

A12



Vai al contenuto multimediale

Edoardo Filippo Giardino
Scritti di diritto commerciale

Prefazione di
Gianfranco Arpea





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it

info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII

Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it

info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20

00020 Canterano (RM)

(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1746-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2018

Indice

- 7 *Prefazione*
di Gianfranco Arpea
- 11 *Capitolo I*
Brevi riflessioni sul sindacato di voto nelle società chiuse tra mezzi di tutela del parasocio adempiente ed inopponibilità del patto ai terzi
1.1. Introduzione, 11 – 1.2. L'inopponibilità del patto ai terzi, 13 – 1.3. Le criticità operative del risarcimento in forma specifica, 14 – 1.4. Gli effetti dell'inadempimento contrattuale sulla delibera assembleare, 17
- 21 *Bibliografia*
- 23 *Capitolo II*
Il merger leveraged buyout. L'inderogabile equilibrio tra conformità al dettato normativo ed interessi dei soci e dei creditori coinvolti dall'operazione
2.1. Introduzione, 23 – 2.2. Il rapporto con le operazioni sulle proprie azioni, 25 – 2.3. L'architettura dell'operazione di *mlbo*. Premessa, 31 – 2.4. I rapporti tra il "veicolo" ed il finanziatore e tra l'ente *post* fusione ed il *lender*, 32 – 2.5. Il rapporto tra la *newco* e la *target* e tra le società coinvolte ed i soci e i creditori, 33 – 2.5.1. *I rimedi a disposizione della compagine sociale*, 34 – 2.5.2. *La tutela prevista per il ceto creditorio*, 35 – 2.5.3. *La procedura "rafforzata" del mlbo di diritto italiano*, 38 – 2.6. Conclusione dell'operazione, 40
- 43 *Bibliografia*
- 45 *Capitolo III*
La cessione di partecipazione nelle società di capitali chiuse. Brevi osservazioni sugli interessi sottesi alla struttura del contratto di diritto italiano
3.1. Introduzione, 45 – 3.2. Struttura del contratto, 49 – 3.3. La determinazione del prezzo della partecipazione, 55 – 3.4. Le tutele sottese al rapporto obbligatorio, 58 – 3.5. Conclusioni, 69

71 *Bibliografia*

73 Capitolo IV

Spunti di riflessione sulla “natura” del contratto di opzione commerciale ed il suo utilizzo nelle operazioni societarie in tipi capitalistici chiusi

4.1. Introduzione, 73 – 4.2. La struttura giuridica del patto, 79 – 4.3. L'utilizzo del patto di opzione di diritto comune nelle operazioni societarie, 86 – 4.3.1. *Le opzioni commerciali a struttura put e call*, 90 – 4.3.2. *Il problema del “finanziamento partecipativo”*, 93 – 4.4. Conclusioni, 111

113 *Bibliografia*

Prefazione

di Gianfranco Arpea¹

Questo volume raccoglie una selezione di scritti in tema di diritto commerciale, con cui l'Autore intende testimoniare un itinerario evolutivo della materia giuscommercialistica.

In particolare, a oltre un decennio dalla riforma del diritto societario, l'Autore prova a interrogarsi sullo stato dell'arte in materia di stabilizzazione degli assetti proprietari e gestione delle società di capitali "chiuse", oltre che sul tema delicato e attuale dei profili finanziari.

I capitoli che compongono questo volume tratteggiano un percorso ideale attraverso alcuni tra i temi più complessi e vitali della materia: si dà l'abbrivio con una trattazione sui sindacati di voto nelle società chiuse, sia per i profili di tutela del parasocio che per quelli inerenti all'inopponibilità del patto ai terzi; ivi particolare attenzione viene dedicata alle note criticità del risarcimento in forma specifica e agli effetti della violazione del patto sulle deliberazioni assembleari.

La trattazione scorre verso il tema dibattuto del c.d. *merger leveraged buyout*, ponendo l'attenzione sull'equilibrio necessario tra la conformità alla legge e il perseguimento concreto degli interessi dei soci e dei creditori coinvolti. In particolare, ivi vengono analizzati i limiti del compimento di operazioni sulle proprie azioni, senza trascurare la tutela prevista per il ceto creditorio grazie anche alla procedura "rafforzata" prevista dal diritto italiano.

