Sommario 3/2024

Editoriale	3
Diritto civile	
- Rinuncia abdicativa al diritto di proprietà di beni immobili	6
Diritto bancario	
- Cartolarizzazione dei crediti e <i>special servicer</i>	10
- Scadenza dell'obbligazione principale ed esclusione della garanzia	14
Diritto immobiliare	
- Esenzione Imu per coniugi	20
Crisi d'impresa	
- Piano attestato di risanamento	24
Diritto societario	
- Prelazione impropria - Definizione e condizioni di validità	27
- Limiti alla <i>Business Judgement Rule</i>	30
Avvocato d'affari	
- Atti <i>ultra vires</i> : esercizio del potere di rappresentanza degli amministratori nelle S.p.a.	34
IT & Data Protection	
- <i>Data Protection</i> e abuso di posizione dominante nella <i>New Economy</i>	38
Modelli di organizzazione, gestione e controllo	
- Il giudice di merito dispone la messa alla prova per l'ente	42
- Impugnazione dopo la Riforma Cartabia	46
Diritto del lavoro	
- Validità del licenziamento	49
Rubrica	
- Procedure esecutive e fallimentari in materia di lavoro, previdenza e assistenza: determinazione del contributo unificato	52
- Riforma del diritto di famiglia (Sesta parte)	54
- Rassegna giurisprudenziale	59

RINUNCIA ABDICATIVA AL DIRITTO DI PROPRIETÀ DI BENI IMMOBILI

Art. 1272 c.c. - Art. 1987 c.c. - Art. 1988 c.c.

In data 17.01.2024, il Tribunale di L'Aquila ha sottoposto alla Suprema Corte di Cassazione un quesito di diritto, in applicazione del nuovo strumento processuale previsto dall'art. 393-bis c.p.c., al fine di veder risolvere una questione rilevante che presenta gravi difficoltà interpretative. In particolare, il Tribunale abruzzese ha posto l'accento su una questione che mai la Suprema Corte si è trovata a decidere: se possa ritenersi legittima la rinuncia abdicativa al proprio diritto di proprietà su un bene immobile e, nel caso, quali siano le conseguenze sul piano pubblicistico. Il quesito, infatti, pone dubbi di natura pratica e giuridica sotto ben più di un profilo, lasciando altresì interrogativi circa lo stesso perimetro di sindacabilità dell'atto da parte dell'autorità giudiziaria. La questione è stata affrontata solo e unicamente in via incidentale da parte delle Sezioni Unite, ma ciò avveniva nel 1997 quando la decisione n. 1907 si soffermava unicamente sull'aspetto del risarcimento del danno derivante da occupazione appropriativa senza, però, soffermarsi sull'atto della rinuncia abdicativa in sé. Il nodo interpretativo che è chiamato a sciogliere la Suprema Corte porrà i primi punti fermi su un argomento che da troppo tempo oscilla tra una tesi estremamente permissiva e un'altra, d'inverso, del tutto tranciante.

RINUNCIA ABDICATIVA E RINUNCIA TRASLATIVA A CONFRONTO	⇒ ⇒	L'istituto abdicativo è di natura unilaterale e tale per cui non ne consegue un effetto traslativo-derivativo dell'acquisto, non avendo natura contrattuale. La rinuncia traslativa ha natura contrattuale e trova giustificazione nel corrispettivo sinallagmatico e nelle prestazioni che le parti pongono in essere tra loro.
CONSEGUENZE PRATICHE E DUBBI APPLICATIVI	⇒	Il più delle volte i soggetti privati rinunciano alla proprietà di un immobile per sottrarsi agli oneri da esso derivanti, sia in termini di responsabilità da custodia, sia in termini economici. Il problema sorge nel momento in cui tali oneri si trasferiscono <i>ex lege</i> allo Stato italiano e, di fatto, in capo all'intera collettività imponendosi un'analisi sotto il principio di legittimità.
TESI POSITIVA E TESI NEGATIVA CIRCA LA LEGITTIMITÀ DELL'ISTITUTO	⇒	<ul style="list-style-type: none">• Due tesi fondate sull'interpretazione di norme particolari prese a confronto:<ul style="list-style-type: none">- artt. 827, 1118, 1350 n. 5, 2643 n. 5 c.c. La diversa lettura degli istituti porta a due teorie, una favorevole e una sfavorevole all'istituto della rinuncia abdicativa di bene immobile.
POTERE DI SINDACABILITÀ DA PARTE DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA	⇒	La Suprema Corte è chiamata a decidere, circa l'atto di rinuncia abdicativa di bene immobile, anche sul rispetto del concetto di causa del contratto e della meritevolezza di interessi secondo la generale disciplina dei contratti. L'eventuale applicazione delle norme di cui all'art. 1324 c.c. impone una riflessione in merito alla causa del negozio e all'incidenza che dovrà darsi al fine dell'atto dispositivo che, di fatto, rischia di imporre unilateralmente alla collettività oneri, palesando una falla nel principio di autonomia dispositiva per illiceità del negozio.

