5407
Cassazione, 6 luglio 1984, n. 3965
Cassazione, 14 novembre 1986, n. 6688
Cassazione, 15 novembre 1986, n. 6742
Cassazione, 12 dicembre 1986, n. 7409
Cassazione, 24 aprile 1987, n. 4053
Cassazione, 16 dicembre 1988, n. 6849
Cassazione, 12 gennaio 1989, n. 93
Cassazione, 17 agosto 1990, n. 8335
Cassazione, 4 marzo 1993, n. 2632
Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3609
Cassazione, 20 aprile 1994, n. 3773
Cassazione, 22 aprile 1994, n. 3842
Cassazione, 1 settembre 1994, n. 7622
Cassazione, 29 ottobre 1994, n. 8927
Cassazione, 5 settembre 1995, n. 9314
Cassazione, 18 dicembre 1995, n. 12906
Cassazione, 2 gennaio 1997, n. 1
Cassazione, 23 gennaio 1997, n. 697
Cassazione, 10 febbraio 1997, n. 1214
Cassazione, 14 giugno 1997, n. 5363
Cassazione, 10 giugno 1998, n. 5757
Cassazione, 11 febbraio 1998, n. 1403
Cassazione, 19 novembre 1999, n. 12833
Cassazione (S.U.), 26 aprile 2000, n. 291
Cassazione 11 maggio 2000, n. 6030
Cassazione, 14 marzo 2001, n. 3671
Cassazione, 20 marzo 2001, n. 3980
Cassazione, 19 aprile 2001, n. 5809
Cassazione, 1 agosto 2001, n. 10459
Cassazione, 23 novembre 2001, n. 14865
Cassazione, 15 luglio 2004, n. 13106
Cassazione, 29 settembre 2004, n. 19601
Cassazione, 30 settembre 2005, n. 19203

Citazioni giurisprudenziali

Cassazione, 9 aprile 1980, n. 2270
Cassazione, 24 novembre 1980, n. 6230

Cassazione, 1 luglio 2008, n. 17960
Cassazione, 8 ottobre 2008, n. 24813

Cour de Cassation (Ch. Com.), 28 ottobre 1974
Bayerisches Oberlandesgericht, 24 novembre 1988
O.B.G. Koblenz, 12 gennaio 1989 (U 1053/87)
Reichsgericht, II Zivilsenat 16 giugno 1914 (II 144/1914)
Reichsgericht, II Zivilsenat, 31 marzo 1931 (II 222/30)
Reichsgericht, 25 gennaio 1921
Reichsgericht, 17 febbraio 1928
Bundesgericht, 1 dicembre 1986 (II ZR 287/85)

INDICE BIBLIOGRAFICO

- AA. VV., *Casi e materiali di diritto commerciale. Società per azioni*, II, Milano, 1974, pp. 1188 e ss.
- AA. VV., *Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag, Vertragsgestaltung im Zivil-und Steuerrecht*, herausgeben von T. Wachter, Bonn, 2009.
- AA. VV., *Società per azioni*, in *La riforma del diritto societario* a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003.
- AA.VV., *Ancora sui limiti al trasferimento delle azioni nella pratica statutaria*, in *Giur. comm.*, 1988, I, pp. 896 e ss.
- AA.VV., in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A.MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005.
- AA.VV., *La riforma della s.r.l.*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, Padova, 2003.
- AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995.
- AA.VV., *Successioni mortis causa e mezzi alternativi di trasmissione della ricchezza*, in *Jus*, 1997, pp. 269 e ss.
- AA.VV., *Trattato teorico-pratico delle operazioni sul capitale*, II, Milano, 2001.
- AIMI A., *Morte del socio nella società di due soci e liquidazione della quota*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, pp. 1184 e ss., nota a Cassazione, 16 febbraio 1981, n. 936.
- ALESSI R., *Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, pp. 570 e ss.
- AMATO V., *Osservazioni in tema di successione per causa di morte in quota di società di persone*, in *Riv. giur. sarda*, 1986, pp. 783 e ss., nota a Tribunale Cagliari, 8 maggio 1984 e Appello Cagliari, 16 settembre 1985.
- AMBROSINI R., *“Sociale” e “parasociale” nella clausola statutaria di gradimento*, in *Le società*, 2009, II, pp. 170 e ss., nota a Cassazione 1 luglio 2008, n. 17960.
- ANDRIOLI V., *Misure cautelari ed esecutive su quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. civ. e comm.*, 1949, pp. 444 e ss., nota a Tribunale Torino, 19 gennaio 1948.
- ANGELICI C., *Fine dell'atto di gradimento?*, in *Giust. civ.*, 1983, II, pp. 2067 e ss., nota a Cassazione, 25 ottobre 1982, n. 5567.

ANGELICI C., *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, II, Torino, 1991.

ANGELICI C., *La costituzione delle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XVI, Torino, 1985.

ANGELONI F., *Del contratto a favore di terzi*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 2004.

ANNUNZIATA F., *Commento sub articolo 2473 cod. civ.*, in *Società a responsabilità limitata* a cura di L.A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GREZZI e M. NOTARI, Milano, 2008.

ARATO M., *Clausola di prelazione e di gradimento nelle s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1993, II, pp. 308 e ss., nota a Tribunale Perugia, 8 marzo 1982.

ASCARELLI T., *L'interesse sociale dell'articolo 2441 cod. civ. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959.

ASCARELLI T., *Sui limiti statutarî alla circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 1953, I, pp. 281 e ss.

ASQUASCIATI M., *L'obbligo di liquidare la quota del socio defunto spetta alla società*, in *Le società*, 1992, VII, pp. 977 e ss., nota a Tribunale Lecco, 21 marzo 1992.

ASQUASCIATI M., *Successione degli eredi nella quota del socio di società di persone*, in *Le società*, 1994, pp. 1252 e ss., nota a Tribunale Milano, 2 giugno 1994.

ASQUINI A., *Corso di diritto commerciale: titoli di credito e in particolare cambiali e titoli bancari di pagamento*, Padova, 1966.

ASQUINI A., *Sui limiti di validità delle clausole di gradimento al trasferimento delle azioni*, in *Riv. soc.*, 1961, pp. 737 e ss.

ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di G. OLIVIERI, G. PRESTI, F. VELLA, Bologna, 2006.

AULETTA G., *Clausole di continuazione della società coll'erede del socio personalmente responsabile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, pp. 885 e ss.

AZZARITI G., *Alloggio familiare con arredamento dato in comodato, fallimento post mortem del comodante, pretesa restituzione dell'oggetto alla massa fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1987, II, pp. 1650 e ss. nota a Cassazione, 24 aprile 1987, n. 4053.

BALESTRA L., *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2008.

BARALIS G., CAGNASSO O., *La morte del socio di società di persone*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, *Azienda ed impresa individuale e collettiva nella successione mortis causa: problemi di diritto civile e tributario*, Palermo, 1983.

