Paolo Divizia

CIRCOLAZIONE DELLA PARTECIPAZIONE SOCIALE E LIMITI SOGGETTIVI DI EFFICACIA DEI PATTI PARASOCIALI

Sommario: 1. Introduzione al tema di indagine. — 2. I limiti soggettivi dei patti parasociali, fra collegamento negoziale ed accessorietà. — 3. La titolarità della partecipazione sociale e l'eseguibilità del patto parasociale. Rilevanza in chiave societaria dell'istituto della presupposizione. — 4. L'intrasmissibilità *inter vivos* dei diritti e delle obbligazioni nascenti dal patto parasociale. — 5. I rapporti con il fenomeno della successione *mortis causa*. — 6. Analisi del problema nel contesto societario. Operazioni straordinarie di fusione/scissione e patti parasociali.

1. *Introduzione al tema di indagine.*

I patti parasociali sono gli accordi stipulati fra i soci, al di fuori dell'atto costitutivo e dello statuto, al fine di orientare una determinata condotta nell'esercizio dei diritti sociali ovvero la tenuta di un comportamento negoziale verso terzi o la società medesima.

Il duplice tratto caratterizzante dei patti parasociali è rappresentato dall'oggetto e dalla collocazione.

Il primo si incentra sulla disciplina di situazioni giuridiche del socio, legate di norma alla regolamentazione di interessi individuali nascenti dal contratto di società e, più precisamente, inerenti a posizioni giuridiche in precedenza acquisite con l'entrata nella compagine sociale; sotto il profilo soggettivo, la dottrina ha affermato che detta regolamentazione può coinvolgere altresì terzi (estranei ovvero soci *in fieri*) ed anche la società (1).

(1) Oltre ai riferimenti di seguito indicati in nota, cfr. A. Badini Confalonieri, *I patti parasociali*, in *Le nuove spa*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, 2010, pagg. 261 e ss.; non se ne esclude, in dottrina, anche la più rara struttura unilaterale (cfr. G.A. Rescio, *La distinzione del sociale dal parasociale*, cit., pag. 596). Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Salerno 16 giugno 2009, n. 1438, consultabile in *Redazione Giuffrè - Dejure 2010*, ove è dato leggere «I patti parasociali, in quanto destinati a disciplinare convenzionalmente l'esercizio di diritti e facoltà dei soci, non sono vietati e possono essere stipulati anche tra soci e terzi [...]» e conforme Cass. civ. 18 luglio 2007, n. 15963, in *Giur. it.*, 2007, pag. 2754, ove si legge «Si deve riconoscere natura parasociale anche al patto cui partecipino soggetti *non soci [corsivo aggiunto, n.d.r.]* ogni qual volta l'oggetto dell'accordo verta sull'esercizio da parte dei soci di diritti, facoltà o poteri loro spettanti nella società».

La seconda è apprezzabile in chiave documentale: la collocazione dei patti è distinta dal contratto di società e, per quanto ivi di interesse, dallo statuto sociale.

Dal punto di vista strutturale, come *infra* approfondito, i patti parasociali sono contratti plurilaterali, collegati in via unilaterale con il contratto sociale; di tal ché, come autorevolmente osservato, solo le vicende di quest'ultimo incidono sui primi, non viceversa (2).

L'art. 4 della legge-delega 3 ottobre 2001, n. 366 espressamente prende in considerazione la necessità dell'adozione, con la riforma del diritto societario, di una disciplina dei patti parasociali differenziata fra società per azioni chiuse e società per azioni che fanno ricorso al capitale di rischio; in tal modo, è stato osservato in dottrina, ha trovato sbocco anche nel diritto comune «il tortuoso percorso di riconoscimento dei patti parasociali», attuatosi previamente in modo esplicito solo con l'adozione degli articoli 122 e 123 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.u.f.) in ambito di società con azioni quotate (3).

Il legislatore delegato si è rigorosamente attenuto alle indicazioni contenute nella delega, le quali non prevedevano una regolamentazione di dettaglio del contenuto dei patti e dei rapporti derivanti dalla stipulazione degli stessi, ma esclusivamente la fissazione di un termine massimo di durata (recepito nell'art. 2341-*bis* c.c.) ed il regime pubblicitario (recepito nell'art. 2341-*ter* c.c., per le sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio). Nessuna disciplina codicistica è stata adottata, invece, per le società diverse da quelle a base azionaria; è la stessa Relazione (parag. 2) al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 a precisare che per i patti parasociali riguardanti altre forme di società «resterà applicabile la disciplina generale dell'autonomia privata e dei contratti» (4).

(2) Cfr. G. Oppo, *Le convenzioni parasociali fra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, pagg. 517 e ss. e successivamente G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2009, pagg. 51 e ss..

(3) Così si esprime G. Sbisà, *Dei patti parasociali. Art. 2341*-bis c.c., in *Società per azioni*, a cura di F. Galgano, P. Zanelli, G. Sbisà, Bologna, 2006, pagg. 204 e 205.

(4) Con riferimento alla società a responsabilità limitata, si vedano R. Costi, *I patti parasociali nella nuova società a responsabilità limitata*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. Santoro, Milano, 2003, pagg. 314-320; V. Donativi, *Dei patti parasociali*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, pagg. 163 e ss.; più di recente M. Ventoruzzo, *«Sindacati di voto a tempo indeterminato» e diritto di recesso dei paciscenti nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2007, I, pagg. 573 e ss. e, con prospettiva notarile, F. Tassinari, *I patti parasociali e le obbligazioni del socio a titolo diverso dal conferimento*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, a cura di C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, II ed., Milano, 2007, pagg. 661 e ss.. Si segnala altresì V. Salafia, *Lo schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2000, pagg. 173 e ss., il quale ravvisa un'esplicita legittimazione dei patti parasociali in seno alla nuova s.r.l. sulla base di un'espres-

Con grande chiarezza va affermato che lo scopo dell'art. 2341-*bis* c.c. non è quello di fornire una nozione generale del patto parasociale, ma — in armonia con le indicazioni della citata legge delega — di disciplinare esclusivamente la durata di una serie ristretta di accordi, in qualunque forma stipulati, miranti *alla stabilizzazione degli assetti proprietari o il governo della società*, i quali alternativamente o cumulativamente:

a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nella società per azioni o nelle società che le controllano;

b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano;

c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società.

Questa elencazione, secondo l'interpretazione dottrinale prevalente (5), non ha tanto lo scopo di realizzare una tipizzazione dei patti parasociali, quanto piuttosto di agevolare l'interprete nell'individuazione dei patti che sono ora inclusi ora esclusi da detta disciplina; il criterio interpretativo offerto dal legislatore è di tipo teleologico, dato che la distinzione fra categorie di patti non si fonda sul contenuto dei medesimi, bensì sullo scopo da essi perseguito.

È poi la stessa assenza di una disciplina positiva del rapporto a lasciare intendere come *post* riforma la categoria dei patti parasociali resti una classe generale di contratti atipici, rispetto ai quali l'art. 2341-*bis* c.c. pone dei circoscritti limiti all'autonomia privata solo per quei patti che hanno le caratteristiche testualmente indicate.