RINUNCIA ABDICATIVA E RINUNCIA TRASLATIVA A CONFRONTO

Con il termine “rinuncia abdicativa”, si intende l’atto di dismissione con cui un soggetto rinuncia a un diritto che vanta su un determinato bene. Se non si rilevano particolari problematiche con riferimento alla dismissione di un bene mobile, la rinuncia al diritto di proprietà su un immobile reca numerose conseguenze di ordine giuridico e pratico che sono state sottoposte al vaglio della Suprema Corte con decreto di sospensione n. 233/2024 emesso il 17.01.2024 dal Tribunale di L’Aquila.

L’istituto abdicativo è di natura unilaterale e tale per cui non ne consegue un effetto traslativo-derivativo dell’acquisto non avendo natura contrattuale. A differenza della rinuncia “traslativa”, in questo caso l’effetto in capo al terzo è diretta conseguenza dell’atto del rinunciante e opera *ipso iure*; non è necessaria accettazione del terzo al fine della produzione degli effetti consequenziali né, tantomeno, che questi ne abbia notizia.

La rinuncia traslativa, invece, ha natura contrattuale e trova giustificazione nel corrispettivo sinallagmatico e nelle prestazioni che le parti pongono in essere tra loro. Nell’alveo della rinuncia traslativa troviamo anche la rinuncia liberatoria, posta in essere per liberare il rinunciante da un onere nei confronti del terzo il quale, trovandosi a sopportare il peso dell’obbligazione legata al bene dismesso, dovrà essere notiziato dell’atto negoziale da intendersi, quindi, come recettizio a tutti gli effetti. Esempio è la disciplina di cui all’art. 882 c.c., che pone a carico di tutti i partecipanti le riparazioni del muro comune; è chiaro che la rinuncia alla partecipazione dovrà necessariamente essere resa nota agli altri soggetti partecipanti, i quali potranno opporsi all’atto redatto.

La prima differenza tra i due istituti, che quindi appare chiara sin dallo schema strutturale degli stessi, è che il bene dismesso mediante atto traslativo comporta il passaggio della proprietà del bene da un soggetto a un altro; al contrario, la rinuncia abdicativa pone il bene in uno stato di stallo o “vacanza”, dove il diritto di proprietà potrebbe anche, teoricamente, non “traslare” in capo a terzi.

Seconda differenza è chiaramente il profilo della recettività dei 2 istituti. Se la produzione degli effetti della rinuncia traslativa opera per volontà delle parti a seguito della conoscenza (ed eventuale accettazione) dell’evento, nel caso di rinuncia abdicativa gli effetti si producono *ex lege*.

La vicenda sottoposta al Tribunale d’Abruzzo verte sulla rinuncia di soggetti alla loro proprietà di alcuni terreni sottoposti a vincolo di elevata pericolosità secondo un piano redatto dalla stessa Regione. Con atto notarile i proprietari dismettevano i terreni che, quindi, sarebbero rientrati nel patrimonio dello Stato italiano. Durante il giudizio instaurato da parte del Ministero dell’Economia

e delle Finanze nonché del Demanio, sono emersi ancora una volta i due orientamenti riguardanti la legittimità o meno dell’atto abdicativo riferito a beni immobili.