BARALIS G., *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, *Azienda ed impresa individuale e collettiva nella successione mortis causa: problemi di diritto civile e tributario*, Palermo, 1983.

BAUMBACH A., HUECK A., *Aktiengesetz*, München-Berlin, 1961, § 61.

BENETTI G., *Trasmisibilità mortis causa della partecipazione del socio accomandante e clausole di continuazione automatica*, in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, pp. 864 e ss., nota a Cassazione, 18 dicembre 1995, n. 12906.

BERRUTI G. M., *Clausole statutarie e divieto di patti successori*, in *Corr. giur.* 1992, pp. 1233 e ss., nota a Appello Roma, 28 aprile 1992.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994.

BIANCA C.M., *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000.

BIANCA C.M., *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 1993.

BIANCA C.M., *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato 1995*, I, Padova, 1995.

BIGIAMI W., *Il trasferimento del titolo di credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 1 e ss.

BIGIAMI W., *La clausola di gradimento al trapasso di azioni*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1953, pp. 45 e ss.

- BINNI M., *Ancora sulla soppressione ed introduzione a maggioranza della clausola di prelazione statutaria*, in *Giur. comm.*, 1998, III, pp. 417 e ss., nota a Tribunale Bologna, 17 dicembre 1996.
- BINNI M., *Maggioranza richiesta per la soppressione della clausola di prelazione*, in *Giur. comm.*, 1995, I, pp. 47 e ss., nota a Cassazione, 15 luglio 1993, n. 7859.
- BINNI M., *Soppressione ed introduzione a maggioranza delle clausole relative alla alienazione di azioni e quote sociali*, in *Giur. comm.*, 1995, I, pp. 47 e ss., nota a Appello Bologna, 15 settembre 1993.
- BIONE M., *Le azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, II, Torino, 1991.
- BOCCHINI E., *Beneficio d'inventario ed esercizio dell'impresa*, in *Giust. civ.*, 1967, I, pp. 814 e ss.
- BOERO P., *Accomandita semplice con unico accomandatario socio d'opera: spunti interpretativi*, in *Giur. comm.*, 1979, II, pp. 697 e ss., nota a Tribunale Torino, 27 febbraio 1978.
- BOERO P., *Note sulla legittimazione nei confronti di società di capitali da parte di eredi e legatari del socio defunto*, in *Giust. civ.*, 1983, II, pp. 134 e ss.
- BOERO P., *Società di capitali e successione mortis causa*, in *Quaderni di Vita notarile*, n. 2, *Azienda ed impresa individuale e collettiva nella successione mortis causa: problemi di diritto civile e tributario*, Palermo, 1983.
- BONFILIO A., *Società di persone: trasmissibilità mortis causa della quota sociale*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 202, nota a Cassazione, 16 dicembre 1988, n. 6849.
- BONILINI G., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, IV, pp. 789 e ss.
- BONILINI G., *La prelazione volontaria*, Milano, 1984.
- BONOCORE V., in *Foro it.*, 1970, I, pp. 1155 e ss., nota a Cassazione, 8 gennaio 1970, n. 52.
- BONSIGNORI, nota a Appello Milano, 7 maggio 1974, in *Dir. fall.*, 1974, II, pp. 674 e ss.
- BONTEMPI P., *Clausola di consolidazione delle quote sociali e divieto delle associazioni tontinarie*, in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, pp. 147 e ss., nota a Tribunale Vercelli, 19 novembre 1992.
- BORRELLI S., *Sulla clausola di intrasferibilità "mortis causa" della quota di società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2004, I, pp. 59 e ss.

BRODMANN E., *Aktienrecht*, Berlin e Leipzig, 1928, § 222.

BUCELLI A., *I legittimari*, Milano, 2002.

BUCELLI A., *Interessi nell'impresa e interessi familiari nella successione necessaria*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. DELLE MONACHE in *I Quaderni della Rivista di diritto civile*, 2007, VIII, pp. 273 e ss.

BUONOCORE V., *La liquidazione della quota agli eredi del socio defunto e lo psicodramma della soggettività delle società di persone: un contributo positivo della Corte Suprema*, in *Giur. comm.*, 2000, II, pp. 402 e ss., nota a Cassazione, 26 aprile 2000, n. 291.

BURDESE A., *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1980.

BUSNELLI F.D., voce "Obbligazioni soggettivamente complesse", in *Encicl. dir.*, Milano 1979, p. 337 e ss.

BUTTARO L., *Sull'ampiezza e sulle conseguenze delle limitazioni alla circolazione delle quote di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1992, pp. 489 e ss.

CACCAVALE C., *Il divieto dei patti successori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, Padova, 1994.

CALLEGARI M., *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004.

CALVO R., *I patti successori*, in AA. VV., *Diritto delle successioni*, a cura di R. CALVO e G. PERLINGERI, Napoli, 2008.

CALVOSA L., *Clausola di riscatto e divieto dei patti successori*, in *Banca, Borsa e titoli di cred.*, 1992, I, 634, nota a Appello Roma, 28 aprile 1992.

CALVOSA L., *La clausola di riscatto nella società per azioni*, in *Il diritto della banca e della borsa*, Milano, 1995.

CALVOSA L., *Morte del socio, clausola di riscatto delle azioni in favore dei soci superstiti e divieto dei patti successori*, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 1993, II, p. 638.

CALVOSA L., *Nota a Tribunale Roma, 30 maggio 1990*, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, pp. 829 e ss., nota a Tribunale Roma, 30 maggio 1990.

CALVOSA L., *Sulle cc.dd. clausole di riscatto*, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 1991, II, pp. 115 e ss., nota a Tribunale Milano, 14 luglio 1988 e a Bayerisches Oberlandesgericht, 24 novembre 1988.

CANDIAN A., *L'erede del socio e l'esclusione del socio superstite*, in *Temi*, 1950, pp. 44 e ss.

CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Milano, 2002.

CARAPELLE A., *La morte del socio nelle società di persone. L'art. 2284 cod. civ. e le clausole di continuazione*, in *Vita notarile*, 1982, pp. 424 e ss.

CARAVAGLIOS R., *Clausola di continuazione del rapporto societario ed estraneità al divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1996, pp. 914 e ss., nota a Cassazione, 18 dicembre 1995, n. 12906.

CARAVAGLIOS R., *Incidenza sulla successione mortis causa della clausola di gradimento*, in *Le società*, 1996, I, pp. 80 e ss., nota a Tribunale Verona, 21 luglio 1995.

CARAVAGLIOS R., *Morte del socio di s.p.a. e acquisto delle azioni da parte degli altri soci*, in *Le società*, 1992, pp. 1256 e ss., nota a Appello Roma, 28 aprile 1992.

CARAVAGLIOS R., *Successione degli eredi del socio accomandante*, in *Le società*, 1993, pp. 1217 e ss., nota a Appello Milano, 30 marzo 1993.