Si torna poi a un argomento particolarmente approfondito dalla dottrina in tema di società di capitali chiuse, con uno studio puntuale sul tema della cessione di partecipazione, con particolare riferimento alla

¹ Laureatosi in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", è avvocato dal 2008. Fornisce assistenza nel campo del diritto commerciale e societario, della crisi d'impresa, industriale e della proprietà intellettuale. Cultore della Materia in diritto societario e in controlli pubblici sulle crisi d'impresa, ha contribuito ad importanti pubblicazioni scientifiche in materia di crisi d'impresa. Svolge attività di docenza in materia di diritto degli affari presso prestigiosi enti universitari ed affermate *business school*.

struttura del contratto e al bilanciamento degli interessi (nonché alla tutela) delle parti coinvolte.

L'opera si conclude con alcuni spunti di riflessione sulla natura del contratto di opzione commerciale e sul suo impiego nelle operazioni societarie nei veicoli chiusi, con un approfondimento in tema di opzioni *put* e *call* e alcune interessanti conclusioni sul problema del "finanziamento partecipativo".

L'Autore analizza con sensibilità acuta la reale consistenza dei problemi e degli effettivi assetti d'interesse che oggi riguardano le società di capitali chiuse, ponendosi così nel solco della migliore dottrina italiana del diritto commerciale. Di ciò viene offerta una testimonianza chiara nei saggi in tema di sindacati di voto e patti parasociali, le cui peculiarità vengono ricercate sul piano del ruolo effettivo svolto nella gestione dell'impresa, come strumenti che contribuiscono alla sua organizzazione.

È a questa sensibilità di analisi, puntuale quanto alle singole soluzioni normative e caratterizzata dall'attenzione concreta e realistica rivolta agli interessi economici coinvolti, che si deve ricondurre la adesione convinta dell'Autore alla linea di pensiero che pone l'impresa e il mercato al centro dell'indagine giuridica.

Con questi strumenti, con questo bagaglio, l'Autore si pone quindi l'obiettivo di guidare il lettore all'interno di una particolare forma di organizzazione dell'impresa, quella più significativa nella realtà economica italiana: l'ambito delle società chiuse.

In questo senso, si spiega anche la particolare attenzione dedicata ai rapporti fra la società, appunto organizzazione dell'impresa, e il mercato, soprattutto quello finanziario. Proprio a partire da questo criterio d'analisi prende forma questa indagine su temi che, in definitiva, s'interrogano sull'influenza reciproca fra scelte statutarie ed esigenze del mercato, sulla contendibilità degli assetti proprietari e il loro ruolo per l'efficienza del sistema economico nel suo complesso.

Questi scritti sono una ricerca ambiziosa che infondono una sensazione duplice: per un verso, conservano la struttura sistematica del manuale, presentando una certa novità di approccio e caparbieta nell'approfondimento; per altro verso, mettono a fuoco una prospettiva – quella delle società chiuse – per tracciare un'occasione di approfondimento su uno dei principali modelli d'impresa italiana per diffusione e versatilità.

Si tratta di uno strumento autentico per operatori del settore legale e commerciale in genere, che tende a stimolare la riflessione applicativa su aspetti specifici, ripercorrendo le principali tappe evolutive degli istituti per giungere infine a momenti di sintesi e riflessione.

Brevi riflessioni sul sindacato di voto nelle società chiuse tra mezzi di tutela del parasocio adempiente ed inopponibilità del patto ai terzi

1.1. Introduzione

In materia di patti parasociali di voto nelle società non ricorrenti al mercato del capitale di rischio troviamo, alla voce “Patti parasociali”, l’articolo 2341 *bis*, c.c.¹

Per quel che concerne l’obiettivo del presente lavoro, occorre qui prendere, quale iniziale punto di analisi, la lettera a) di cui al primo comma della norma summenzionata la quale ricomprende

I patti, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società: a) hanno per oggetto l’esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano.