CONSEGUENZE PRATICHE E DUBBI APPLICATIVI

Ammettere la possibilità di rinunciare alla proprietà di un bene immobile scopre immediatamente il fianco a problemi di ordine pratico.

Il più delle volte, infatti, i soggetti privati rinunciano alla proprietà di un bene immobile per non soggiacere più agli oneri da esso derivanti, sia in termini di responsabilità da custodia, sia in termini economici. Con riferimento al caso sottoposto al vaglio del tribunale di L’Aquila, è chiaro che i proprietari, a seguito dell’accertamento dello stato di pericolosità dei terreni, abbiano preferito svestirsi dei diritti a essi connessi; il problema sorge nel momento in cui tali oneri passano *ex lege* in capo allo Stato italiano e, di fatto, all’intera collettività.

Sotto il profilo giuridico, un primo esame si impone con riferimento all’atto notarile sottoscritto dal rinunciante; l’inammissibilità dell’istituto, infatti, renderebbe direttamente nullo un atto rogato dal notaio che certifichi la dismissione del bene. Ancora, ci si è domandati se l’autorità giudiziaria possa, e se sì in che misura, sindacare l’atto di rinuncia posto in essere dal soggetto privato; il dubbio scaturisce dai profili di meritevolezza degli interessi e alla causa del negozio, con diretto riferimento all’art. 1324 c.c. secondo cui “*le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale*”. A ciò va aggiunto che i diritti disponibili sono, per definizione, rinunciabili e, considerando il diritto di proprietà il più disponibile dei diritti, risulterebbe a prima vista corretto ritenere legittimo l’istituto della rinuncia abdicativa di un bene anche immobile. Seppur la dottrina sembra orientata in questo senso, tuttavia, le tesi a riguardo si sono sempre divise in due prevalenti orientamenti.

TESI POSITIVA E TESI NEGATIVA CIRCA LA LEGITTIMITÀ DELL’ISTITUTO

Entrambe le tesi pongono l’accento su un insieme di norme e istituti che, esaminati cumulativamente, palesemente la legittimità o l’illegittimità della rinuncia abdicativa di un bene immobile. In particolare, sono presi in esame:

- l’**art. 827 c.c.** (beni immobili vacanti) secondo cui “*i beni immobili che non sono di proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato*”;
- l’**art. 1118 c.c.** (diritti dei partecipanti sulle cose comuni) che prevede al comma 2 come “*il condomino non può rinunciare al suo diritto sulle parti comuni*”;
- l’**art. 1350 c.c.** che impone la forma di atto pubblico per gli atti di rinuncia ai diritti di proprietà dei beni

immobili;

- l'**art. 2643 n. 5 c.c.** che prevede la trascrizione come mezzo di pubblicità per gli atti di rinuncia ai diritti di proprietà dei beni immobili.

Tesi favorevole: propende per l'ammissibilità dell'istituto soffermandosi in particolare sull'elemento dell'unilateralità del negozio giuridico. Il soggetto che rinuncia alla proprietà, infatti, esercita una facoltà di cui è titolare e con riferimento a un diritto proprio, senza che ciò trasferisca il diritto nella sfera giuridica di altro soggetto o ne estingua gli effetti. Ogni successivo effetto modificativo del rapporto, con ogni eventuale incidenza nella sfera giuridica di soggetti terzi, altro non è che conseguenza "riflessa" dell'atto abdicativo in sé; non ricollegabile direttamente alla volontà negoziale né tantomeno alla causa dell'atto di rinuncia (e proprio in ciò risiede la differenza con la rinuncia traslativa). Con riferimento agli istituti richiamati a inizio paragrafo, quindi, gli artt. 1350 e 2643 c.c., entrambi ai rispettivi n. 5, rimandano alla possibilità di rinunciare ai diritti tra cui la proprietà dei beni immobili, confermando implicitamente la possibilità di dismettere unilateralmente il diritto di proprietà a essi relativa.

