

Studio n. 242-2011/I

## **I diritti particolari del socio - Ambito oggettivo di applicazione e fattispecie**

*Approvato dalla Commissione studi d'impresa il 17 novembre 2011*

**Sommario:** 1. Introduzione; 2. L'ambito oggettivo di applicazione della norma: i "particolari diritti" attribuibili al singolo socio ex art. 2468, 3° comma, c.c.; 2.1 (Segue) Ipotesi pacifiche di particolari diritti; 2.2. (Segue) Ipotesi dubbie di particolari diritti; 3. L'inerzia del titolare del diritto particolare. La rinuncia all'esercizio del diritto particolare: regime legale ed autonomia statutaria; 4. L'esercizio abusivo del diritto particolare; 5. Il conflitto di interessi del socio titolare di particolari diritti.

\*\*\*

### **1. Introduzione**

Muovendo dalle riflessioni svolte nel precedente lavoro (n. 138/2011/I) si intende, nel presente studio, affrontare ulteriori problematiche relative al tema dei diritti particolari di cui all'art. 2468, 3° comma, c.c. esaminando, in particolare, l'ambito oggettivo di applicazione della norma ovvero le diverse ipotesi di diritti ipotizzabili e, quindi, le conseguenze del mancato e/o scorretto esercizio del diritto particolare da parte del socio al quale sono attribuiti.

### **2. L'ambito oggettivo di applicazione della norma: i "particolari diritti" attribuibili al singolo socio ex art. 2468, 3° comma, c.c.**

L'art. 2468, 3° comma, c.c. individua quali diritti particolari quelli riguardanti "l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili".

Preliminarmente, occorre precisare come la congiunzione "o" debba essere letta nel senso di "o anche", piuttosto che nel significato disgiuntivo di "o in alternativa"<sup>(1)</sup>.

E ciò, vuoi per l'impossibilità di individuare l'interesse che un eventuale divieto di cumulo tra diritti diversi sarebbe chiamato a tutelare, vuoi per l'esistenza di norme che non vietano tale cumulo ma, semmai, lo consentono. Basti pensare a titolo esemplificativo all'art. 2346, 6° comma,

c.c. nel quale, relativamente ai diritti ricollegabili agli strumenti finanziari partecipativi, ricorre, appunto, l'espressione "o anche" <sup>(2)</sup>.

Si è già avuto modo di trattare del problema relativo alla corretta interpretazione della norma in esame. Tuttavia a favore della conclusione raggiunta nel sopra citato studio (N. 138/2011/I) e, quindi, ad ulteriore conferma della lettura estensiva in quella sede sposata si ritiene possano inoltre deporre le regole dettate per le società di persone considerato, infatti, che i soci – nell'esercizio dell'autonomia statutaria loro riconosciuta – sono appunto liberi di modulare la s.r.l. imprimendole una chiara matrice personalistica <sup>(3)</sup>.

Nessuno dubita, infatti, che nelle società di persone il contenuto della quota in ordine ai diritti attribuibili ai soci sia modellabile con assoluta libertà sempre nel rispetto delle norme inderogabili <sup>(4)</sup>.

Tanto è vero che sarà possibile prevedere:

a) sistemi e modalità di partecipazione all'amministrazione diversi per alcuni soci (artt. 2257 e 2258 c.c.);

b) partecipazioni agli utili ed alle perdite stabilite in misura non proporzionale ai conferimenti (artt. 2262 e 2263 c.c.) con l'unico limite chiaramente posto dal divieto del patto leonino (art. 2265 c.c.);

c) limitazioni, a seconda del tipo sociale, al normale principio di responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali (art. 2267 c.c.);

d) diritti particolari di controllo della gestione societaria (art. 2320, 2° comma, c.c.);

e) diritto di voto non proporzionale ai fini della modificabilità del contratto sociale, interpretando in modo estensivo la possibilità di derogare al principio unanimistico fissato dall'art. 2252 c.c., e, sul quale, si avrà modo di ritornare per ulteriori riflessioni.

È di tutta evidenza, però, che nelle società di persone, contrariamente che nelle s.r.l., non ha senso parlare di diritti particolari ma è, semmai, più corretto considerare tali facoltà come frutto di accordi negoziali tra i soci volti a conformare il contenuto della partecipazione societaria e ciò in considerazione della prevalenza del profilo contrattuale.