CARAVAGLIOS R., *Trasferimento di azioni e limiti del divieto dei patti successori*, in *Le società*, 1994, pp. 1185 e ss., nota a Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3609.

CARCANO G., *Riscatto di azioni e azioni riscattabili*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1983, II, pp. 506 e ss., nota a Tribunale Milano, 17 aprile 1982 e Appello Milano, 25 giugno 1982.

CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977.

CARLINI G., CLERICÒ F., UNGARI TRASATTI C., *Morte del socio, diritto dei successori e modalità del subentro nella società di persone*, in *Riv. not.*, 2003, pp. 1443 e ss.

CARMIGNANI S., *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, *Commento sub articoli 2437 cod. civ. e 223 terdecies att. trans.*, Bologna, 2004, p. 882.

CARNELUTTI F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933.

- CARNELUTTI F., *Un caso clinico*, in *Foro it.* 1956, IV, pp. 22 e ss., nota a Tribunale Roma, 18 giugno 1953.
- CARNEVALI U., *Clausola limitativa del trasferimento di azioni*, in *Le società*, 1992, VIII, pp. 1087 e ss., nota a Tribunale di Milano, 6 febbraio 1992.
- CASALI P., *La circolazione "mortis causa" delle partecipazioni nelle società di capitali*, in *Le società*, 2007, V, pp. 537 e ss.
- CASELLA M., *Clausole di gradimento*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI e P.G. JAEGER, Milano, 1993.
- CASSISA G., *Nota a Cassazione 22 luglio 1971 n. 2404*, in *Giust. civ.*, 1971, I, pp. 1536 e ss., nota a Cassazione, 22 luglio 1971, n. 2404.
- CASTELLANO G., *Nota a Cassazione 16 giugno 1978, n. 2897*, in *Giur. comm.*, 1978, II, pp. 631 e ss., nota a Cassazione, 16 giugno 1978, n. 2897.
- CASTELLANO M., *Sulla continuazione della società in caso di pluralità di eredi*, in *Riv. soc.*, 1980, pp. 768 e ss.
- CASULLI V.R., *Natura giuridica della collazione*, in *Studi in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953.
- CATAUDELLA A., *La donazione mista*, Milano, 1970, pp. 11 e ss.
- CERRI A., *La costituzione ed il diritto privato*, in *Trattato di Diritto privato. Premesse e disposizioni preliminari*, diretto da P. RESCIGNO, I, Torino, 2003.
- CHIANALE A., *Obbligazione di dare e conferimento della proprietà*, Milano, 1990.
- CIAFFI A., nota a Cassazione, 18 dicembre 1995, n. 12906, in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, pp. 17 e ss.
- CIAN M., *nota a sentenza*, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 2004, I, pp. 688 e ss., nota a Tribunale Venezia, 7 novembre 2003.
- CIAN M., *Clausola statutaria di prelazione e conferimento di azioni in società interamente posseduta*, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 2004, I, pp. 693 e ss.
- CICU A., *Successioni per causa di morte. Parte generale. Divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1958.

CINTIOLI F., *Socio accomandante e clausole di continuazione automatica*, in *Corr. giur.*, 1996, VII, pp. 803 e ss., nota a Cassazione, 18 dicembre 1995, n. 12906.

CINTIOLI F., *Socio accomandante e clausole di continuazione automatica*, in *Corr. giur.*, 1996, VII, pp. 797 e ss., nota a Cassazione, 18 dicembre 1995, n. 12906.

CIUFFI A., *Morte del socio, patto di opzione, divieto dei patti successori e principio di libera trasferibilità delle azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, pp. 17 e ss., nota a Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3609.

CIVERRA E., *Iscrizione del trasferimento mortis causa di quote di s.r.l.*, in *Le società*, 2002, pp. 609 e ss., nota a Tribunale Roma, 2 maggio 2001.

CLERICÒ S., *L'alienazione di partecipazioni sociali in spregio della clausola di gradimento ed il valore del silenzio dell'organo competente ad esprimerlo*, in *Rivista del notariato*, 2006, IV, pp. 1065 e ss., nota a Cassazione, 30 settembre 2005, n. 19203.

COLAFRANCESCHI G., *Clausola inserita nello statuto di una collettiva e patto successorio*, in *Dir. fall.*, 1951 II, pp. 118 e ss., nota a Cassazione, 17 marzo 1951, n. 685.

CORAPI D., *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971.

CORBETTA G., *La gestione strategica del passaggio generazionale*, in *Riv. dott. comm.*, 1996, V, pp. 779 e ss.

CORSI F., *Annullamento di azioni proprie, riduzione di capitale e contestuale aumento*, in *Giur. comm.*, 1988, II, pp. 926 e ss., nota a Tribunale Verona, 24 aprile 1986, Tribunale Verona, 28 gennaio 1988 e Appello Milano, 21 settembre 1987.

CORSI F., *Il fantasma della clausola di gradimento*, in *Giur. comm.*, 1986, I, pp. 30 e ss.

COSTANZA M., *Negoziato mortis causa o post mortem*, in *Giust. civ.*, 1991, pp. 953 e ss., nota a Cassazione, 17 agosto 1990, n. 8335.

COSTI R., *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, pp. 200 e ss.

COSTI R., *I patti parasociali nella nuova società a responsabilità limitata*, in *La nuova disciplina della responsabilità limitata*, a cura di L. SANTORO, Milano, 2003.

COSTI R., *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969.

COSTI R., *Società in generale, società di persone, associazione in partecipazione*, Torino, 1991.

COTTINO G., *Diritto commerciale*, I, 2, *Le società*, Padova, 1999.

D'ALESSANDRO F., *Obbligo di risarcire i danni a carico del terzo acquirente di quota sociale per mancato rispetto del patto di prelazione?*, in *Giur. comm.* 1975, II, pp. 23 e ss., nota a Cassazione, 21 ottobre 1973, n. 2763.

D'ALESSANDRO F., *Sulla legittimità del cd. trading di azioni proprie*, in *Giust. civ.*, 1988, pp. 2994 e ss., nota a Tribunale Trieste, 3 luglio 1987.

D'AREZZO M. P., *Condizioni di legittimità della clausola di prelazione impropria*, in *Le società*, 1998, IX, pp. 1055 e ss., nota a Tribunale Alba, 14 gennaio 1998.

D'AURIA M., *Clausole di consolidazione societaria e patti successori*, in *Riv. not.*, 2003, pp. 657 e ss.

DAL SOGLIO P., *Commento all'art. 2355 bis*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005.

DE CESARE G., GAETA T., *La divisione ereditaria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, II, Padova, 1994.

DE FERRA G., *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, Milano, 1964.

DE GIORGI M. V., *È riferibile la clausola di gradimento a chi sia già socio? (un caso francese)*, in *Giur. comm.*, 1975, IV, pp. 565 e ss.

DE GIORGI M. V., *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.