Si può, quindi, ragionevolmente distinguere una prima categoria di patti parasociali riconducibili ai paradigmi di cui all'art. 2341-*bis* c.c. ed

sione utilizzata nella stessa legge delega e precisamente nell'art. 3 comma 1 lett. *a*) ove è dato leggere che la struttura societaria sarà modellata «sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali fra i soci». Pur in assenza di un'espressa disciplina codicistica, l'ammissibilità dello strumento parasociale nella s.r.l. è giustificabile in forza della generale applicazione del diritto comune, così F. Kustermann, *Considerazioni critiche sui patti parasociali, come previsti nella legge delega n. 366 del 2001*, in *Le società*, 2002, pag. 71.La dottrina notarile osserva come la maggiore flessibilità statutaria offerta dal legislatore alla nuova s.r.l. abbia significativamente ridotto l'esigenza dei soci di ricorrere allo strumento parasociale, il quale tuttavia può ancora trovare applicazione dinanzi a specifiche necessità, quali: a) assicurare una tendenziale segretezza alla pattuizione; *b*) escludere l'efficacia reale, così dandosi spazio a sole forme di risarcimento del danno; *c*) coinvolgere nell'accordo solo alcuni membri della compagine sociale; *d*) coinvolgere nell'accordo fra soci anche soggetti terzi (cfr. F. Tassinari, *I patti parasociali e le obbligazioni del socio a titolo diverso dal conferimento*, *cit.*, pag. 663).

(5) Cfr. *ex multis* G. Sbisà, *Dei patti parasociali. Art. 2341*-bis *c.c.*, cit., pagg. 210-212 e F. Fontana, *I patti parasociali*, in *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di A. Bortoluzzi, Torino, 2004, pagg. 678 e ss..

una seconda categoria definibile sin d'ora patti parasociali «innominati» (6).

Sempre nell'ottica di predisporre le basi teoriche per quanto verrà di seguito detto in tema di limiti soggettivi, può osservarsi poi come il criterio unificante delle macro-categorie sopra indicate risiede nel fine di «stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società». L'ambito operativo della norma *de qua* è, quindi, individuabile dall'interprete attraverso la sovrapposizione di due piani: quello del fine, testé citato, e quello del contenuto, rappresentato dalle ipotesi previste nelle lettere *a*), *b*) e *c*) dell'art. 2341-*bis* c.c..

Gli elementi caratterizzanti le singole ipotesi prese in considerazione dal legislatore non sono di per sé sufficienti per giustificare la disciplina limitativa di cui all'art. 2341-*bis* ove difetti il fine stabilizzatorio degli assetti proprietari o l'indirizzo unitario dell'organizzazione sociale (7).

Condivisa questa impostazione del ragionamento, va da sé che, qualora una pattuizione parasociale persegua una finalità diversa da quella suindicata, ad essa non sarà applicabile la limitazione temporale di cui al primo comma dell'art. 2341-*bis* c.c., né più in generale dovrà farsi riferimento alla disciplina societaria; per contro, la disciplina di detti accordi «innominati», superato il vaglio preliminare di meritevolezza dell'interesse tutelato, sarà principalmente quella delle norme sui contratti in generale e degli altri principi in materia di obbligazioni (8).

2. *I limiti soggettivi dei patti parasociali, fra collegamento negoziale ed accessorietà.*

Per entrambe le categorie di accordi in esame, si pone in termini problematici l'individuazione dei cc.dd. limiti soggettivi di efficacia dinanzi

(6) Fra i primi M. Zacchéo, *La nuova disciplina dei patti parasociali*, Relazione al Convegno Paradigma del 27-29 novembre 2002, pag. 5 propone la dicitura di patti «extrasociali»; più in generale in ambito di contratto, si veda R. Clarizia, *Contratti innominati*, in *Enc. dir.*, IX, Roma, 1998.

(7) Concordano su questo punto V. Donativi, *Dei patti parasociali*, cit., pag. 168; F. Fontana, *I patti parasociali*, *cit.*, pagg. 678 e ss. e F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, pagg. 87-89.

(8) Cfr. F. Galgano, Sub *art. 2328 c.c. Società per azioni. Principi generali*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, pag. 268; nella giurisprudenza di legittimità, si veda Cass. civ. 25 luglio 2008, n. 20462, in *Giur. comm.*, 2010, 4, II, pag. 626, ove è dato leggere che «il patto parasociale è un contratto e come tale deve essere interpretato secondo i criteri ermeneutici previsti dagli art. 1362 e ss. c.c.».

ad una vicenda circolatoria, per atto fra vivi o a causa di morte, della partecipazione sociale connessa.

Come accennato, nella ricostruzione teorica tradizionale il patto parasociale si presenta distinto e separato, in chiave funzionale ed ancor prima documentale, rispetto all'atto costitutivo ed allo statuto della società per azioni. È tuttavia indiscusso che fra essi intercorra un rapporto di collegamento che, in questa fase di indagine, può esser definito, di mera accessorietà.

Questo concetto — che pare essere ormai stabilmente consolidato nell'impostazione teorica del problema — è stato tuttavia bersaglio di accesa critica da parte della più risalente giurisprudenza di merito, la quale ha costantemente negato la sussistenza di un rapporto di collegamento negoziale, limitandosi ad evidenziare un mero rapporto di correlazione economica (9). La giurisprudenza di legittimità dei primi Anni Sessanta, invece, superando le ritrosie mostrate dai giudici di merito nelle diverse decisioni sul punto, ha inizialmente (e timidamente) riconosciuto la presenza di un collegamento, arrivando ad affermare che «le convenzioni che la dottrina societaria definisce contratti parasociali [...] sono contratti accessori rispetto al contratto sociale» (10); più decise sono, invece, le prese di posizione dagli Anni Settanta ad oggi, arrivandosi ad affermare in alcuni casi con chiarezza che «la stipulazione dell'atto costitutivo e del regolamento statutario dei rapporti sociali viene accompagnata, mediante apposite e distinte stipulazioni, dalla formazione di accordi individuali fra i soci [...] *collegati funzionalmente* (sul piano economico e giuridico) alla vita della società, anche per essere la loro efficacia condizionata alla costituzione di questa» (11).

La ricostruzione dottrinale prevalente, seppur con alcuni rilevanti distinguo (12), ritiene oggi pacifica l'esistenza di un collegamento nego-

(9) Cfr. App. Roma 8 maggio 1962, in *Giur. it.*, 1962, pag. 707 nella parte in cui si afferma che «dall'evidente rapporto di correlazione economica non ne deriva il loro collegamento giuridico, sì che lo svolgimento e le vicende dell'un negozio si debbano necessariamente ripercuotere sull'altro [...]».

(10) Cfr. Cass. civ. 29 gennaio 1964, n. 234, in *Giust. civ.*, I, pag 524.

(11) Cfr. Cass. civ. 17 dicembre 1975, n. 4143, in *Giur. it.*, 1977, I, 978; con riferimento all'efficacia del patto subordinata alla costituzione della società, si veda Cass. civ. 8 agosto 1963, n. 2244, in *Riv. dir. comm.*, 1964, pag. 188.