Ebbene, pur nell’assenza di un’espressa definizione legislativa, i predetti patti null’altro sarebbero che dei contratti atipici diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela *ex art.* 1322, comma 2, c.c. e

¹ Introdotto dal legislatore della riforma con d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, disciplina una figura giuridica atipica sopravvissuta ad un complesso e burrascoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, la quale, dapprima considerata illecita, trova le prime aperture in epoca posteriore all’emanazione del codice civile del 1942 per poi essere unanimemente riconosciuta da dottrina e giurisprudenza. Sul punto, AA.VV., *Assemblea*, in G.E. Colombo e G.B. Portale (dir. da), *Trattato delle società per azioni*, Tomo I, Utet, Torino 1994, p. 516 ss.; F. GALGANO, P. ZANELLI, G. SBISA, *Società per azioni*, art. 2325 – 2341 *ter*, in Scialoja – Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, Tomo I, Zanichelli, Bologna 2006, pp. 205 ss. e 218 ss.; G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè editore, Milano 2003, pp. 31 ss., 76 ss., 91 ss., 110 ss. e 398 ss.; R. TORINO, *I contratti parasociali*, Giuffrè editore, Milano 2000, p. 86 ss. In giurisprudenza, Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Giust. civ.*, 1996 p. 73 ss., con nota di G. Vidiri e Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, in *Le Società*, 2002 p. 431 ss, con nota di L. Picone.

volti a “preconfezionare” *ex ante* il comportamento dei soci – e di chi a tal scopo dai predetti venga eventualmente delegato – in seno all’organo assembleare al momento dell’esercizio dei propri voti¹.

Pertanto, onde poter estrapolare le regole applicative in ipotesi d’inadempimento del parasocio, si dovrà ricorrere alla disciplina generale dei contratti contenuta nel codice civile.

Di guisa che, a differenza del contratto sociale (di S.p.A.)², la validità del vincolo sorto tra gli aderenti al patto avrà, ai sensi dell’art. 1372 c.c., forza di legge tra le parti³ e risulterà improduttiva di effetti verso i terzi poiché non ricompresa nei casi espressamente previsti al comma secondo della medesima norma⁴.

Da ciò, dunque, la giustificata inopponibilità del suddetto accordo alla società ed ai soggetti non firmatari, i quali non potranno subire effetto alcuno dall’inosservanza del patto⁵.

¹ Per una definizione meglio compiuta, E. ADDUCCI, *I patti parasociali, Disciplina, giurisprudenza e clausole*, L. Viola (dir. da), Halley editrice, Matelica 2007, p. 28 ss.; R. COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, in *Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè editore, Milano 2004, p. 201 ss.; F. GALGANO, P. ZANELLI, G. SBISÀ, *ivi*, p. 198 ss., 201 ss., p. 206; F. GALGANO, *Le società*, in *Diritto commerciale*, Zanichelli, Bologna 2006, p. 187 ss.; G.A. RESCIO, M. SPERANZIN, *Art. 2341 bis, Delle società – dell’azienda – della concorrenza*, artt. 2247 – 2378, in D.U. Santuosso (a cura di), E. Gabrielli (dir. da), *Commentario del codice civile*, Utet, Torino 2015, p. 726 ss. Sull’inclusione di ulteriori sotto categorie di sindacati di voto, G.A. RESCIO, M. SPERANZIN, *ivi*, p. 732. Sul significato della locuzione “società controllante” di cui all’ultimo periodo della lettera a) dell’art. 2341 bis, c.c., F. GALGANO, P. ZANELLI, G. SBISÀ, *Società per azioni*, art. 2325 – 2341 ter, cit., p. 206 ss.

² Diverso sarà il caso dell’atto costitutivo e statuto di società per azioni, il quale rivestirà, ex art. 1372, comma 2, c.c., efficacia verso (alcune categorie di) terzi intesi quali soggetti che entrano in contatto con gli amministratori dell’ente, acquirenti delle azioni dai soci e soci nuovi in genere. Sul punto, F. GALGANO, *Le società*, cit., p. 184 ss.

³ Per un approfondimento sull’efficacia del contratto, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011, p. 945 ss.

⁴ Sul punto, E. ADDUCCI, *op. cit.*, p. 38; F. GALGANO, P. ZANELLI, G. SBISÀ, cit., p. 205; A. PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, in *Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè editore, Milano 2004, p. 9 ss.

⁵ Per un confronto sul concetto di patti parasociali ad efficacia “reale” alla luce della nota ordinanza Trib. Genova, 8 luglio 2004, vedasi, G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, cit., pp. 170 ss. e 423 ss.; ID., *I patti parasociali hanno assunto efficacia reale?*, *Patti parasociali*, in *Giurisprudenza, Società di capitali*, in *Le Società*, Wolters Kluwer, Milano 2004, p. 1268 ss.; V. SALAFIA, *Le Società*, in *Rassegna di giurisprudenza 2004*, Ipsoa, Milano 2005, p. 98.