Peraltro, si consideri che lo stesso Legislatore, nella Relazione ministeriale di accompagnamento al decreto delegato, sottolinea come si vuole "consentire con il quarto comma (*rectius* 3° comma) dell'art. 2468 c.c. che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione *a singoli soci*, quindi in considerazione della loro posizione personale, di *particolari diritti* concernenti sia *i poteri nella società* sia *la partecipazione agli utili*" <sup>(5)</sup>.

Il riferimento, quindi, non è all'amministrazione ed alla distribuzione degli utili, bensì ai poteri nella società ed alla partecipazione agli utili, quasi a voler significare che l'ambito di applicazione della norma è ben più ampio rispetto a quello che sembrerebbe desumersi da un'interpretazione meramente letterale della stessa.

Si potrebbe, dunque, ritenere plausibile che il richiamo operato dalla legge alle due "categorie" di diritti particolari possa coprire tanto quei diritti che comportino una scelta decisionale del socio (amministrazione/poteri nella società) tanto quelli che comportino un'attribuzione patrimoniale a favore di alcuni soci (distribuzione/partecipazione agli utili), con il solo limite del rispetto delle norme inderogabili legislativamente dettate per il tipo s.r.l. in particolare e per il negozio societario in generale.

### **2.1 Ipotesi pacifiche di particolari diritti**

A prescindere dalla soluzione adottata circa la tassatività o meno dell'elencazione contenuta nel 3° comma dell'art. 2468 c.c., la dottrina ha enucleato una serie di particolari diritti sicuramente attribuibili ai soci.

In relazione alla prima categoria (amministrazione della società) la norma di cui all'art. 2468, 3° comma, c.c. va coordinata sia con l'art. 2463, 2° comma, nn. 7 e 8, c.c. (che in tema di contenuto dell'atto costitutivo richiede l'indicazione delle norme concernenti l'amministrazione e la rappresentanza della società) sia con l'art. 2475, 1° comma, c.c. (il quale testualmente recita che *"salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479 c.c."*).

L'attribuzione di particolari diritti in tema di amministrazione consente di dar vita nella s.r.l. ad un modello di *governance* che si differenzia totalmente da quello tipico della S.p.A. dove la "gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori" (art. 2380-bis c.c.)<sup>(6)</sup>.

Rientrano, a pieno titolo, nella categoria *de qua* sia i diritti inerenti la nomina dei componenti dell'organo amministrativo che quelli relativi al compimento di atti di gestione.

Quanto ai primi, esempi di particolari diritti attribuibili al socio sono:

a) il diritto di designare le persone nell'ambito delle quali i soci devono scegliere gli amministratori o alcuni di essi<sup>(7)</sup>;

b) il diritto di esprimere il gradimento circa le persone designate o nominate dagli altri soci<sup>(8)</sup> o di revocarli;

c) il diritto di nominare uno o più amministratori in via diretta, e cioè in modo extra-assembleare o senza decisione dei soci. Diritto, questo, che nonostante i dubbi avanzati e, per di

più, connessi al preteso contrasto con l'art. 2479, 2° comma, n. 2, c.c.<sup>(9)</sup> viene, tuttavia, ammesso dall'orientamento dottrinario prevalente sulla base del carattere derogabile nonché della preminenza – nel coordinamento con la predetta disposizione – dell'art. 2475, 1° comma, c.c. il quale stabilisce che “*salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione presa ai sensi dell'art. 2479 c.c.*”<sup>(10)</sup>.

d) il diritto di ricoprire, anche personalmente, la carica di amministratore per un determinato periodo di tempo (o senza limiti di tempo), indipendentemente dalla misura della propria partecipazione al capitale sociale<sup>(11)</sup> ed eventualmente anche senza alcuna nomina (come avviene per i soci nelle società di persone)<sup>(12)</sup>.