(12) Parte minoritaria della dottrina incentra la ricostruzione teorica del fenomeno in termini differenti. Fra patti parasociali e contratto di società non vi sarebbe una distinzione causale, dato che i primi costituirebbero un reticolato di clausole aggiuntive rispetto al secondo; in particolare L. Farenga, *I contratti parasociali*, 1987, pagg. 255 e ss. afferma la mancanza di «una pluralità di contratti autonomi fra i quali instaurare un collegamento, poiché [...] i contratti parasociali in senso stretto, attuando una modificazione del contratto di società attraverso l'inserzione di una struttura procedimentale in aggiunta a quella disciplinata dal contratto di società stesso, difettano di una propria autonomia negoziale,

3. *La titolarità della partecipazione sociale e l'eseguibilità del patto parasociale. Rilevanza in chiave societaria dell'istituto della presupposizione.*

In generale, l'istituto della presupposizione può definirsi una circostanza esterna che, anche senza essere prevista come condizione del contratto, ne costituisce un presupposto implicito ed oggettivo.

Al fine di assumere rilevanza, la presupposizione deve avere tre requisiti: *a*) deve essere comune a tutte le parti del negozio; *b*) l'evento presupposto deve essere certo; *c*) il presupposto deve essere obiettivo, nel senso che il suo verificarsi non deve dipendere dalla volontà delle parti medesime (16).

Rispetto alla condizione tacita, la presupposizione difetta del carattere dell'incertezza e può essere rappresentata anche da un evento presente (non solo futuro, come nella condizione).

Con riferimento all'ambito in esame, può osservarsi come la titolarità della partecipazione sociale costituisca per l'appunto «presupposizione» per la stessa eseguibilità del patto parasociale, munita dei requisiti di rilevanza esterna sopra indicati.

Si pensi ad un sindacato di voto con cui il para-socio si obblighi ad acconsentire nei limiti di un triennio a tutte le operazioni di aumento oneroso di capitale, così vincolando «ora per allora» il proprio orientamento assembleare; in tal caso, l'eventuale dismissione della partecipazione sociale (si pensi ad un'ipotesi di recesso e fuoriuscita dalla compagine sociale nel medesimo triennio) determina il venir meno del presupposto implicito per l'attuazione del sindacato, ossia la conservazione dello *status* di socio e l'esercizio del voto assembleare in senso conforme a quanto promesso.

Questo discorso assume pieno pregio ovviamente con riferimento alla

(16) In dottrina si vedano F. Girino, voce *Presupposizione*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, pagg. 776 e ss.; M. Bessone e A. D'Angelo, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, XXXV, pagg. 326 e ss.. Nella giurisprudenza di legittimità si segnala, Cass. civ. 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giur. it.*, 1999, pag. 511 ove è dato leggere che «La c.d. presupposizione, la quale ricorre allorquando una determinata situazione, di fatto o di diritto, passata, presente o futura, di carattere obiettivo — la cui esistenza, il cui venir meno ed il cui verificarsi sia, cioè, del tutto indipendente dall'attività o dalla volontà dei contraenti e non costituisca l'oggetto di una loro specifica obbligazione — possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi tenuta presente dai contraenti medesimi nella formazione del loro consenso, come presupposto avente valore determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale, determina l'invalidità o la risoluzione del contratto quando la situazione presupposta, passata o presente, in effetti non sia mai esistita e, comunque, non esista al momento della conclusione del contratto, ovvero quella contemplata come futura (ma certa) non si verifichi».

macro-categoria dei patti parasociali costituenti fonte di obbligazioni solo «da e verso» i soci medesimi, attenuandosi — per contro — laddove il patto parasociale dispieghi effetto verso un socio non aderente al patto ovvero verso la società medesima (formalmente estranea al sindacato).

Sia consentita una breve digressione teorica. Il patto parasociale può essere anche strutturato con una variante a «favore del terzo», determinando cioè un'applicazione al contratto parasociale della disciplina di cui all'art. 1411 c.c.; parte della dottrina mostra a riguardo cautela, sottolineando come — a fronte di un astratta possibilità giuridica — concretamente non sia agevole intravedere l'esistenza di due categorie di interessi, l'uno del socio in quanto singolo e l'altro della società, tali da poter giustificare il permanere di un interesse dello *stipulans* alla deviazione degli effetti della prestazione verso il terzo (17).

In linea di principio, nella prassi si possono ravvisare due tipologie di patti parasociali con deviazione degli effetti in favore del terzo:

a) una prima ipotesi in cui i para-soci si obbligano ad erogare una serie di prestazioni e versamenti, ulteriori e distinti rispetto ai conferimenti iniziali (18), in favore della società;

(17) Cfr. G. Otto, *Contratto sociale a favore della società*, in *Giur. it.*, 1962, I, pag. 704; G. Alpa, *Patto parasociale a favore della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, pag. 407 e M. Sesta, *Patti parasociali e contratto a favore del terzo*, in *Contratto e impresa*, 1993, pagg. 949 e ss..Con riferimento al profilo dell'interesse dello *stipulans*, come elemento portante del contratto a favore del terzo, si veda G. Iaccarino, *Liberalità indirette*, Milano, 2011, pagg. 201 e ss.; in giurisprudenza si segnala, seppur con riferimento alla particolare ipotesi di servitù prediale in favore di terzo, Cass. civ. 28 novembre 1986, n. 7026, in *Giust. civ. mass.*, 1986, fasc. 11 ove è dato leggere «Una servitù prediale può essere costituita anche mediante contratto a favore dei terzi, in base al combinato disposto degli art. 1058 e 1411 c.c., atteso che non sussistono limiti qualitativi e quantitativi per la prestazione da rendersi al soggetto estraneo alla stipulazione, che ben può essere il beneficiario del trasferimento o della costituzione di un diritto reale. Occorre però, anche in questo caso, come in ogni altra ipotesi di negozio a favore del terzo, non solo che lo stipulante vi abbia un interesse (non necessariamente patrimoniale), ma anche che la costituzione del vincolo ed il correlativo vantaggio per il terzo siano previsti e voluti dai contraenti e che il peso sia imposto a carico del fondo del promittente ed a favore di quello del terzo, determinato od almeno determinabile».

(18) È principio generale dell'ordinamento delle società di capitali (desumibile da una lettura *a contrario* dello stesso art. 2345 c.c. in tema di prestazioni accessorie), quello secondo cui lo statuto non può contenere clausole tali da imporre ai soci esborsi o prestazioni in denaro ulteriori rispetto a quanto dovuto a titolo di conferimento; a riguardo si segnala Cass. civ. 23 febbraio 1984, n. 1296, in *Giur. comm.*, 1984, pag. 709, ove è dato leggere che «la previsione, nell'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata, dell'obbligo dei soci di ulteriori apporti, non determinati *ex ante* ma determinabili solo in relazione alle future non prevedibili necessità della società per il conseguimento del fine sociale [...] non concreta clausole atipiche, compatibili con i connotati essenziali di una società di capitali, ma attiene piuttosto ad elementi caratterizzanti, al punto da riflettersi sulla stessa qualificazione del tipo sociale».Una simile esigenza può, invece, esser soddisfatta con lo strumento parasociale. Degna di interesse è, a riguardo, la decisione Cass. civ. 15 giugno 1984, n. 3534, in *Dir. fall.*, 1984, II, pag. 694, ove si afferma che «costituisce contratto a favore di terzo, cioè della società, l'accordo simultaneo alla sua trasformazione col quale vecchi e nuovi soci entrati nella società

b) una seconda ipotesi in cui un gruppo di para-soci si obbliga ad orientare il voto assembleare in fase di elezione dei membri del *board* in favore di uno specifico soggetto (19), estraneo alla compagine sociale (20).