1.2. L'inopponibilità del patto ai terzi

Tornando all'efficacia *inter partes* del contratto rileva qui osservare come, in realtà, il codice civile, al comma 1 dell'art. 1453, riserva, tra gli strumenti a tutela della parte adempiente, l'espressa possibilità – salve tassative eccezioni a tutela del terzo contraente in buona fede – di ottenere la condanna giudiziale della parte all'adempimento in forma specifica secondo le norme del codice di rito.

Più precisamente, la *ratio* del suddetto articolo, sulla base del dettato normativo di cui all'art. 1372 c.c., equiparato il contratto alla legge, fonda la sua ragion d'essere a tutela dell'ottenimento certo di un esatto adempimento dell'obbligazione contratta, assicurando, dunque, la giusta protezione alla parte adempiente.

In assenza di una siffatta previsione non si comprende come le parti possano, a priori, vincolarsi volontariamente a degli impegni pur sapendo, a monte, che non vi sarà certezza dell'esatto adempimento da parte del contraente, potendo gli stessi essere validamente disattesi anche in vista del perseguimento di un diverso e sopravvenuto interesse soggettivo.

Analoghe conclusioni in tema di società.

Più precisamente, a mio parere, già lo stesso contratto di società – a carattere associativo, plurilaterale a comunione di scopo⁶ – di cui all'art. 2247 c.c. impone, in quanto tale, l'obbligo per i soci, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1375 c.c., di rapportarsi secondo buona fede in ogni frangente che involga, anche di riflesso – quale appunto quello parasociale –, l'attività sociale d'impresa.

Dunque, anche in tale sede, dovrebbe, *prima facie*, trovar ragione una tutela non solo per equivalente.

Ad ogni buon conto, con tali affermazioni non si intende comunque escludere in assoluto la possibilità per il contraente parasocio di disattendere l'accordo violando il patto⁷.

⁶ Salva l'ipotesi di S.p.A. ed S.r.l. costituite per atto unilaterale. Per maggiori approfondimenti sul tema, F. GALGANO, *Le società*, cit., p. 3 ss. Altresì, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, op. cit., p. 1393 ss.

⁷ Sulla conservata autonomia dell'organo assembleare e sulla libertà del socio di autodeterminazione nel voto, G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, op. cit., p. 75. Precedenti conformi in giurisprudenza, Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, op. cit.; Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, op. cit.

La questione è che, tale condotta, sfocerà comunque in un illecito contrattuale facendo sorgere, per il contraente adempiente, la possibilità di esperirne i rimedi di legge⁸.

Tipico sarà il caso di una decisione assunta dall'organo assembleare, terzo al contratto parasociale, al raggiungimento del cui *quorum* deliberativo sia confluito un voto determinante assunto in violazione di un'obbligazione parasociale che, per tali sue peculiarità (forza di legge tra le parti), aveva già cristallizzato *ex ante* l'accordo sul voto da esprimere.

1.3. Le criticità operative del risarcimento in forma specifica

Premesso quanto introdotto nel precedente capitolo, il nodo cruciale della questione sarà dunque capire se il parasocio possa domandare, in termini puramente giuridici, l'adempimento in forma specifica dell'obbligazione contrattuale rimasta inadempita.

Sul punto troviamo due principali correnti dottrinarie⁹ le quali, rispettivamente, dibattono sull'applicabilità estensiva, già in via cautelare *ex art.* 700 c.p.c., degli artt. 2931, 2932 e 2933 c.c. all'ipotesi di mancato o difforme esercizio del voto assembleare.

La prima sostiene l'inapplicabilità del rimedio giudiziale, anche in via cautelare, poiché l'interesse alla base dell'art. 2932 c.c. sarebbe quello di rendere realizzabili gli effetti di un contratto non concluso, cosa ben diversa dall'esercizio della volontà di voto da parte del parasocio a seguito del contratto parasociale comunque concluso.

Quanto agli artt. 2931 e 2933 c.c., riferendosi ad obblighi di *facere* e *non facere* materiali, sarebbero da ritenere inapplicabili ai comportamenti negoziali quali le convenzioni di voto contenute negli accordi parasociali.

Di contro, diversa opinione, ritiene utilizzabile tale strumento, anche in via cautelare, solo ove applicabile al caso concreto e, comunque, su di un livello diverso e parallelo al patto parasociale.

Più precisamente, riconoscerebbe plausibile intervenire *ante* delibera sul mezzo utilizzato per porre in essere il voto in assemblea,

⁸ Per un esame degli obblighi di fare, non fare e contrarre vedasi, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, op. cit., p. 651 ss.