DE GIORGI M. V., *Morte del socio e clausole di continuazione con gli eredi*, in *Giur. comm.*, 1975, II, pp. 381 e ss., nota a Tribunale Milano, 17 giugno 1974.

DE GIORGI M. V., nota a Cassazione, 29 maggio 1972, n. 1702, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, pp. 1594 e ss.

DE GIORGI M. V., Voce "Patto successorio", in *Encicl. dir.*, 1982, pp. 533 e ss.

DE MARCO, nota a Cassazione, 17 marzo 1951, n. 685, in *Giur. comp. Cass. Civ.*, 1951, II, pp. 227 e ss.

DE NOVA G., *Il diritto di recesso del socio di società per azioni come opzione di vendita*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 329 e ss.

DEL PRATO E., *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria*, in *Riv. not.*, 2001, I, pp. 633 e ss.

DELLE MONACHE S., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008.

DELLE MONACHE S., *Sulla figura del patto di opzione a favore di terzi*, in *Riv. not.*, 2005, IV, pp. 765 e ss.

DELLE MONACHE S., *Testamento. Disposizioni generali*, in *Il Codice civile commentato* a cura di P. SCHLESINGHER, Milano, 2005.

DELLE VERGINI L., *Il divieto di associazioni tontinarie in un interessante caso giurisprudenziale*, in *Riv. not.*, 1993, pp. 1274 e ss., nota a Tribunale Vercelli, 19 novembre 1992 e Appello Torino, 22 ottobre 1993.

DENOZZA F., *Sopravvivenza (ma entro quali limiti?) delle clausole di gradimento*, in *Giur. comm.*, 1979, II, pp. 10 e ss.

DENTAMARO A., *Clausole di prelazione tra interesse della società e diritti individuali dei soci*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 1898 e ss., nota a Tribunale Milano 22 giugno 2001.

DENTAMARO A., sub *articolo 2355 bis cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004.

DI GRAVIO D., *Il "semestre bianco" nello scioglimento delle società personali per morte del socio*, in *Dir. fall.*, 1992, II, pp. 291 e ss., nota a Tribunale Roma, 19 gennaio 1991.

DI GRAVIO D., *La liquidazione della quota del socio defunto nell'inventario dell'eredità beneficiaria*, in *Dir. fall.*, 1981, II, pp. 416 e ss., nota a Pretura Roma, 3 aprile 1981.

DI RIENZO M., *Il divieto di operazioni sulle proprie quote nella s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 1992, pp. 167 e ss.

DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1987.

EBENROTH C.T., *Erbrecht*, München, 1992.

FAIETA M., *Società a responsabilità limitata "chiusa", diritto di exit e tecniche di rimborso del valore della partecipazione sociale*, in *Riv. not.*, 2004, II, pp. 297 e ss.

FARENGA L., *Spunti ricostruttivi in tema di prelazione convenzionale societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, II, pp. 267 e ss., nota a Appello Milano, 7 febbraio 1989.

FEBBRAJO T., *Il diritto di prelazione di cui all'art. 230 bis, 5° comma, c.c. e i trasferimenti mortis causa*, in *Giur. it.*, 2002, I, pp. 93 e ss., nota a Tribunale Macerata, 28 settembre 2000.

FELLER A., *Commento sub articolo 2469 cod. civ.*, in *Società a responsabilità limitata* a cura di L. A. BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GREZZI e M. NOTARI, Milano, 2008.

FERRARA F. JR., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987.

FERRARA F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009.

FERRARO B., *Continuazione della società con l'erede del socio*, in *Le società*, 1989, pp. 565 e ss.

FERRI G., *Commento sub art. 2284 in Delle società (art. 2247-2324)*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1981.

FERRI G., *Le Società*, Torino, 1987.

FERRI G., *Partecipazione di incapaci a società commerciali*, in *Giur. compl. Cass. Sez. civ.*, 1945, I, pp. 221 e ss., nota a Cassazione, 18 maggio 1945, n. 361.

FICO D., *Trasferimento di quote di s.r.l. per atto tra vivi o a causa di morte*, in *Dir. e prat. delle società*, 1999, n. 22, pp. 16 e ss.

FLUME W., *Die Nachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode eines Gesellschafters*, in *Festschrift für W. Shilling*, Berlin, 1973.

FONTANA A., *Le clausole di gradimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, pp. 34 e ss.

FORCHIELLI P., *La collazione*, Padova, 1958, p. 302; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979.

FRANCESCHENELLI S., *Sulle clausole di gradimento alla circolazione delle azioni*, in *Riv. soc.*, 1961, pp. 441 e ss.

GALGANO F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2008.

- GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2006.
- GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2004.
- GALLETTI D., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005.
- GALLETTI D., *Commento sub articolo 2473 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2007
- GALLO, *Se la clausola con cui si dispone della quota del socio cessato per morte concreti un patto successorio*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1951, III, pp. 9 e ss.
- GAMBARO A., *La proprietà, beni, proprietà e comunione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990.
- GAMBINO A., *Le clausole di gradimento dopo la legge 4 giugno 1985, n. 281*, in *Giur. comm.*, 1986, I, pp. 5 e ss.
- GARDANI CONTURSI LISI L., *Commento sub articoli 769-809 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1976, pp. 27 e ss.
- GAZZARA G., *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, Milano, 1956.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007.
- GHIDINI M., *Le società personali*, Padova, 1972.
- GHISIGLIERI F., GUIDO A., *Lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio*, in *Nuova giur. civ.*, 1994, II, pp. 100 e ss.
- GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954.
- GIANATTASIO G., in *Giust. civ.*, 1970, I, pp. 7 e ss., nota a Cassazione, 8 gennaio 1970, n. 52.
- GOTTWALD P., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, § 331, München, 1985.
- GRADASSI F., *Mandato post mortem*, in *Contr. e impr.*, 1990, II, pp. 827 e ss.
- GRADASSI F., *Clausole testamentarie in tema di legato di posizione contrattuale*, in *Notariato*, 1999, I, pp. 43 e ss.

GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962.

GRIEGER W., *Die Unternehmensnachfolge*, in *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, Köln, 2010.

GUIDOTTI M., *I limiti al trasferimento delle partecipazioni statali nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata nella prassi statutaria di Modena e provincia dal 1950 al 1970*, in *Giur. comm.* 1974, pp. 838 e ss.

GUIDOTTI R., *In tema di pubblicità, forma e nullità del contratto di trasferimento di quote di S.r.l.*, in *Contr. e impr.*, 1996, II, pp. 519 e ss.

GUYON Y., nota a Cassation (Ch. com.), 28 ottobre 1974, in *Recueil Dalloz*, 1975, *Jurispr.*, pp. 209 e ss.

HABERSACH M., *Die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils beim Tod des GmbH-Gesellschafters*, in *ZIP*, 1990, pp. 625 e ss.