Nella differente ipotesi, testé accennata, in cui il patto parasociale sia stipulato in favore del terzo (di un terzo estraneo ovvero della società medesima), il venir meno della *qualitas* di socio, conseguente alla dismissione della partecipazione medesima, determinerà il presupposto oggettivo dell'ineseguibilità del patto medesimo; tuttavia, verso il terzo, nei cui confronti si appalesa una forma di inadempimento, la questione deve essere inquadrata in termini di impossibilità sopravvenuta ex art. 1256 c.c. (21).

Va tuttavia chiarito che l'eventuale deviazione degli effetti in favore del terzo non incide sull'ampiezza dei limiti soggettivi del patto parasociale, in quanto in favore del terzo si registra, al più, una mera «attribuzione di vantaggio».

4. *L'intrasmissibilità* inter vivos *dei diritti e delle obbligazioni nascenti dal patto parasociale.*

Fermo restando il rapporto di collegamento negoziale che intercorre fra patto parasociale e contratto di società succintamente *supra* descritto, può osservarsi come la semplice cessione della partecipazione sociale soggetta a sindacato di voto o di blocco non comporti *ex se* il trasferimento in capo al cessionario degli obblighi parasociali da quest'ultimo nascenti.

per effetto della sua trasformazione da società a responsabilità limitata in società per azioni con contestuale aumento del capitale convengono che le perdite della società a responsabilità limitata non seguite da riduzione del capitale sociale vengano ripianate esclusivamente dai vecchi soci, tenuti quindi alla reintegrazione del capitale sociale, in modo da far coincidere il valore reale delle azioni con quello nominale».

(19) Va osservato, tuttavia, come la Corte di Cassazione abbia mostrato in alcune occasioni di voler limitare il ricorso all'art. 1411 c.c. ai soli casi in cui espressamente si faccia riferimento alla società, quale terzo-beneficiario, cfr. Cass. civ. 27 marzo 1985, n. 2155, in *Foro it. Mass.*, 1985.

(20) Il tema dell'amministratore estraneo nelle società di capitali è affrontato da C. Ferrucci - A. Ferrentino, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, tomo I, Milano, 2012, pag. 638-639 ed in precedenza si rinvia all'interessante contributo di P.G. Jaeger, *Nomina degli amministratori: norme inderogabili, regole «generali» e autonomia delle società*, in *Giur. comm.*, 1986, II, pagg. 875 e ss. (con analisi anche del tema della possibilità per il terzo estraneo di effettuare le nomine dell'organo amministrativo).

(21) A riguardo si segnala la decisione di legittimità, Cass. civ. 24 aprile 2009, n. 9816, in *Guida al diritto*, 2009, 26, pag. 52 ove è dato leggere che «l'impossibilità sopravvenuta della prestazione — ai sensi degli articoli 1256 e 1463 c.c. — può dipendere anche da una causa non imputabile al debitore e può esser fatta valere da ciascuna delle parti, ogni qual volta il sinallagma risulta alterato per effetto dell'evento sopravvenuto»; in dottrina si veda L. Cabella Pisu, *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Contratto e impresa*, 1998, pag. 547.

Le posizioni di diritto e di obbligo che scaturiscono dal patto parasociale non ineriscono alla partecipazione sociale medesima (alla stregua di un'obbligazione *propter rem* «societaria»), né si trasmettono automaticamente con essa; dette posizioni giuridiche attive e passive afferiscono piuttosto il socio *uti singulus* e sono tendenzialmente intrasmissibili in ragione del carattere personale (22).

Questo carattere personalistico si stempera in ipotesi di sindacato di blocco, in cui prevale il profilo teleologico della tutela della compattezza oggettiva e soggettiva della compagine sociale; ciò nonostante, secondo l'orientamento dottrinale prevalente, anche la posizione di obbligo derivante da un sindacato di blocco non è suscettibile di trasmissione *ex se* (23).

Il vincolo nascente da un patto parasociale, quindi, non può essere oggetto di un trasferimento congiunto ed automatico unitamente alla titolarità della partecipazione societaria medesima; in termini molto chiari si esprime Renato Rordorf, il quale afferma come «il carattere personale delle obbligazioni e dei diritti derivanti dalla partecipazione ad un patto parasociale comporta che, in caso di cessione ad un terzo della partecipazione sociale di uno dei contraenti, l'acquirente non subentri automaticamente nella posizione del proprio dante causa nel sindacato» (24).

Il subentro dell'avente causa anche nel contratto parasociale, tuttavia, non è di per sé precluso; tale effetto può essere agevolmente raggiunto in altri modi, fra cui si può segnalare:

a) l'apertura di una nuova negoziazione del patto fra tutti gli interessati, ossia gli attuali para-soci ed il nuovo soggetto subentrante; ciò, peraltro, può essere già previsto nel patto parasociale come vincolo alla circolazione della partecipazione medesima, con il ricorso a clausole del tipo *«non puoi vendere, se non procuri l'ingresso dell'acquirente medesimo nel patto parasociale»* (25);

(22) Questa ultima affermazione è condivisa anche dalla giurisprudenza più risalente, cfr. Cass. civ. 14 giugno 1939, in *Foro it.*, 1940, I, c. 94.

(23) Cfr. R. Torino, *op. cit.*, pag. 41 e M. Malaguti, *I limiti soggettivi di efficacia dei patti parasociali*, in *Contratto e impresa*, 1990, pag. 526.

(24) Cfr. R. Rordorf, *I patti parasociali*, in *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, 2008, pagg. 499 e ss. ed in particolare pagg. 514-515.

(25) La medesima fattispecie è presa in considerazione dalla decisione di legittimità Cass. civ. 20 settembre 1995, n. 9975, in *Giust. civ.*, 1996, I, pag. 73, nella cui motivazione è dato leggere che «Il fatto che le parti si siano obbligate *anche con riguardo a chi in futuro si trovi ad essere titolare delle partecipazioni azionarie [corsivo aggiunto, n.d.r.]* loro spettanti all'atto della stipulazione dell'accordo, di per sé, non vale certo a modificare il carattere strettamente personale e meramente obbligatorio che necessariamente inerisce a pattuizioni di tal genere. Non si tratta, quindi, della creazione di azioni dotate di speciali diritti: ché, se così fosse, la relativa previsione (valida o meno) avrebbe potuto essere contenuta solo nell'atto

b) il patto parasociale può essere configurato *ab origine* come «aperto», tale da consentire l'adesione di nuovi para-soci, quali, ad esempio, gli aventi causa del socio già gravato dal sindacato, senza ulteriori negoziazioni plurilaterali, essendo solo necessaria la manifestazione di volontà del subentrante.