Quanto all'art. 1118 c.c., la disposizione che stabilisce come un condomino non possa rinunciare al diritto sulla parte comune, sembra voler specificare quel solo caso eccezionale, accogliendo implicitamente la possibilità di rinunciare fuori da quel preciso esempio, risultando la disposizione altrimenti inutile.

In ultimo, e di impatto sicuramente più diretto, è il riferimento all'art. 827 c.c. che attribuisce tutti i beni che non sono di proprietà di alcun soggetto al patrimonio dello Stato. La possibilità che possano esserci beni immobili privi di proprietari sancisce il principio essenziale della disciplina, che imputa allo Stato ogni prestazione non esigibile da privati.

Così interpretate le norme oggetto di esame, ulteriore conferma è data anche dall'ambito successorio, dove è previsto che, in assenza di eredi o di accettazione di essi, il patrimonio del *de cuius* è devoluto allo Stato.

Tesi sfavorevole: basandosi sulle medesime norme di cui si è detto sinora, questa tesi giunge a diversa conclusione, interpretando gli istituti in maniera difforme dalla teoria precedente.

Quanto all'art. 1350 c.c., essendo inserito nel Libro IV, Titolo II, Capo II, ed in particolare nella sezione della forma del contratto, esso si riferirebbe unicamente ai contratti in senso stretto. In tale chiave di lettura, quindi, il n. 5 della norma in esame, andrebbe legato ai soli negozi giuridici idonei a trasferire il bene immobile oggetto di rinuncia, con automatica reintegra del diritto di proprietà al precedente proprietario che aveva alienato il bene all'attuale rinunziante.

La lettura dell'art. 2643 c.c. segue analogo giustificazione, per l'espresso riferimento ai "contratti" riguardanti

disposizioni di diritti immobiliari. Il rimando del n. 5 agli "atti tra vivi di rinuncia" comporta la cessazione degli effetti del precedente negozio giuridico costituente il diritto di proprietà che, ancora una volta, comporta la reviviscenza del diritto in capo al precedente titolare.

Circa l'art. 1118 c.c., invece, l'impossibilità del condomino a rinunciare al proprio diritto sul bene comune sarebbe coerente con il correlato principio stabilito dall'art. 1104 c.c. a mente del quale "*ciascun partecipante deve contribuire nelle spese necessarie per la conservazione e il godimento della cosa comune [...] salva la facoltà di liberarsene con la rinuncia al suo diritto*". Il combinato disposto delle norme richiamate, a parere della teoria negativa, considera tale rinuncia quale traslativa, in particolare liberatoria, e non abdicativa; ciò poiché il bene immobile dismesso non rimarrebbe "vacante" in quanto diventerebbe immediatamente parte del patrimonio degli altri partecipanti (in tal senso, Cassazione Civile 23.08.1978, n. 3931).

È bene precisare, come peraltro fa il Tribunale di L'Aquila nel provvedimento di sospensione ex art. 363-bis c.p.c. oggetto di esame, che questa teoria negativa rimette in discussione anche molti altri istituti che, seppur spesso considerati oggetto di rinuncia abdicativa, a ben vedere dovrebbero essere inseriti nell'alveo di rinuncia traslativa.

Istituti quale l'enfiteusi, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e finanche la servitù, sono tutti legati tra loro dalla medesima conseguenza in caso di rinuncia del proprietario; in tutti questi casi, infatti, la dismissione del bene immobile non comporta vacanza del bene.

Infine, l'art. 827 c.c. sarebbe una norma residuale volta proprio a evitare che un bene immobile dismesso sia potenzialmente oggetto di occupazione. La norma, quindi, servirebbe come ulteriore specificazione del fatto che l'acquisto del diritto di proprietà per occupazione ex art. 923 c.c. si riferisca solo ai beni (abbandonati) mobili. In tale chiave di lettura, quindi, lo Stato diviene ultimo titolare, in grado di evitare l'errata applicazione dell'istituto dell'occupazione.

Esaminate entrambe le teorie oggi seguite, è bene precisare che la prevalente giurisprudenza tende ad ammettere la legittimità della rinuncia abdicativa di bene immobile.