HARDER M., *Grundzüge des Erbrechts*, Berlin, 2002.

HEFERMEHL W., BUNGEROTH E., *Aktiengesetz Kommentar*, Band 1, §§ 1-75, München, 1984, § 68.

HENRICH D., *Autonomia testamentaria v. successione necessaria*, in *Familia*, 2001, II, pp. 411 e ss.

HUECK A., *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, Berlin-New York, 1971.

HÜFFER U., *Aktiengesetz*, München, 2008, §§ 68 e 237.

ICARDI E., *Le clausole di continuazione della società con l'erede del socio personalmente responsabile*, in *Riv. notariato*, 1960, pp. 285 e ss.

IEVA M., *I fenomeni a rilevanza successoria. Un'analisi dell'evoluzione del sistema successorio alla luce dei recenti interventi del legislatore*, Napoli, 2008.

IEVA M., *I fenomeni cd. parasuccessori*, in *Riv. not.*, 1988, pp. 1139 e ss.

IEVA M., *I fenomeni cd. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, Padova, 1994.

IEVA M., *Il profilo giuridico della trasmissione dell'attività imprenditoriale in funzione successoria: i limiti dell'autonomia privata e le prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2000, VI, pp. 1345 e ss.

IEVA M., *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 *Riv. not.*, 1997, VI, pp. 1370 e ss.

IEVA M., *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *Riv. not.*, 2003, VI, pp. 1361 e ss.

INFANTE V., *Cessione di quote e prelazione nelle S.r.l. – Denuntiatio stile proposta contrattuale*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, VI, pp. 23 e ss., nota a Tribunale Avellino, 13 ottobre 2005.

IUDICA G., *Clausole di continuazione della società con gli eredi dell'accomandatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, pp. 208 e ss.

JAEGER P.G., DENOZZA F., *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000.

JANNUZZI A., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2000.

JEANTIN M., *Les clauses de préemption statutaires entre actionnaires*, in *Droit de sociétés*, 1990, n. 7, pp. 1 e ss.

KADUK H., *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, sub § 331, Berlin, 1983.

KIPP T., H. COING, *Erbrecht*, Tübingen, 1990.

KOEBLER G., *Erbrecht und Gesellschaft*, Göttingen, 1974.

KORT M., *Aktien aus vernichteten Kapitalerhöhungen*, in *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, 1994.

LABRIOLA M., *Circolazione delle partecipazioni nelle società familiari*, in *Rivista del notariato*, 2001, I, pp. 45 e ss.

LAI S., *Trasmittibilità mortis causa del diritto alla liquidazione della quota di società di persone*, in *Riv. giur. sarda*, 1986, pp. 791 e ss., nota a Tribunale Cagliari, 8 maggio 1984 e Appello Cagliari, 16 settembre 1985.

LAMANDINI M., *La trasmissione della ricchezza familiare: i patti parasociali*, in *Contratto e impresa*, 2004, I, pp. 282 e ss.

LANDOLFI S., *Liquidazione della quota a eredi dell'accomandatario*, in *Le società*, 1990, pp. 640 e ss., nota a Tribunale Milano 28 dicembre 1989.

LARENZ K., WOLF M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, IX Auf., München, 2004.

LEIPOLD D., *Erbrecht*, Tübingen, 2010.

LENZI R., *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. Notar.*, 1988, pp. 1209 e ss.

LEPRI A., *nota di commento a Cassazione 14 luglio 1983 n. 4827*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, pp. 93 e ss.

LIBERTINI M., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum a cura di G. CAMPOBASSO, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE, Torino, 2006, IV.

LIBONATI B., *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999.

LICINI C., *Clausole sociali che dispongono per l'evento della morte del socio: i principi*, in *Riv. not.*, 1991, pp. 423 e ss.

LUCCHINI GUASTALLA E., *Divieto della vocazione contrattuale, testamento e strumenti alternativi di trasmissione della ricchezza*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di S. DELLE MONACHE in *I Quaderni della Rivista di diritto civile*, 2007, VIII, pp. 273 e ss.

LUTTER M., GRUNEWALD B., *Gesellschaften als Inhaber vinkulierter Aktien und Geschäftsanteile*, in *Die Aktiengesellschaft*, 1989, XII.

LUTTER M., HOMMELHOFF P. (BAYER W.), *GmbH Kommentar*, 17 Auflage, Köln, 2009, §§ 15 e 34.

LUTTER M., in *Kölner Kommentar z. AktG.*, Band 1, §§ 1-75, 2 Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, § 68.

LUTTER M., in *Kölner Kommentar z. AktG.*, Band 5, §§ 221-240, 2 Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, § 237.

MAGLIULO F., *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, pp. 1411 ss.

MAIENZA M., *Prelazione e atti a titolo gratuito: consensi (e qualche dubbio) sulla scelta negativa*, in *Corr. giur.*, 1989, III, pp. 293 e ss., nota a Cassazione, 12 gennaio 1989, n. 93.

MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962.

MALTONI M., *Commento sub articolo 2469 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2007.

MARASÀ G., *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, VI, 1, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, 1994.

MARELLA M. R., *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al trasferimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, pp. 91 e ss.

MARELLA M. R., *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al trasferimento. Riflessioni sul dibattito più recente*, in www.jus.unitn.it/Cardozo/Review/Persons/Marella.

MARGHERI A., *Società e associazioni*, in *Il codice di commercio italiano*, II, Padova, 1889.

MAZZONI C.M., nota a Cassazione, 15 gennaio 1973, n. 126, in *Giur. it.*, 1974, pp. 1573 e ss.

MELI V., *La clausola di prelazione negli statuti di società per azioni*, Napoli, 1991.

MENGHI I., *Devoluzione testamentaria di quota di società personale e sonno dei giudici*, in *Giur. it.*, 1989, II, pp. 525 e ss. nota a Cassazione, 16 dicembre 1988, n. 6849.

MENGHI I., *Liquidazione di società personale e morte del socio*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1985, II, pp. 551 e ss., nota a Tribunale Monza, 25 febbraio 1984.

MENGONI L., *La regola possesso vale titolo nella circolazione dei titoli di credito e i rapporti fra l'articolo 1994 e l'articolo 1153 cod. civ.*, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 1949, I, pp. 31 e ss.

MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 2000.

MERZ S., *La trasmissione familiare e fiduciaria della ricchezza*, Padova, 2001.

MESSINEO F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1972.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957.

MESSINEO F., *Nullità e inefficacia relativa della clausola di gradimento nell'acquisto di azioni*, in *Riv. soc.*, 1962, pp. 533 e ss.

MICHALSKI L., *Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen, Ein Beitrag zur Unternehmensnachfolge in der Familiengesellschaft*, Heidelberg-Hamburg, 1980.

MINERVINI G., *Questioni in tema di circolazione delle partecipazioni sociali*, in *Contratto e impresa*, 1996, III, pp. 889 e ss.