Esemplificando, pertanto, colui che acquista una partecipazione di minoranza da un socio, non subentra *ex se* nel diritto di prelazione che nasce dal patto parasociale esistente cui aderiva il dante causa; del pari, egli non sarà gravato dallo stato di soggezione derivante, ad esempio, da un diritto di *drag along* parasociale e pertanto la partecipazione societaria acquistata non potrà essere oggetto di trascinamento qualora il socio di maggioranza intenda dismettere il proprio pacchetto azionario (26).

costitutivo o nell'allegato statuto sociale. Si tratta, invece, come già detto, di un'obbligazione parasociale e, dunque, di natura esclusivamente personale, nel cui ambito il riferimento agli eventuali futuri titolari delle azioni attualmente detenute dai firmatari del patto altro significato non può assumere se non quello di un impegno *a cedere dette azioni solo a chi sia a propria volta disposto ad aderire al medesimo accordo parasociale [corsivo aggiunto, n.d.r.]*. Un impegno che, in quanto tale, non esula dalla sfera della legittima autonomia negoziale dei contraenti (salvo quanto si dovrà poi osservare in tema di delimitazione temporale del vincolo) ed il cui oggetto appare perfettamente determinabile».

(26) La previsione parasociale di *drag along* disciplina il diritto «di trascinare» nella negoziazione, inizialmente avente ad oggetto la partecipazione di maggioranza al capitale sociale, anche le partecipazioni di altri soci. Il beneficiario diretto di una clausola *drag along* è di norma il socio di maggioranza, il quale in caso di cessione del proprio pacchetto azionario avrà la facoltà di obbligare anche il socio di minoranza (o più soci, costituenti la minoranza assembleare) a cedere il proprio. Tecnicamente, fra gli effetti derivanti dalla previsione di trascinamento, da un lato, vi è quello di creare in capo al socio di minoranza uno stato di soggezione; dall'altro, in capo al socio di maggioranza-venditore matura la facoltà di vendere, insieme alla propria partecipazione, anche le azioni dell'altro socio, assicurandogli le medesime condizioni contrattuali ed il medesimo prezzo unitario ottenute nella propria contrattazione. Questa tipologia di previsione (ed ancor di più la variante statutaria) è vista con grande interesse dall'aspirante *partner* industriale, il quale di norma punta all'acquisto di partecipazioni rilevanti, costituenti un investimento stabile nel tempo e finalizzato alla gestione della società, con modifiche strutturali della *governance*. È chiaro, quindi, che la predisposizione di un patto parasociale di trascinamento crea un importante ed indiretto vantaggio in capo al terzo acquirente, il quale intende investire stabilmente nella società *target* anche qualora in essa si registri la presenza di soci di minoranza ostili all'operazione ovverosia muniti, anche a prescindere dalla misura della partecipazione al capitale, di un ruolo assembleare significativo. Più in generale, la clausola di *drag along* si inserisce in un più ampio novero di clausole che mirano ad assicurare una forma di disinvestimento efficiente della partecipazione da società per azioni (o, anche se più raro, da società a responsabilità limitata) «chiuse» ossia in assenza di un mercato liquido delle partecipazioni. Per l'analisi approfondita di questa tipologia di pattuizioni, a livello statutario e parasociale, sia consentito il rinvio a P. Divizia, *Clausole di* tag *e* drag along *e modalità di introduzione nello statuto*, in *Notariato*, 2011, pagg. 395-407 e Id., *Clausole di co-vendita e trascinamento*, in *Notariato*, 2009, pagg. 157 e ss.. Nella letteratura internazionale, il tema delle clausole di *exit rights* è affrontato da C. Bienz - U. Walz, *Venture capital exit rights*, consultabile sul sito *www.ssrn.com* nella parte in cui qualificano il *drag along* come seconda tipologia *standard* di *exit rights*. Del pari viene osservato da D. K. Moll, *Shareholder oppression in Texas close corporations: majority rule (still) isn't what it used to be*, in *Houston business and tax journal*, 2008, parag. 33 e ss. ed in particolare parag. 38 che «In a public corporation, a minority shareholder can escape abusive majority conduct by selling his shares into the market and by correspondingly

Più in generale, quindi, può condividersi l'affermazione di parte della dottrina secondo cui la facoltà di disporre dei diritti nascenti dal patto parasociale «inerisce all'individuo e non alla partecipazione sociale stessa» (27); la trasmissione delle posizioni giuridico-soggettive derivanti dal patto, siano esse attive o passive, può dunque attuarsi attraverso un'autonoma forma negoziale.

5. *I rapporti con il fenomeno della successione* mortis causa.

Il tema dei rapporti fra successione *mortis causa* e trasmissione delle posizioni giuridiche derivanti da un patto parasociale connesso ad una partecipazione azionaria «sindacata» è argomento poco dibattuto in dottrina.

Ad una prima riflessione, appare quanto meno dubbia la possibilità di estendere acriticamente le considerazioni sopra formulate a tutte le ipotesi di successione a causa di morte, qualora nell'asse ereditario siano presenti pacchetti azionari o quote di s.r.l..

L'analisi del fenomeno deve procedere per gradi, differenziando le principali varianti applicative.

A mio avviso, l'ipotesi di attribuzione della partecipazione sociale a titolo di legato deve essere considerata negli stessi termini visti per la cessione *inter vivos*. Si tratta, infatti, di un'attribuzione successoria a titolo particolare, con cui il testatore scientemente dismette la partecipazione a favore di un soggetto predeterminato; in tal caso, il legatario non subentra *ex se* nel contratto parasociale sottostante, non potendo quest'ultimo in alcun modo dispiegare effetti nei suoi confronti.

Situazione radicalmente differente si profila nel caso in cui la strutturazione del legato è accompagnata da un meccanismo condizionale risolutivo-negativo «*Lego a Tizio la piena ed esclusiva proprietà della partecipazione nella Alfa s.p.a. di cui sono attualmente titolare, sotto la condizione risolutiva che, entro il termine di sei mesi dall'apertura della mia successione, Tizio medesimo non entri a far parte del sindacato di voto*») ovvero dall'apposizione di un onere essenziale, mirante a fare in modo che all'acquisto della partecipazione *mortis causa* faccia seguito il

recovering the value of his investment. This ability to liquidate provides some protection to investors in public corporations from the conduct of those in control. In a close corporation, however, the minority shareholder's investment is effectively trapped, as there is no ready market for the stock of a close corporation. Thus, close corporation shareholders can be *locked-in to the company, yet frozen-out from any business returns [corsivo aggiunto, n.d.r.]*».

(27) Cfr. M. Malaguti, *op. cit.*, pag. 535.

subingresso nel patto parasociale (28); in questo modo, la trasmissione della partecipazione è accompagnata dal subentro nel patto parasociale e nell'assunzione degli obblighi da esso derivanti.