⁹ Sul tema, G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, op. cit., p. 165 ss.; R. TORINO, op. cit., p. 363 ss.

ovverosia, esemplificando, applicando l'art. 2932 c.c. all'ipotesi di inosservanza dell'obbligo contrattuale di conferimento collettivo di mandato a votare ad un terzo da parte di uno dei parasoci.

Si comprende dunque come, in realtà, tale articolo andrebbe a operare su di un contratto non concluso – il mandato – e non sul diritto di voto in sé considerato.

Dal mio punto di vista, ove considerate nella sostanza, tali correnti non farebbero null'altro che giungere, seppur per vie diverse, al raggiungimento della medesima conclusione, ovverosia, impossibilità di ottenere l'adempimento in forma specifica del voto conforme in fase posteriore all'assunzione della delibera assembleare con conferma del solo strumento del risarcimento del danno per equivalente.

Questo in quanto, pur consentendo ingresso a un'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione parasociale inadempita, permarrebbero, comunque, problemi di natura applicativa.

O meglio, l'ordine di *facere o non facere* del giudice potrebbe giungere in fase posteriore alla delibera e dunque non più in grado di determinare la decisione¹⁰.

Diverso sarebbe il caso in cui tale deliberazione – oggetto del patto – possa comunque essere presa anche in una successiva seduta¹¹.

In tale ipotesi, risulterebbe possibile far sì, anche in via cautelare – consegna delle azioni ad un mandatario – che, nella nuova seduta, il parasocio si determini (seppur in via indiretta) in maniera tale che il voto si conformi all'accordo annullando così gli effetti della violazione verificatasi nella precedente decisione assembleare¹².

Esperienze di altri ordinamenti ci suggeriscono come in realtà simili strumenti abbiano già trovato ragion d'essere nel campo del diritto societario.

Nei sistemi giuridici di Gran Bretagna, Olanda e – seppur con meno successo – Francia e Svizzera, troviamo il c.d. *Astreinte*¹³, istituto consistente nella minaccia di una pena da parte dell'organo

¹⁰ Sui problemi sollevati in dottrina circa le difficoltà operative di una esecuzione in forma specifica del sindacato di voto, G. COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Giuffrè editore, Milano 1958, p. 263 ss.; G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, *op. cit.*, p. 163 ss.

¹¹ Per una succinta esemplificazione, AA.VV., *op. cit.*, p. 560.

¹² Tuttavia il socio potrebbe sempre comparire personalmente in assemblea ed esercitare il suo voto. [*N.d.A.*]

¹³ Sul punto, AA.VV., *op. cit.*, p. 562 ss.; G. COTTINO, *op. cit.*, p. 269 ss.

giudiziario nei confronti del parasocio ove ponga in essere un voto non conforme all'accordo (operatività *ex ante*).

Ed ancora, recepito in parte anche nel nostro ordinamento dall'art. 2932 c.c. – benché solo per l'ipotesi di contratto non concluso – troviamo nel diritto tedesco la possibilità di chiedere una statuizione giudiziale volta all'adempimento in forma specifica dell'obbligazione fungibile violata ad opera di un terzo e a spese del debitore o, viceversa, dell'ordine di eseguire l'obbligazione infungibile sotto minaccia giudiziale della comminazione di una efficace sanzione – anche detentiva¹⁴.

Da qui originerebbero dunque alcune aperture giurisprudenziali al mezzo cautelare già prima della riforma del 2003 per l'obbligo di non fare¹⁵.

Tuttavia, dottrina e giurisprudenza continuavano a ritenere inapplicabile lo strumento dell'adempimento in forma specifica mettendo in secondo piano la questione di cui all'art. 2932 c.c. *strictu sensu* inteso e concentrandosi su problemi di più ampio ordine sistematico.

Più precisamente, si è affermato che la concessa validità all'interno del nostro ordinamento dei sindacati di voto va di pari passo con la loro efficacia obbligatoria e con la libertà di autodeterminazione – salvo risarcimento del danno – del parasocio in sede assembleare al momento dell'espressione del voto.

Così facendo si darebbe legittima tutela all'inderogabile nesso instaurato *ex lege* tra partecipazione sociale e diritto al voto il quale, ove fatto oggetto di esecuzione in forma specifica vedrebbe dunque infranto il legame partecipazione/voto in favore (e secondo il volere) di soggetti (i parasoci) privi di diritto alcuno sulla medesima. «Come se il diritto di voto fosse ceduto separato dall'azione»¹⁶.