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale. Delle obbligazioni. Commento sub artt. 1321-1469*, in *Codice civile. Commentario*, Torino, 1971.

MONACO F., MORGNINI B., *Conseguenze della morte del socio nella società di persone: rassegna*, in *Riv. not.*, 1989, pp. 389 e ss.

MORENA E., *Questioni in tema di diritto di opzione delle azioni di una s.p.a. a favore dei soci superstiti*, in *Giust. civ.*, 1995, IV, pp. 1063 e ss., nota a Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3609.

MOSCARINI L.V., *Il contratto a favore di terzi*, in *Commentario del codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1997.

MOSSA L., nota a Tribunale Milano, 17 novembre 1949, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, II, pp. 75 e ss.

NERI C., *Clausole di riscatto e divieto di patti successori*, in *Giur. comm.*, 1996, II, pp. 217 e ss., nota a Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3609.

NICOLÒ R., *Attribuzioni patrimoniali post-mortem e mortis causa*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1993, pp. 195 e ss.

NICOLÒ R., *Attribuzioni patrimoniali post-mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, pp. 147 e ss.

NOTARI M., *Commento all'articolo 131 T.U.F.*, in *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza*, a cura di P. MARCHETTI e L.A. BIANCHI, Milano, 1999.

NOVARESE A., *La liquidazione agli eredi della quota del socio defunto di società a responsabilità limitata in presenza di clausole statutarie limitative del trasferimento mortis causa delle quote*, in *Dir. fall.*, 1991, II, pp. 366 e ss., nota a Tribunale Verona 27 giugno 1989.

ODORISIO L., nota a Cassazione, 16 giugno 1978 n. 2987, in *Riv. not.*, 1979, pp. 909 e ss.

OPPO G., *Contratti parasociali*, Milano, 1942.

OPPO G., *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, pp. 517 e ss.

OPPO G., *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, pp. 257 e ss.

PADOVINI F., *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990.

PALAZZO A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale. Le forme alternative al testamento: modelli stranieri, elaborazione dottrinale, esperienze pratiche*, Napoli, 1983.

PALAZZO A., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, sez VIII: *le successioni per causa di morte*, Napoli, 2003.

PALAZZO A., *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2000.

PALAZZO A., *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983.

PALAZZO M., *La circolazione delle partecipazioni e la governance nelle società familiari in prospettiva successoria*, in *Riv. not.*, 2007, VI, pp. 1375 e ss.

PANZARINI G., *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, pp. 266 e ss.

PAOLINI E., *Circolazione mortis causa della quota del socio accomandante*, in *Le società*, 1994, pp. 1496 e ss., nota a Appello Milano, 22 febbraio 1994.

PAOLINI E., *Intrasferibilità mortis causa della quota di società a responsabilità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1991, pp. 915 e ss.

PAOLUCCI G., *Società a responsabilità limitata e clausola di prelazione impropria*, in *Giur. comm.*, 1999, pp. 2 e ss., nota a Tribunale Alba, 14 gennaio 1998.

PARDINI S., *Sul ritardo nella liquidazione della quota spettante agli eredi del socio defunto ex art. 2289 c.c.*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, pp. 615 e ss., nota a Appello Firenze, 9 marzo 1991.

PARDINI S., *Sull'applicabilità della clausola di gradimento alla successione a causa di morte nella partecipazione azionaria*, in *Riv. not.*, 1990, pp. 1393 e ss.

PATTI S., *Codice civile tedesco – Bürgerliches Gesetzbuch. Traduzione e presentazione*, Milano, 2005.

- PATRIARCA S., *Successione nella quota sociale, successione nell'impresa e autonomia statutaria*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2002.
- PAVONE LA ROSA A., *Circolazione delle azioni e legittimazione all'esercizio dei diritti sociali*, in *Banca, borsa e titoli di cred.*, 2003, I, pp. 249 e ss.
- PEREGO E., *Trattative, proposta irrevocabile e patto d'opzione*, in *Giust. civ.* 1981, I, pp. 2272 e ss., nota a Cassazione, 6 aprile 1981, n. 1944.
- PFNISTER G., *Le clausole degli statuti di società di persone in tema di morte del socio*, in *Contr. e impr.*, 1999, pp. 1417 e ss.
- PICCIAU A., nota a Cassazione 16 dicembre 1988, n. 6849, in *Nuova giur. civ.*, 1989, I, pp. 150 e ss.
- PICONE L., *Trasferibilità della quota del socio defunto ai soci superstiti*, in *Le società*, 1997, pp. 414 e ss., nota a Appello Bologna, 23 ottobre 1996.
- PITTER P., *Commento sub articolo 2284, Commentario breve al Codice civile*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Padova, 1992.
- PLATANIA F., *Trasferimento mortis causa della posizione di socio*, in *Le società*, 1996, V, pp. 514 e ss., nota a Cassazione, 18 dicembre 1995, n. 12906.
- PONTI L., PANELLA L., *La preferenza nel diritto societario e successorio*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Milano, 2003.
- PORTALE G. B., *Azioni con prestazioni accessorie e clausole di riscatto*, in *Riv. soc.*, 1982, pp. 763 e ss.
- PRESTI G., *Le clausole di riscatto nelle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1983, II, pp. 397 e ss., nota a Appello Milano, 14 luglio 1982.
- PRESTI G., RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale: società*, Bologna, 2005.
- PRIESTER H.J., *Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften*, in *DB*, 1979, pp. 681 e ss.
- PROVERBIO D., *I patti parasociali: teoria e prassi*, Milano, 2004.

PUGLIESE G. M., *Consolidamento, continuazione ed entrata: il problema della successione nella titolarità dell'impresa*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 824 e ss.

PUPPO C.E., *Sulla validità della clausola di consolidazione in capo ai soci superstiti della quota del socio defunto di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 1997, II, pp. 741 e ss., nota a Tribunale Bologna, 11 luglio 1996 e Appello Bologna, 23 ottobre 1996.

PUTORTI V., *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, IV, pp. 789 e ss.

QUATRARO B., *Statuti sociali e volontaria giurisdizione societaria*, I, Milano, 1996.

RACUGNO G., *Clausola di gradimento e circolazione mortis causa dei titoli azionari*, in *Giur. comm.*, 1976, II, pp. 784 e ss., nota a Tribunale Cagliari, 24 febbraio 1976 e Appello Cagliari, 4 giugno 1976.

RAGUSA MAGGIORE G., *Comunione d'impresa e comunione d'azienda nella successione all'imprenditore defunto - Una separazione difficile*, in *Dir. fall.*, 1987, II, pp. 764 e ss., nota a Tribunale Roma, 14 aprile 1987.

RAINELLI P., *Il trasferimento della partecipazione*, in *Le nuove s.r.l.*, diretto da M. SARALE, Bologna, 2008, pp. 297 e ss.

RESCIGNO P., *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. e impr.*, 1990, I, pp.43 e ss.