Con specifico riferimento al sindacato di blocco, peraltro, può osservarsi come la trasmissione a titolo di legato della partecipazione sociale possa avere talora rilevanti conseguenze in chiave risarcitoria per l'eredità (29). È intuitivo cogliere l'aspetto secondo cui, ove la partecipazione sia consapevolmente attribuita *mortis causa* ad un terzo da parte del testatore in spregio al patto, l'obbligo di risarcimento del danno (ad esempio, forfettizzato in una penale) venga a gravare in capo all'eredità; evidente è poi il parallelo con l'atto di cessione *inter vivos*, in cui alla violazione del sindacato di blocco fa seguito l'obbligo di risarcimento del danno in capo all'alienante-inadempiente. In entrambi i casi, l'elemento volontaristico della dismissione è palese, al pari della consapevolezza della violazione del patto parasociale (e, in ipotesi più rare, l'intento di creare un danno alla compagine medesima).

Più complessa è l'ipotesi della successione a titolo universale, sia essa *ab intestato*, sia per via testamentaria.

In questo caso, infatti, l'elemento volontaristico della dismissione della partecipazione azionaria è del tutto assente: nella successione *ab intestato*, in quanto la successione è regolata *in toto* dalla legge; nella successione testamentaria in quanto, a fronte dell'istituzione di un erede (o più eredi) universale, non emerge una specifica e differenziata volontà di dismissione del pacchetto azionario, essendo per contro di interesse del testatore la sorte complessiva dell'asse ereditario.

Volendo enfatizzare il tratto personalistico che contraddistingue le posizioni di obbligo e di diritto sorgenti dal patto parasociale, potrebbe ragionevolmente concludersi in favore di una generale intrasmissibilità *mortis causa* dei rapporti da esso derivanti, a nulla giovando la comune osservazione secondo cui l'erede subentra in *locum et ius* del proprio dante causa/*de cuius*.

L'assenza di un profilo volontaristico dismissivo del pacchetto azionario connesso al patto parasociale porta con sé due conseguenze:

(28) Ragionevolmente si può escludere il carattere coartante di detti meccanismi giuridici; per un'ampia disamina del tema, nei suoi profili generali, si veda l'ampio contributo di N. Di Mauro, *Artt. 633-648. Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2011, pagg. 105 e ss. (Sezione II: Condizioni testamentarie e libertà personali).

(29) Questa naturale conseguenza della violazione del patto non ritengo, però, possa giungere ad integrare una forma di limitazione della libertà del testatore.

a) il mancato subentro automatico nel patto parasociale da parte dell'erede, il quale è e resta estraneo al medesimo;

b) l'impossibilità di prospettare una forma di risarcimento del danno (o l'azionabilità di una penale) dinanzi all'attribuzione della partecipazione all'erede, in presunta violazione del sindacato di blocco; il passaggio di proprietà della partecipazione è una conseguenza obbligata derivante dalla morte (evento non cercato, né evitabile) e non racchiude alcun intento di violazione del patto.

Questa impostazione di pensiero viene tendenzialmente condivisa dalla dottrina che ha dedicato sintetiche riflessioni sul tema (30).

La legittimazione all'ingresso di un nuovo membro può essere oggetto di attenzione non del solo testatore, ma anche dei paciscenti medesimi nella predisposizione del patto; in questo contesto, come si cercherà di spiegare in prosieguo, l'attenzione dell'interprete si deve concentrare su come recuperare il c.d. «momento consensuale».

L'esperienza pratica e l'analisi dei patti parasociali, infatti, insegnano peraltro come il patto possa prevedere una clausola espressa di trasmissibilità anche *mortis causa*; a riguardo, in dottrina è stata richiamata la possibilità di applicare analogicamente quanto disposto dall'art. 24 c.c. in ambito di associazioni (31).

Due le osservazioni che a riguardo possono essere sviluppate.

Nel caso in cui il patto parasociale preveda una clausola di libera trasmissibilità, i para-soci hanno effettuato «ora per allora» una valutazione in ordine alla fungibilità soggettiva dei partecipanti, prestando anticipatamente il consenso all'ingresso di nuovi membri. È tuttavia indiscusso che l'automaticità del subentro può cogliersi con chiarezza solo nell'ipotesi della successione universale, atteso che con la sola manifestazione del consenso per l'accettazione *ex* art. 475 c.c., l'erede subentra — quale continuatore di tutti i rapporti del *de cuius* — nella titolarità della quota e, ad un tempo, nella veste di membro del patto parasociale.

Più complesso è, invece, il caso di attribuzione a titolo di legato, rispetto al quale bisogna prestare attenzione all'oggetto dell'attribuzione. A

(30) Cfr. R. Torino, *op. cit.*, pag. 41 e M. Malaguti, *op. cit.*, pag. 535. Non condivisibile, a mio avviso, l'osservazione formulata da R. Rordorf, *op. cit.*, pag. 515, secondo cui il profilo dell'*intuitus personae* delle obbligazioni in esame parrebbe attenuarsi in ragione del venir meno — *post* Riforma — del carattere semiclandestino dei patti medesimi; l'imposizione di un regime pubblicitario, infatti, può incidere nei rapporti con i terzi in termini di conoscibilità del contenuto del patto, non potendo però intaccare la sostanza oggettiva dello stesso. In altri termini, credo ragionevolmente che l'assunzione di un obbligo di voto assembleare in fase di nomina di alcune cariche sociali resti contraddistinto da un carattere personalistico, sia esso noto oppure semi segreto.

(31) Cfr. R. Rordorf, *op. cit.*, pag. 515.

differenza di ciò che accade nell'art. 24 c.c., in cui oggetto del legato può essere la stessa «qualità di associato», non può infatti ipotizzarsi un legato avente ad oggetto la «qualità di parasocio», poiché — come detto — il presupposto di ammissione al patto parasociale è la titolarità di una partecipazione sociale (quanto detto è evidente nel caso di azioni oggetto di sindacato di blocco).

Valga il seguente esempio: Tizio è titolare di una quota di partecipazione del 20% in Alfa s.p.a., oggetto di sindacato di blocco, ed ha due nipoti, Primo e Secondo; egli non potrà ragionevolmente legare a Primo le azioni ed a Secondo le posizioni giuridiche scaturenti dal patto parasociale, atteso che esse potranno essere esercitate solo da coloro che rivestono la *qualitas* di socio (come potrebbe, infatti, rispettare un sindacato che inibisce l'alienazione delle azioni a terzi, un soggetto che non possiede dette azioni?).

La stessa clausola di libera trasmissibilità dovrà essere redatta con attenzione. Al fine di fugare ogni dubbio interpretativo, essa dovrà ricomprendere espressamente anche le ipotesi di successione a titolo particolare; inoltre, poiché l'acquisto del legato è automatico e, secondo la regola generale, l'acquisto della partecipazione azionaria non comporta *ex se* il subentro nel contratto parasociale, ritengo sia opportuno predisporre un meccanismo secondo cui il mancato rifiuto del legato possa esser inteso come adesione tacita al patto medesimo (32).

6. *Analisi del problema nel contesto societario. Operazioni straordinarie di fusione/scissione e patti parasociali.*

Una distinta riflessione va, infine, dedicata al contesto societario, in cui il problema in esame si presenta avuto riguardo principalmente alle ipotesi di fusione e scissione.