PERIMETRO DEL POTERE DI SINDACABILITÀ DA PARTE DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA

In considerazione della tendente prevalenza della teoria positiva circa l'istituto abdicativo esaminato, si pone un ulteriore quesito in ambito processuale, con riferimento al livello di sindacabilità attribuito all'autorità giudiziaria circa l'atto di dismissione posto in essere dal privato.

Partendo dal principio di cui all'art. 1324 c.c., a mente del quale *“Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale”*, la Suprema Corte è chiamata a decidere circa l'atto di rinuncia abdicativa di bene immobile, anche sul rispetto del concetto di causa del contratto e della meritevolezza di interessi secondo la generale disciplina dei contratti. La rilevanza è da ricondurre soprattutto ai profili di natura pratica poiché il diritto di proprietà, come abbiamo già visto, comporta anche oneri accessori come il dovere di custodia (si pensi al già citato terreno con alto livello di pericolosità) o doveri fiscali (come il pagamento di imposte fondiari). È chiaro, quindi, che legittimare la rinuncia abdicativa di bene immobile, con conseguente perdita del diritto di proprietà a seguito di atto unilateralmente predisposto, comporterebbe il diretto acquisto di questi oneri da parte dello Stato e, indirettamente, della collettività.

Su queste premesse, a oggi vi è ampio dibattito in merito alla legittimità della “causa” del contratto abdicativo e se possano applicarsi le norme in materia di illiceità della causa contrattuale ex artt. 1343-1345 c.c. Anche qui, per semplificazione espositiva è preferibile distinguere i due orientamenti esistenti.

Primo orientamento: la rinuncia abdicativa di un bene immobile è atto direttamente meritevole di tutela giuridica. La dismissione del bene è diretta applicazione del diritto a disporre della cosa e, quindi, di per sé possibile. Tuttavia, la rinuncia deve essere posta in essere con il solo e unico fine di perdere il diritto di proprietà e il perseguimento di tale fine deve mostrare elementi di giustificazione economico-sociale.

Ciò comporta che ogni qualvolta il privato agisca con il

solo fine di svestirsi degli oneri fiscali o di custodia, comportandone la sopportazione in capo alla collettività, l'atto è nullo ex artt. 1332 e 1343 c.c.

Secondo orientamento: l'aspetto della meritevolezza, richiesto per i contratti, non è necessario poiché la rinuncia abdicativa esaurisce in sé stessa i propri effetti, con conseguente cessazione del diritto di proprietà sull'immobile dismesso. L'aspetto della causa, quindi, non rileva poiché non è necessaria una attività valutativa nei confronti dell'atto posto in essere; né sotto il profilo della tipicità, né sotto il profilo della funzione economico-sociale, posto che non vi è diretto rapporto con soggetti terzi e, essendo atto dispositivo di autonomia privata, estraneo a tali controlli.

Anzi, sotto il profilo della “causa” del negozio privato, si potrebbe sindacare unicamente in tema di illiceità e non certo nell'ambito della convenienza economica che, chiaramente, rimane in capo alla sfera soggettiva del titolare del diritto. In definitiva, quindi, la rinuncia abdicativa del bene immobile non può considerarsi illegittima di per sé.

Resta, nel caso in esame, da valutare se la dismissione dei beni con conseguente accollo in capo alla collettività degli oneri da essa derivanti, siano considerabili illeciti o meno. La particolarità e l'interesse della vicenda sono da rinvenire nella solidità di entrambe le tesi seguite dai tribunali di merito; non vi è, allo stato, un principio che appaia preferibile poiché entrambi i ragionamenti di diritto sono estremamente validi.

Queste sono le questioni su cui la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi il 17.01.2024 e che, a breve, scioglieranno per la prima volta i dubbi che giurisprudenza e dottrina affrontano da quasi mezzo secolo in maniera altalenante.

PRELAZIONE IMPROPRIA - DEFINIZIONE E CONDIZIONI DI VALIDITÀ

Art. 2355-bis c.c. - Art. 2437 c.c. - Art. 2469 c.c. - Art. 2473 c.c.