Tuttavia negli ultimi anni è andata sviluppandosi un'opposta corrente giurisprudenziale (direi quasi di soccorso al vuoto normativo)¹⁷, avallata da primaria dottrina¹⁸, la quale conferma

¹⁴ Cfr. nt. n. 16.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Sul tema, G. SEMINO, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, cit., p.170.

¹⁷ Sull'adempimento in forma specifica degli obblighi derivanti dagli accordi, vedasi G. SEMINO, *I patti parasociali hanno assunto efficacia reale?*, *Patti parasociali*, cit. L'A. fornisce un primo commento a Trib. Genova, ord. 8 luglio 2004, confermata in sede di reclamo da Trib. Genova, ord. 6 agosto 2004 (inedita). Altresì, Trib. Milano, 20 gennaio 2009, in *Le Società*, 2009, p. 1129 ss.

l'applicazione dell'esecuzione in forma specifica (*ante* violazione) del patto parasociale in sede cautelare ove debitamente provato il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*.

Tra tutte, troviamo l'ordinanza del Tribunale di Genova datata 8 luglio 2004¹⁹, la quale, decidendo su di un ricorso cautelare *ex art.* 700 c.p.c., ha sospeso l'efficacia traslativa di una cessione di quota societaria assunta in violazione di prelazione statutaria e in contrasto altresì con un sindacato di voto a maggioranza, ordinando l'esecuzione in forma specifica del sindacato ad opera della fiduciaria mandatario del parasocio inadempiente.

Il punto cruciale, a mio avviso, è che, in tale sede, come poi confermato anche in sede di reclamo, il giudicante si trovava spinto *in primis* dall'obbligo immanente di sospendere provvisoriamente la delibera assembleare assunta in violazione dello statuto.

Dunque, "crollata" siffatta barriera, si rendeva possibile disporre un'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di voto, rendendo praticabile la condanna della fiduciaria mandataria (e dunque, si rammenta, intervenendo sul contratto contenitore del voto) al voto conforme.

Da tale angolazione sembra dunque trovare conferma il precedente orientamento che, seppur non riconoscendo espressa efficacia reale al sindacato, permetteva comunque, *ante* delibera, di ottenere in via cautelare la produzione degli effetti del contratto strumentale all'adempimento dell'oggetto dell'accordo parasociale.

Ad ogni buon conto, dal mio punto di vista, non essendovi norma di contrario tenore, in difetto di una espressa disciplina di regolamentazione del rapporto tra violazione del patto e delibera "contenitore delle volontà difformi" sarà lo stesso giudice, caso per caso, ad applicare le norme secondo il suo prudente apprezzamento.

1.4. Gli effetti dell'inadempimento contrattuale sulla delibera assembleare

Un residuale percorso argomentativo a favore del parasocio insoddisfatto, potrebbe essere quello di cercare di ottenere

¹⁸ In tal senso, G.A. RESCIO, M. SPERANZIN, *op. cit.*, pp. 729 e 732.

¹⁹ Cfr. nt. n. 21.

l'annullamento della delibera assembleare al fine di poter meglio garantire l'adempimento del "nuovo" voto conforme.

Per ragioni di ordine espositivo occorre premettere come, prima della riforma del diritto societario del 2003, la disciplina dell'invalidità delle deliberazioni di cui all'art. 2377 c.c. difettava di un'espressa regolamentazione legislativa circa le ipotesi di voto affetto da incapacità o vizio del consenso contrattuale.

Vi erano, in tal senso, due contrapposti orientamenti dottrinari.

Alcuna parte²⁰, pur nel silenzio del legislatore, riteneva impugnabile la delibera assembleare per voto inefficacie sulla scorta del fatto che, il voto, essendo atto di natura giuridica (unilaterale), poteva nascere, a seconda del caso concreto, viziato e dunque sottoponibile alla disciplina dell'incapacità e dei vizi del consenso contrattuale di cui all'art. 1425 ss., c.c.

Rilevava dunque la capacità del socio e la volontà nell'espressione del voto.