Superata la tradizionale ricostruzione in termini latamente successori (33), la natura giuridica di entrambe le operazioni straordinarie viene

(32) Il mancato rifiuto del legato è stato ricostruito dalla dottrina in termini di consenso tacito anche in altre occasioni; significativo è il rinvio al tema della *datio in solutum* testamentaria, per cui si rinvia alle approfondite riflessioni di N. Di Mauro, *Le disposizioni testamentarie modificative ed estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 2005, pagg. 279-299.

(33) La giurisprudenza di Cassazione e di merito storicamente hanno ricostruito la fusione come una vicenda di carattere successorio, fondando detto assunto sulla dato letterale, da un lato, dell'art. 189 del previgente codice di commercio secondo cui la fusione era considerata causa di scioglimento della società e, dall'altro, dell'art. 2504-*bis* cod. civ. nel testo anteriore alla riforma del diritto societario, in base al quale «la società che risulta dalla

oggi qualificata dalla giurisprudenza (34), dalla dottrina e, a ben vedere, dallo stesso legislatore in termini di fenomeno modificativo-evolutivo della società e del relativo atto costitutivo.

In particolare, ciò si deduce con chiarezza avuto riguardo al novellato art. 2504-*bis* c.c., il quale stabilisce che «la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione». L'enunciazione del c.d. principio di continuità induce, così, a preferire una lettura della fusione attraverso una prospettiva di contemporaneità logica, giuridica e cronologica, in cui l'intera fattispecie ruota intorno ad un fenomeno non già estintivo, bensì modificativo o *rectius* di adeguamento. Detto inquadramento consente di giustificare coerentemente il profilo di continuità non solo giuridica, ma anche economica che si viene a creare fra le partecipanti all'operazione straordinaria; ben si esprime un autore nella misura in cui afferma che «con la fusione non vi è una cesura tra le due partecipazioni e tra le due società; è lo stesso

fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte». Questa ipotesi ricostruttiva del fenomeno della fusione si apprezza ancora con grande chiarezza in alcune recenti decisioni della Cassazione; in particolare è dato leggere che «la fusione o incorporazione di società realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione *mortis causa* e produce gli effetti, tra di loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati»(così Cass. civ., sez. lav., 2 aprile 2002, n. 4679 in *Giust. civ. mass.*, 2002, pag. 568; mentre, secondo un'altra recente decisione Cass. civ., sez. III, 2 agosto 2001, n. 10595, in *Giust. civ. mass.*, 2001, pag. 1531 «la fusione delle società mediante incorporazione determina automaticamente l'estinzione della società incorporata ed il subingresso, per successione a titolo universale, della società incorporante nei rapporti sostanziali e processuali a quella relativi». L'idea della successione universale nei rapporti facenti capo alle società estinte per effetto della fusione, seppur aderente ad un chiaro dato testuale, è frutto di una desueta concezione antropomorfica della società e dei rapporti sociali in base alla quale l'estinzione della società è interpretata come morte giuridica in tutto assimilabile alla morte naturale della persona fisica (F. Messineo, *Impugnativa di delibera di fusione e interesse dei singoli soci*, in *Riv. soc.*, 1957, pag. 232. Il richiamo analogico alla morte della persona fisica è ritrovabile ancora in Cass. civ., 21 agosto 1996, n. 7704, in *Giust. civ. mas.*, 1996, pag. 1204). Per l'inquadramento della scissione in termini di fenomeno successorio universale *inter vivos* si richiama Cass. civ. 27 aprile 2001, n. 6143, in *Giur. comm.*, 2002, II, pag. 173; in dottrina si segnala U. Belviso, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, pagg. 521 e ss. (e, in particolare, la sua critica alle teorie «modificazioniste» sviluppata nelle pagg. 529 e ss.).Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione dottrinale sul tema della natura giuridica della fusione e della scissione, sia consentito il rinvio a P. Divizia - L. Olivieri, *Rapporti fra prelazioni legali ed operazioni di fusione e scissione. Lettura critica del problema fra diritto amministrativo ed attività notarile*, in *Vita not.*, 2008, pagg. 1691-1704.

(34) In questi termini si esprime la nota ordinanza 8 febbraio 2006, n. 2637 delle Sezioni Unite civili, a commento della quale si segnalano i contributi di F. Scalabrini e G. A. M. Trimarchi, *Le Sezioni Unite sulla natura giuridica della fusione: un punto d'arrivo nel dibattito tra teoria e pratica?*, in *Riv. not.*, 2006, pagg. 1136 e ss. e D. Dalfino, *Fusione societaria in corso di causa: le sezioni unite «suggeriscono» di non interrompere*, in *Foro it.*, 2006, parte prima, c. 1739 e ss..

contratto sociale, inizialmente stipulato per costituire la società incorporata che prosegue, modificato, nella società incorporante e la partecipazione detenuta nella prima società continua nella seconda senza soluzione di continuità» (35).

A differenza che per la fusione, in tema di scissione non è espressamente enunciato (né richiamato) il principio di continuità. La dottrina prevalente ha, tuttavia, esteso le considerazioni sopra sviluppate in termini di fusione anche alla scissione, la quale determinerebbe la sopravvivenza della società «di partenza» in un nuovo assetto organizzativo (36). Questa impostazione dogmatica pare esser stata accolta dallo stesso legislatore della Riforma, il quale — ad eccezione del *lapsus calami* contenuto nell'art. 2506 comma 2 c.c. ove ancora si ricorre alla locuzione «società trasferente» — ha chiarito che la scissione non comporta effetto traslativo in senso tecnico dei beni (37), attraverso la sostituzione del termine «assegnazione» al previgente «trasferimento».

Ai fini quivi di interesse, è tuttavia innegabile che a seguito della fusione o della scissione, *de facto* si ponga in essere una sostituzione soggettiva (se proprio non si vuole utilizzare il termine «successione») nell'appartenenza al patto parasociale.

Valga questo esempio in tema di fusione: la società Alfa s.p.a. è titolare del 10% del capitale sociale di Beta s.p.a. e la partecipazione azionaria *de qua* è interessata da un sindacato di voto; Gamma s.p.a. possiede al 90% Alfa s.p.a. e decide di avviare, ai sensi dell'art. 2505-*bis* c.c., una fusione per incorporazione al fine di dare unità giuridica ad una realtà economica di fatto quasi unificata. All'esito dell'operazione straordinaria, alla società Alfa s.p.a. incorporata si sostituisce l'incorporante Gamma s.p.a. in tutti i rapporti giuridici pendenti, ivi compreso (con i problemi di seguito indicati) il patto parasociale relativo a Beta s.p.a..

(35) Cfr. E. Civerra, *Le operazioni di fusione e scissione: l'impatto della riforma e la nuova disciplina del* leveraged buy-out, Milano, 2003, pagg. 10 e ss.. Può poi osservarsi come l'effetto modificativo peraltro coinvolge la pluralità di soggetti che partecipa alla fusione atteso che dal punto di vista degli operatori del settore quest'ultima è prima di tutto il frutto di una convergenza di interessi economici e societari; è quindi il dato strutturale ancor prima che giuridico a legittimare l'utilizzo del termine «effetto unitario» per descrivere il fenomeno della fusione.

(36) Cfr. sul punto F. Magliulo, *La scissione delle società*, Milano, 2012, pagg. 630 e ss. (con riferimento al dato contabile).