Nella disciplina delle società di capitali vige il principio della libera circolazione delle azioni/quote volto a garantire il cd. diritto al disinvestimento. L'interesse del singolo investitore, tuttavia, non può prevalere sul contrapposto interesse dell'ente e degli altri investitori al mantenimento di una certa omogeneità della compagine sociale che influisce, tra l'altro, anche sulla stabilità degli assetti di *governance*.

Per tale ragione, oggi, è espressamente riconosciuta ai soci la possibilità di introdurre, nell'atto costitutivo o nello statuto, limitazioni al generale principio della libera trasferibilità. Viene così deferito all'autonomia privata il potere di individuare regole e meccanismi volti a garantire un controllo selettivo sulle modifiche della compagine sociale. Tali limitazioni possono essere radicali (si pensi al divieto assoluto di trasferimento contemplato per le S.p.A. dall'art. 2355-bis, c. 1 c.c. che non può avere durata superiore a 5 anni) o attenuate (clausola di gradimento e clausola di prelazione).

Con particolare riferimento alle clausole di prelazione, e cioè alle pattuizioni statutarie con cui i soci si obbligano a preferire gli altri soci rispetto a terzi nella cessione della propria partecipazione, si ravvisano nella prassi 2 differenti meccanismi che integrano gli estremi della prelazione propria o impropria. Nel primo caso, vi è l'obbligo dei soci che intendano trasferire le proprie partecipazioni a preferire gli altri componenti della compagine rispetto a terzi estranei, a parità di condizioni. Si parla invece di prelazione impropria quando l'obbligo di preferire gli altri soci prescinde dalla parità di condizioni con riferimento al prezzo, oppure dalla natura della controprestazione o dal tipo di negozio mediante il quale trasferire la partecipazione.

CLAUSOLA STATUTARIA DI PRELAZIONE	⇒	Definizione	⇒	Patto inserito nello statuto con cui i soci si obbligano a preferire gli altri soci a parità di condizioni nella cessione della propria partecipazione.
	⇒	Contenuto	⇒	La clausola deve indicare le modalità di redazione e di notifica della <i>denuntiatio</i> e il termine e le modalità entro cui l'esercizio della prelazione va comunicato.
	⇒	Efficacia	⇒	Reale (<i>erga omnes</i>).
DENUNTIATIO	⇒	Definizione	⇒	Manifestazione della volontà di vendere la propria quota che va notificata agli altri soci, beneficiari della prelazione.
	⇒	Elementi essenziali	⇒	<ul style="list-style-type: none"> • Oggetto. • Prezzo. • Modalità di cessione.
	⇒	Effetti	⇒	Dal momento in cui viene notificata la <i>denuntiatio</i> può essere esercitata la prelazione e inizia a decorrere il termine indicato nella clausola.
PRELAZIONE	⇒	Propria	⇒	Il socio che intende vendere è obbligato a preferire gli altri soci purché propongano condizioni di acquisto uguali o comunque non inferiori a quelle proposte dal terzo.
	⇒	Impropria	⇒	L'obbligo di preferire gli altri soci sussiste anche se i soci avanzano condizioni differenti e peggiorative.

CLAUSOLA STATUTARIA DI PRELAZIONE

La clausola di prelazione impone al socio, che intenda alienare la propria partecipazione, l'obbligo di offrirla in prima battuta agli altri soci e di preferirli ai terzi interessati, a parità di condizioni. In questo caso si parla di **prelazione "propria"** poiché i soci superstiti che abbiano interesse ad accrescere la propria quota di partecipazione o semplicemente a non far subentrare terzi estranei nella compagine sociale, potrà esercitare il proprio diritto dichiarando di voler acquistare le quote del socio uscente alle stesse condizioni offerte dal terzo.

Si parla, invece, di **prelazione "impropria"** se è consentito agli altri soci di essere preferiti anche a condizioni diverse o se la clausola rimette la determinazione del prezzo a terzi arbitratori.