Tesi di opposto tenore²¹, ritenendo difficoltosa – salvo i casi di voto per appello nominale – l'individuazione del voto del singolo socio e dunque della sua *voluntas*, rifiutando di equiparare il voto in sé considerato quale singolo atto unilaterale giuridico, sosteneva dunque corretto attribuire rilevanza, salvo gravi ed evidenti irregolarità procedimentali di tipo formale, alla sola delibera *strictu sensu* intesa, tralasciando il suo processo formativo poiché inteso quale mera attività procedimentale.

Semmai, si riteneva che capacità e formazione delle volontà dei partecipanti poteva essere fatta oggetto di apposita disciplina statutaria onde poterne così stabilire la rilevanza ed operatività in considerazione degli specifici interessi della società interessata. Tale visione, in un'ottica di prevenzione del rischio di proliferazione di cause d'impugnazione delle delibere con conseguente ripercussione in negativo sulla stabilità dell'organo assembleare e della società in genere, la quale, di norma, dovrebbe risultare avulsa da fattori invalidanti per così dire esterni alla disciplina del diritto societario – a tutela, più che altro, di interessi individualistici più consoni alla disciplina contrattuale.

²⁰ Sul tema, AA.VV., *op. cit.*, p. 449 ss.

²¹ Cfr. nt. n. 22.

Ad ogni buon conto, a mio avviso, ciò che emergeva da entrambe le correnti *ante* riforma era la volontà di colmare un vuoto normativo cercando di ottenere, a seconda dei casi concreti, il corretto bilanciamento tra interessi individuali ed interessi generali del diritto societario.

Assai rinnovato appare il panorama normativo *post* riforma del 2003.

Nello specifico, il nuovo art. 2377 c.c., al n. 2) del comma 5²², dà ingresso alla fattispecie di voto (determinante) invalido, consentendo così, configurata previamente la soglia di partecipazione richiesta dalla stessa norma al comma 3, di ottenere l'annullamento²³ della delibera assembleare.

Dunque si è fornita espressa disciplina alla cosiddetta ipotesi di «difetto di legittimazione secondaria al diritto di voto», relativa cioè a fattori d'invalidità del voto; diversa da quella denominata “primaria” afferente, di contro, alla capacità stessa di esprimerlo²⁴.

La rapida conclusione cui giungere sarà pertanto quella di permettere (anche allo stesso parasocio inadempiente) l'impugnazione della delibera assunta con voto determinante (non conforme) nelle sole ipotesi di vizio di cui all'art. 1425 ss., c.c. risultando per ovvie ragioni giuridiche esclusa l'ipotesi di inadempimento del patto parasociale.

Questo in quanto, come già esposto, il contratto parasociale è e rimane negozio distinto e non opponibile ai terzi e dunque, esclusa l'ipotesi di voto viziato, non risulterà possibile inficiare la decisione dell'assemblea raggiunta in conformità alle norme di diritto societario.

Residuano, in buona sostanza, i rimedi giuridici di volta in volta approntati dalle parti per assicurare l'adempimento del parasocio già prima dell'espressione del voto assembleare.

Beninteso, il legislatore, nei limiti della conformità all'ordinamento giuridico, non pone freni alla fantasia contrattuale degli operatori.

²² Sulle impressioni raccolte in dottrina circa gli effetti della nuova norma, F. DI GIROLAMO, *Art. 2377, Delle società – dell'azienda – della concorrenza*, artt. 2247 – 2378, in D.U. Santuosso (a cura di), E. Gabrielli (dir. da), *Commentario del codice civile*, Utet, Torino 2015, p. 1692 ss.

²³ Benché estranee all'argomento di ricerca, per un approfondimento sul regime (inverso) della nullità e dell'annullabilità delle delibere assembleari nelle società per azioni, F. GALGANO, *Le società*, cit., p. 285 ss.

²⁴ Sul punto, *ivi*, p. 292.

Tra i tanti si può ricomprendere, quale mero cenno, i patti di blocco accessori alla convenzione di voto, l'apposizione di clausola penale, il conferimento ad un unico soggetto di mandato collettivo irrevocabile di voto, girata per procura o intestazione fiduciaria delle azioni e deposito dei titoli presso un terzo o la società stessa²⁵.

Insomma tutte tecniche che, in estremo, cercano di garantire, con il più elevato grado di probabilità, il raggiungimento dell'oggetto del patto parasociale.

²⁵ Per un approfondimento (già *ante* riforma) sugli strumenti contrattuali (accessori) di tutela dell'adempimento dei sindacati di voto si veda, R. TORINO, *op. cit.*, p. 316 ss.