RESCIGNO P., *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*. Relazione al convegno su La trasmissione familiare della ricchezza (Verona, 5-6 febbraio 1993) organizzato dall'Istituto Giuridico Italiano e dall'ordine degli avvocati e procuratori di Verona, in *Vita notarile*, 1993, pp. 1281 e ss.

RESCIO G. A., *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. delle società*, 1991, pp. 596 e ss.

REUTER D., *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 343 e ss.

REVIGLIONE P., *Commento sub articolo 2469 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO e G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004.

REVIGLIONE P., *Le clausole di riscatto delle azioni non contrastano con il divieto dei patti successori*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, pp. 1333 e ss., nota a Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3609.

REVIGLIONO P., *Le clausole statutarie di prelazione sono applicabili ai trasferimenti a titolo gratuito?*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, pp. 1 e ss., nota a Cassazione, 12 gennaio 1989, n. 93.

REVIGLIONO P., *Limitazioni convenzionali alla circolazione delle azioni e trasferimenti mortis causa*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, pp. 447 e ss., nota a Appello Roma, 28 aprile 1992.

RICCERI F., *Le clausole di gradimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, II, pp.140 e ss.

RICCIUTO V., *Morte del socio di società di due soci e scioglimento della società: conferma di un consolidato orientamento della Cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, pp. 275 e ss., nota a Tribunale Palermo, 13 giugno 1984.

RINALDI R., *La valutazione delle partecipazioni in società e dei titoli nell'imposta sulle successioni*, in *Giur. comm.*, 1997, IV, pp. 503 e ss.

RIVOLTA G.C.M., *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995.

RIVOLTA G.C.M., *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, pp. 1197 e ss.

ROCCO A., *La continuazione della società con gli eredi del socio illimitatamente responsabile*, in *Studi di diritto commerciale*, I, Roma, 1933.

RODOTÀ S., *L'atto di gradimento*, in *Riv. soc.*, 1961, pp. 746 e ss.

ROGANTINI L., *Le azioni di godimento. Esposizione sistematica delle clausole statutarie delle società italiane dal 1900 in poi*, in , pp. 808 e ss.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001.

RORDORF R., *I sindacati di voto*, in *Le società*, 2003, pp. 19 e ss.

RORDORF R., *Trasmissione agli eredi di quote sociali*, in *Le società*, 1989, pp. 1157 e ss., nota a Tribunale Milano, 17 aprile 1989.

ROSA S., *Clausola statutaria limitativa del prezzo di vendita delle azioni*, in *Le società*, 1994, X, pp. 1371 e ss., nota a Tribunale Trieste, 19 dicembre 1993.

- ROVELLI L., nota a Tribunale Verona, 28 gennaio 1990, in *Le società*, 1990, pp. 682 e ss.
- RUBINO D., *Delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1968.
- SALOMONI A., *Funzione e disciplina della clausola di gradimento*, in *Prelazione e gradimento nella circolazione di partecipazioni sociali*, a cura di C. GRANELLI e G. VETTORI, Padova, 1997.
- SALVATORE L., *Conseguenze del venir meno di tutti i soci di società semplice*, in *Contr. e impr.*, 1998, pp. 1121 e ss.
- SANGIOVANNI V., *La cessione di quota di s.r.l. e il ruolo del notaio nel diritto tedesco*, in *Notariato*, 2006, I, pp. 82 e ss.
- SANTARSIERE V., *Erede di accomandante in accomandita semplice - Recesso e liquidazione della quota*, in *Giur. mer.*, 2005, pp. 1817 e ss., nota a Tribunale Milano, 29 aprile 2004.
- SANTINI G., *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1984.
- SANTONI G., *I patti parasociali*, in occasione della relazione tenuta il 25 gennaio 2003 presso l'Università degli Studi di Roma Tre nell'ambito dei seminari sulla riforma del diritto societario organizzati dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tre in concorso con la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Roma-Tor Vergata.
- SANTONI G., *Patti parasociali*, Napoli, 1985.
- SANTORO L., *Le alternative al testamento*, in *Contr. e impr.*, 2003, III, pp. 1187 e ss.
- SANTOSUOSSO D.U., *Il principio di libera trasferibilità delle azioni. Eccesso di potere nelle modifiche della circolazione*, Milano, 1993.
- SARALE M., *Divisione testamentaria della quota di partecipazione in società di fatto e continuazione della società con gli eredi*, in *Giur. it.*, I, 1, pp. 1129 e ss., nota a Cassazione, 16 dicembre 1988, n. 6849.
- SATTA S., *Clausole di gradimento e legge fiscale al lume dei principi generali*, in *Giust. civ.*, 1965, I, pp. 616 e ss., nota a Tribunale Lucera, 12 dicembre 1964.
- SCAGLIONE F., *Riflessioni in tema di successioni anomale e contratto di società*, in *Riv. not.*, 1994, II, pp. 1014 e ss.

SCHERMI A., *Società di persone composta di due soci, morte di un socio e diritto del socio superstite di sciogliere la società*, in *Giust. civ.*, 1981, I, pp. 2288 e ss., nota a Cassazione, 16 febbraio 1981, n. 936.

SCHLESINGER P., *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995.

SCHMIDT K., *Gesellschaftrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1991.

SCHURR F.A., *Erbfolge bei Personengesellschaften in der aktuellen italienischen Rechtsprechung – Interessenskollisionen und Gestaltungsmöglichkeiten*, in *Jahrbuch für Italienisches Recht*, 2000, pp. 238 e ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, Milano, 1951.

SPADA P., *L'efficacia del consenso traslativo nella circolazione dei titoli azionari: proposte per ripensare un problema*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Milano, 1992.

SPALLAROSSA M. R., nota a Cassazione, 22 luglio 1971, n. 2404, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, pp. 1096 e ss.

SPEZIA F., *La morte del socio nella società di persone in liquidazione*, in *Arch. civ.*, 1995, pp. 79 e ss., nota a Tribunale Milano, 2 giugno 1994.

SQUILLACE N., *La prelazione societaria*, in *Giur. comm.*, 1990, pp. 565 e ss., nota a Tribunale Milano, 23 novembre 1988 e 27 febbraio 1989.

STANGHELLINI L., *Commento sub articolo 2355 bis cod. civ.*, in *Azioni* a cura di M. NOTARI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GREZZI e M. NOTARI, Milano, 2008.

STANGHELLINI L., *I limiti statutarie alla circolazione delle azioni*, Milano, 1997.

STOLFI G., *Sul trasferimento di azioni dopo la morte del loro titolare*, in *Dir. fall.*, 1974, II, pp. 320 e ss., nota a Appello Milano, 26 giugno 1973.

TASSANI T., *Clausole statutarie e morte del socio: riflessi nelle imposte dei redditi*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, XII, pp. 1063 e ss.

TASSINARI F., *Clausole in funzione successoria negli statuti delle società di persone*, in *Giur. comm.*, 1995, I, pp. 935 e ss.