FINALITÀ

Le clausole di prelazione vengono inserite negli statuti per bilanciare:

- l'interesse collettivo alla stabilità della composizione della compagine sociale evitando il subingresso di terzi non graditi;
- l'interesse individuale del socio che intenda sciogliersi dal vincolo sociale per monetizzare celermente la propria partecipazione;
- l'interesse dei prelazionari a veder accrescere le partecipazioni in maniera proporzionale alle proprie quote, preservando l'equilibrio nei rapporti interni.

CONTENUTO

Dal patto di prelazione scaturisce una duplice obbligazione per i soci che intendano alienare la propria partecipazione.

Da un lato, infatti, sussiste l'obbligazione positiva di effettuare la *denuntiatio* ossia la comunicazione con cui vengono edotti gli altri soci della propria intenzione di cedere le azioni/partecipazioni e in cui vanno analiticamente indicate le condizioni richieste (o comunque offerte da terzi) e con esatta individuazione del termine per l'esercizio del diritto in oggetto; dall'altro lato, sussiste in capo al medesimo soggetto che abbia comunicato tale volontà, un'obbligazione negativa, consistente nel conseguente e speculare vincolo di astenersi dal cedere a terzi nel lasso di tempo concesso ai prelazionari.

Deve essere cioè concesso ai soci prelazionari un lasso di tempo congruo per ponderare sull'opportunità della decisione (cd. *spatium deliberandi*). Ne consegue che il trasferimento della partecipazione senza preventiva *denuntiatio* o in presenza di *denuntiatio*, ma effettuato prima dello scadere del termine ultimo per l'esercizio del diritto, va dichiarato inefficace.

PRELAZIONE IMPROPRIA

Vengono definite clausole di prelazione impropria, quelle inserite in statuti di società di capitali che, nel caso in cui un socio intenda alienare, consentono agli altri soci un diritto di prelazione nell'acquisto per un corrispettivo qualitativamente e/o quantitativamente diverso da quello che il socio avrebbe potuto ottenere dal potenziale acquirente.

Si tratta di clausole molto diffuse nella prassi e che appaiono, in linea di massima, legittime.

Infatti, il D.Lgs. 6/2003 ha riconosciuto all'autonomia privata il potere di rendere più elastici gli statuti delle società di capitali e, in particolare, ha previsto:

- a) la possibilità di introdurre, modificare o eliminare, con delibera dell'assemblea straordinaria, limitazioni alla circolazione delle azioni per la S.p.A. (art. 2355-bis, c. 1 c.c.) e per la S.r.l. (art. 2469 c.c.);
- b) la possibilità di prevedere un divieto assoluto di alienazione, sia pure entro il limite massimo di 5 anni per le S.p.A.;
- c) un'espressa disciplina delle clausole di "mero" gradimento;
- d) l'espressa ammissibilità di clausole che limitano la circolazione delle azioni per causa di morte (art. 2355-bis, c. 3 c.c.);
- e) il diritto di recesso in caso di introduzione o rimozione di vincoli alla circolazione delle azioni (art. 2437, c. 2, lett. b) c.c.).

Le clausole di prelazione impropria devono ritenersi comprese in quelle "particolari condizioni" a cui può essere subordinato il trasferimento di azioni nominative o di partecipazioni azionarie per le quali non si sia fatto luogo all'emissione dei titoli azionari (art. 2355-bis c.c. per le S.p.A., e art. 2469 c.c. per le S.r.l.).

Tali norme consentono, rispettivamente per un periodo di 5 anni o di 2 anni, la pattuizione dell'intrasferibilità di azioni o quote e, quindi, nel caso di clausole di prelazione improprie aventi una durata limitata a un periodo non superiore a questo, non sembrano potersi ravvisare limiti alla loro efficacia (per le S.p.A.) o non sembra possibile ipotizzare un diritto di recesso *ex lege* (per le S.r.l.).