(37) Chiara a riguardo è la relazione di accompagnamento della Riforma, nella parte in cui (§14) esplica che da un punto di vista terminologico si è ritenuto opportuno in tema di scissione caratterizzare i suoi riflessi in termini di «assegnazione» e non di «trasferimento». Ciò anche al fine di chiarire, come riconosciuto dalla giurisprudenza consolidata, che nell'ipotesi di scissione medesima non si applicano le regole peculiari dei trasferimenti dei singoli beni».

Valga poi un distinto esempio in tema di scissione: la società Alfa s.p.a., composta da 4 soci in parti uguali, è titolare del 10% del capitale sociale di Beta s.p.a. e la partecipazione azionaria *de qua* è interessata da un sindacato di voto; all'esito di una scissione totale per gemmazione, Alfa s.p.a. attua il proprio scioglimento senza liquidazione e determina la costituzione, a titolo di scissione, delle *newco* Gamma s.p.a. e Delta s.p.a.. La scissione è proporzionale ed il progetto di scissione prevede l'assegnazione della voce patrimoniale «partecipazione in Beta s.p.a.» in favore della *newco* Gamma s.p.a.. Anche all'esito dell'operazione straordinaria in parola, si pone il problema della sostituzione della *newco* Gamma s.p.a. alla scissa Alfa s.p.a. nel patto parasociale relativo a Beta s.p.a..

La dottrina mostra poche e discordanti opinioni su questo tema.

Da un lato, anche *post* riforma e dunque in un contesto dottrinale generalmente più attento ai profili evolutivo-modificativi della fusione (e della scissione), vi è chi mostra una posizione di netta chiusura rispetto a forme di subentro automatico nel patto parasociale all'esito di una operazione straordinaria. A riguardo è stata ritenuta intrasmissibile la posizione contrattuale derivante da un patto parasociale cui fosse legata, in ragione delle partecipazioni azionarie detenute in una società terza, la società incorporata o una delle società partecipanti alla fusione, con ciò invocandosi l'art. 1722 n. 4 c.c. (estinzione del mandato per morte del mandante o del mandatario) e la rilevanza meramente obbligatoria del patto fra i soci che lo hanno sottoscritto; in particolare, è stato osservato che così come «il patto parasociale concluso dal *de cuius* non si trasmette a chi abbia ereditato le azioni, così il patto parasociale concluso dalla società incorporata non si trasmette alla società incorporante. Va da sé che, ove l'incorporata avesse violato il patto (o l'avesse violato il *de cuius*), la relativa obbligazione di risarcire il danno (...) è suscettibile di trasmissione» (38).

Più convincente è, a mio avviso, la differente lettura offerta (in tema di fusione, ma con considerazioni estensibili alla scissione) da altra parte della dottrina, la quale non solo «si emancipa» dal tanto invocato concetto di successione, ma facendo leva sul termine *assunzione* contenuto nell'art. 2504-*bis* c.c. enfatizza correttamente la portata ampia del principio societario di continuità dei rapporti giuridici. È stato, infatti, osservato che «l'assunzione prevista dall'art. 2504-*bis* c.c. presenta, dunque, la massima ampiezza, superando anche lo stesso concetto di successione universale

(38) F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, vol. I, Padova, 2004, pag. 530 e, in senso conforme, M. Malaguti, *op. cit.*, pag. 536, secondo la quale il patto parasociale resta inopponibile alla società incorporante «in ragione della applicazione analogica delle norme sulla successione universale a quelle che regolano la fusione».

appunto perché la «assunzione» è caratterizzata dalla immedesimazione; di guisa che, oltreché nelle proposte ed accettazioni contrattuali, l'incorporante (o risultante) subentra nel patto parasociale stipulato, prima della fusione, dalla società incorporata o fusa in ragione delle proprie partecipazioni in una società terza» (39).

Dal punto di vista redazionale, l'autorevolezza delle posizioni dottrinali che si contrappongono sul problema teorico, induce a tenere una condotta ispirata alla massima prudenza.

La predisposizione dell'accordo parasociale, al fine di dirimere in radice ogni dubbio interpretativo, dovrà prevedere che dinanzi ad operazioni di fusione (di regola, fusione «per incorporazione» ovvero anche la più rara variante di fusione «in senso stretto») e di scissione operi *sine dubio* la sostituzione soggettiva delle società paciscenti. Del pari, può essere prevista una espressa esclusione. In tal modo, si può giungere ad una forma sicura di subentro automatico (o meno) nel patto e, in particolare, in tutti i diritti e le obbligazioni derivanti (nei casi in cui non venga meno, però, a seguito dell'operazione straordinaria, la stessa ragion d'essere del patto parasociale).

A ciò si aggiunga che la predisposizione di una *due diligence* (40) nella fase di avvio dell'operazione e la puntuale menzione nel progetto di fusione/scissione dell'esistenza del patto parasociale (e del conseguente subentro nello stesso all'esito della stipula dell'atto) renderanno il voto assembleare dei soci pienamente consapevole ed informato.

(39) Pur nel silenzio del patto parasociale, ammette una forma di subentro automatico C. Santagata, *Le fusioni. Fondamento, effetti e ambito di applicazione*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo - G.B. Portale, 7**, 1, Torino, 2004, pagg. 73-74. Lo stesso G.E. Colombo (*L'azienda e il mercato*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979, pagg. 82 e ss.) sostiene che la vicenda fusione non può influire sulla persistenza dei contratti comunemente caratterizzati dall'*intuitus personae* (mandato, agenzia, comodato, appalto, associazione in partecipazione, taluni contratti bancari) ai fini della prosecuzione in capo all'incorporante (salva la verifica circa il profilo oggettivo). Analoga conclusione vale per i contratti con prestazione «soggettivamente infungibile» (G.E. Colombo, *op. ult. cit.*, pag. 85), nei limiti in cui può configurarsi tale fattispecie con riferimento ad una società: è indubbio che, operandosi la confluenza dell'intero apparato organizzativo di persone e di mezzi in capo alla società risultante dalla fusione, di tali capacità e qualità finisce con l'esser dotata anche quest'ultima.

(40) L'espressione *due diligence* è stata coniata in ambito bancario per indicare la «dovuta diligenza» che doveva contrassegnare ogni valutazione prima dell'apertura di linee di fido alle imprese. Oggi nel campo societario detta espressione inglese identifica un processo investigativo che viene messo in atto per analizzare valore e condizioni di un'azienda, o di un ramo di essa, per la quale vi siano intenzioni di acquisizione o investimento. In particolare, essa indica quell'insieme di attività svolte dall'investitore, necessarie per giungere ad una valutazione finale, analizzando lo stato dell'azienda nei suoi profili giuridici ed economici, compresi i rischi di eventuale fallimento dell'operazione e delle sue potenzialità future; la *due diligence* consiste nell'analisi di tutte le informazioni relative all'impresa oggetto dell'acquisizione, con particolare riferimento alla struttura societaria e organizzativa, al *business* e al mercato, ai fattori critici di successo, alle strategie commerciali, alle procedure gestionali e amministrative, ai dati economico-finanziari, agli aspetti fiscali e non ultimi a quelli legali.