- TASSINARI F., *I patti parasociali e le obbligazioni del socio a titolo diverso dal conferimento*, in AA. VV., *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2004.
- TAURINI G., *La società a responsabilità limitata*, Milano, 2000.
- TAURINI S., *Morte del socio, mancanza della pluralità dei soci, scioglimento della società*, in *Le società*, 1997, pp. 296 e ss., nota a Tribunale Milano, 4 luglio 1996.
- TORINO R., *I contratti parasociali*, Milano, 2000.
- TOTI B., *Successioni a causa di morte e donazioni*, Padova, 2005.
- TRIOLA R., *Osservazioni in tema di clausole di continuazione della società di persone con gli eredi del socio defunto*, in *Giust. civ.*, 1996, I, pp. 2647 e ss., nota a Cassazione, 18 dicembre 1995, n. 12906.
- ULMER P., *Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?*, in *Festschrift für Winfried Werner*, Berlin-New York, 1984.
- VALERI G., *Diritto cambiario italiano*, Milano, 1936.
- VATTERMOLI D., *Commento all'articolo 2355 bis codice civile*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, 2, I.
- VENTORUZZO M., *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, in *Riv. società.*, 2005, pp. 427 e ss.
- VENTORUZZO M., *Sindacati di voto a "tempo indeterminato" e diritto dei paciscenti nelle società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2006, pp. 573 e ss.
- VERDIRAME G., *Clausola di continuazione e poteri di amministrazione*, in *Giur. comm.*, 1995, II, pp. 370 e ss., nota a Cassazione, 4 marzo 1993, n. 2632.
- VETTORI G., *Consenso traslativo e circolazione dei beni: analisi di un principio*, Milano, 1995.
- VIDIRI G., *Società personali di due soci e liquidazione della quota agli eredi del socio deceduto*, in *Giust. civ.*, 2001, I, pp. 2403 e ss., nota a Cassazione, 14 marzo 2001, n. 3671.
- VILLANI A., *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, pp. 557 e ss.

VISMARA G., *Storia dei patti successori*, Milano, 1986.

VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1929.

WESTERMANN H., *Die Auswahl des Nachfolgers im frühzeitigen Unternehmenstestament*, in *Festschrift für P. Möbring*, München, 1965.

WIEDEMANN H., *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*, München-Berlin, 1965.

WIEDEMANN H., in *Aktiengesetz Großkommentar*, III, Berlin-New York, 1973, *sub* § 179.

WINKLER H., *Materielle und formelle Bestandteile in Gesellschaftsverträgen und Satzungen und ihre verschiedenen Auswirkungen*, in *DnotZ*, 1969, pp. 394 e ss.

WÜRDINGER H., *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen. Eine systematische Darstellung*, 4 Aufl., Heidelberg-Karlsruhe, 1981, § 42.

ZAMPERETTI G. M., *Le clausole di gradimento nella recente prassi statutaria*, in *Giur. comm.*, 1988, I, pp. 915 e ss.

ZANNI A., *Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di liquidazione della quota di socio defunto nelle società di persone e di legittimazione processuale passiva*, in *Riv. not.*, 2002, pp. 782 e ss., nota a Cassazione, 20 marzo 2001, n. 3980.

ZAPPATA L., *Liquidazione e criteri di valutazione della quota del socio defunto nelle società di persone*, in *Le società*, 2001, pp. 929 e ss., nota a Cassazione, 19 aprile 2001 e 14 marzo 2001, n. 3671.

ZÖLLNER W., in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1971, § 179.

ZOPPINI A., *Le successioni in diritto comparato*, Torino, 2002.

ZUDDAS G., *I limiti alla libera trasferibilità delle azioni nella pratica statutaria*, in *Riv. soc.*, 1967, pp. 905 e ss.

ZUDDAS G., MENICUCCI D., PALMA M., *Ancora sui limiti al trasferimento delle azioni nella pratica statutaria*, in *Giur. comm.*, 1988, I, pp. 896 e ss.

ABSTRACT

The research was conducted analysing the many ways through which the participants in a commercial company may regulate in the by-laws what happens to a participation upon the relevant holder's death, with specific focus on how the position of the deceased participant's *legittimari* (i.e. those persons who are entitled by law to a minimum share of deceased's estate), is affected by such by-laws provisions commonly known as "clausole di predisposizione successoria".

The work was structured moving from a preliminary recognition, through the review of case law and business practice, of the most frequent clauses, that were divided into two main classes: on the one side, provisions excluding or restricting the possibility for the heir of a participant to join the company and, on the other side, clauses that instead cause, or encourage, the heir to become a participant in the company. In such contest the research analyzed in particular the legal issues arising out of each type of clause (inevitably involving both succession law's and commercial law's profiles), in order to attempt solving them in the light of civil law principles, also by means of a comparison against corresponding statutes of German. The reference to the notions of *inter vivos* deeds and *mortis causa* deeds, alongside those of *post mortem* and *trans mortem* deeds, allowed to draw further distinction among the clauses in question, transversal to that above outlined, based on the relevant legal nature and on the remedies granted by our legal system should such clauses result in a breach of the rights of the *legittimari*.

La ricerca è stata condotta approfondendo il tema della disciplina statutaria della sorte della partecipazione sociale nell'ipotesi di morte del socio di una società di capitali, avendo particolare riguardo al profilo dell'incidenza - sulla posizione dei legittimari del socio defunto - delle pattuizioni spesso presenti nei contratti sociali e note come clausole di predisposizione successoria.

Il lavoro è stato strutturato partendo da una preliminare ricognizione, attraverso l'esame della giurisprudenza e della prassi statutaria, delle clausole più frequenti, le

quali sono state inquadrare in due principali categorie: da un lato, le pattuizioni che hanno quale effetto principale quello di escludere o limitare l'ingresso in società del successibile del socio defunto e, dall'altro lato, le clausole che, al contrario, determinano o favoriscono l'assunzione della qualità di socio da parte di tale successibile. Nell'ambito delle due tipologie ora menzionate, la tesi ha approfondito le problematiche giuridiche inerenti a ciascun tipo di clausola (inevitabilmente implicanti profili di diritto commerciale e successorio), nel tentativo di individuarne la soluzione alla luce delle categorie del diritto civile, anche attraverso una riflessione, in un'ottica comparatistica, sui corrispondenti istituti di diritto germanico. In particolare, il richiamo alle nozioni di atti *inter vivos* e *mortis causa*, accanto a quelle dei negozi *post mortem* e *trans mortem*, ha permesso di operare un'ulteriore classificazione delle clausole esaminate, trasversale rispetto a quella precedentemente illustrata, in relazione alla loro natura giuridica e al sistema di tutele predisposto dal nostro ordinamento per il caso in cui all'operatività di dette clausole possa ricollegarsi una lesione delle ragioni dei legittimari.