EFFICACIA DELLA PRELAZIONE IMPROPRIA

Qualora, invece, non venga fissato un limite temporale, o venga previsto un limite temporale più ampio, la clausola può essere ritenuta efficace esclusivamente se il meccanismo di determinazione del valore porti a calcolare un corrispettivo (per l'esercizio della prelazione impropria) almeno pari a quello che si sarebbe determinato nell'ipotesi di recesso; si parla al proposito di "prezzo del recesso" per indicare un valore che il legislatore ritiene congruo. Se invece il criterio di calcolo del valore della partecipazione ceduta porti a un risultato significativamente inferiore a quello "congruo" previsto

per l'ipotesi di recesso, sembra più corretto optare per l'inefficacia della prelazione impropria.

Mentre nella prima ipotesi, infatti, la prelazione impropria deve ritenersi sicuramente valida (nelle S.p.A.) e inidonea a fondare il diritto di recesso (nelle S.r.l.), nella seconda ipotesi si registra un'inammissibile limitazione al trasferimento.

La *ratio* degli artt. 2355-bis e 2469 c.c. non vuole infatti solo porre un correttivo a clausole che impediscono al socio di cedere la sua partecipazione, ma anche a quelle che pongono al socio, che intende uscire dalla società mediante cessione della partecipazione, l'alternativa tra cedere per un corrispettivo significativamente inferiore a quello che il legislatore considera "giusto" ovvero trovarsi costretti a rimanere in società con totale compressione del diritto al disinvestimento.

In questo caso la clausola di prelazione impropria rimette alla discrezionalità degli altri soci la facoltà di porre, al socio che intenda cedere, l'alternativa tra non cedere o cedere a un prezzo incongruo e comunque non conveniente.

DIFFERENZA CON LE CLAUSOLE DI MERO GRADIMENTO

Il fatto che, con un significativo sacrificio economico, il socio possa cedere la propria partecipazione non vale a differenziare in modo giuridicamente rilevante questa clausola da quelle che subordinano la cessione di quote o di azioni al mero gradimento degli altri soci.

La clausola di mero gradimento costituisce una deroga al regime ordinario della libera trasferibilità delle partecipazioni e subordina il trasferimento della partecipazione al mero gradimento di un organo sociale (assemblea o organo gestorio) o di altri soci. In presenza di una siffatta clausola, il subingresso di un nuovo soggetto nella compagine, dunque, dovrà essere preventivamente approvato dall'organo o dai soci designati, senza che tale approvazione possa essere influenzata dalla sussistenza di specifici presupposti. La scelta, in altre parole, è to-

talmente rimessa alla discrezionalità dell'organo sociale o dei soci all'uopo legittimati che non saranno tenuti a motivare il proprio dissenso.

Tali clausole soggiacciono a condizioni di efficacia diverse per le S.p.A. e per le S.r.l.

Per le S.p.A., l'art. 2355-bis, c. 2 c.c. sancisce che le clausole di mero gradimento volte a regolamentare la circolazione delle azioni sono efficaci soltanto se prevedono, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante. Il mero gradimento è quindi consentito purché sia in ogni caso garantito il diritto al disinvestimento del socio alienante (o mediante acquisto dalla società stessa nei limiti di quanto stabilito dall'art. 2357 c.c. o dagli altri soci, oppure, dal recesso del socio alienante che potrà così realizzare la liquidazione della partecipazione).

Con specifico riferimento alle S.r.l., invece, l'art. 2469, c. 2 c.c. sancisce 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 prevederne condizioni e limiti, o ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte, il socio o i suoi eredi possono esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 2473"*. Nelle società a responsabilità limitata, quindi, non sussiste alcun obbligo per gli altri soci (né naturalmente in capo alla società) di acquistare la quota e il diritto a disinvestire il capitale resta tutelato solo dalla previsione del recesso del socio o dei suoi eredi.

La differente disciplina prevista dal legislatore per le S.p.A. e per le S.r.l. rispetto alle clausole di mero gradimento porta così alla conseguenza che le clausole di prelazione impropria in cui il meccanismo di determinazione del corrispettivo porta a risultati significativamente inferiori al prezzo del recesso, devono ritenersi inefficaci se non accompagnate dall'espressa previsione di un diritto di recesso (nel caso di S.p.A.) ovvero sono sì efficaci, ma, *ex lege*, attribuiscono un diritto di recesso nelle S.r.l.