Vanno, invece, annoverati tra i secondi, e cioè tra i diritti relativi al compimento di atti di gestione:

a) il diritto ad essere richiesti di autorizzazioni preventive, di veto o, addirittura, di decisione, in ordine al compimento di determinate operazioni gestorie (*ex multis*: acquisto o alienazione di immobili o diritti reali immobiliari; iscrizione di ipoteche su beni immobili sociali; cessione o affitto di azienda o di rami di essa), a prescindere dal fatto che si ricopra o meno la carica di amministratore. Ferme restando in questa ipotesi, però, le possibili ricadute per il socio sotto il profilo della responsabilità (arg. ex art. 2476, 7° comma, c.c. per il quale “sono responsabili in solido con gli amministratori i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi”)<sup>(13)</sup>.

b) il diritto di opposizione per determinate tipologie di atti di gestione, ancorché il socio non sia investito del potere di amministrare, al pari di quanto disposto dall'art. 2257 c.c. nelle società personali per l'amministrazione disgiuntiva<sup>(14)</sup>.

*Prima facie*, quindi, sembra che l'autonomia statutaria non incontri alcun limite nella previsione di “particolari diritti riguardanti l'amministrazione” da attribuire ai singoli soci.

In tale ambito, infatti, le parti potranno strutturare – con un rilevante margine di libertà – l'organizzazione interna della società riproducendo modelli tipicamente personalistici ovvero affidando ai soci piuttosto che all'organo sociale il potere di amministrare.

In realtà, si sostiene, un limite invalicabile sussiste ed è quello che emerge palesemente dal dettato normativo ovvero dall'ultimo comma dell'art. 2475 c.c..

Nella specie, si osserva, vi sono delle attribuzioni che sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo: la redazione del progetto di bilancio, la redazione del progetto di fusione e di scissione e la decisione di aumento del capitale delegato.

L'espressione utilizzata dal legislatore "in ogni caso" lascia, infatti, intendere che ogni diversa previsione sul punto sarebbe inammissibile. Dal ch  dovrebbe, inoltre, dedursi che l'autonomia statutaria, per tali specifiche competenze o attribuzioni, non possa sottrarre la decisione all'organo amministrativo per rimetterla ad un socio oppure riservare veti a taluno dei soci<sup>(15)</sup>.

Relativamente ai diritti riguardanti la distribuzione degli utili, i soci potranno modellare tali privilegi secondo svariate opzioni come, tra l'altro, gi  consentito dalla previgente disciplina (l'art. 2492, 1° comma, c.c. vecchio testo stabiliva che: "*salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, la ripartizione degli utili ai soci   fatta in proporzione delle rispettive quote di conferimento*")<sup>(16)</sup> fatti salvi chiaramente, come sotto meglio precisato, i limiti posti dall'ordinamento.

A tal proposito, soccorre anzitutto il divieto del patto leonino (previsto dall'art. 2265 C.C., con norma dedicata alle societ  semplici ma per concorde opinione – bench  non unanime – espressione di un principio pi  ampio e generale destinato a permeare di s  l'intera materia societaria).

Ne segue che, dovendo considerarsi illegittime e invalide le clausole statutarie che, anche soltanto in fatto, escludano uno o taluno dei soci da qualsivoglia partecipazione agli utili, devono considerarsi inammissibili clausole che attribuiscono ad uno o taluno dei soci un particolare diritto agli utili tale da minare (o addirittura escludere) il diritto di uno o pi  altri alla partecipazione agli stessi.

Altro limite deve rinvenirsi nello schema causale del contratto sociale ex art. 2247 C.C. e segnatamente nella sopportazione del rischio dell'impresa organizzata in forma societaria. Tale circostanza vale a significare che il socio   essenzialmente esposto al rischio della mancata fruizione degli utili e, pertanto, impone che la sua remunerazione sia costituita da una partecipazione al risultato (positivo) d'esercizio: dunque, una remunerazione in forma di "utile" e non gi  invece di "interesse" (tipica piuttosto della partecipazione al capitale di debito). Tra l'altro, a rigore, tali ultime forme di remunerazione neppure paiono rientrare nella previsione dell'art. 2468, 3° comma, c.c. (che tratta di *particolari diritti riguardanti la distribuzione degli utili*), tali non potendo considerarsi le somme di denaro da erogarsi, a scadenza periodica (magari annuale in coincidenza con la chiusura dell'esercizio), in termini fissi o indicizzati, a prescindere dal risultato d'esercizio. Di conseguenza saranno inammissibili clausole statutarie che attribuiscono al socio il diritto alla fruizione di una somma fissa, da erogarsi annualmente, a prescindere dal risultato positivo d'esercizio.

Fermi i limiti anzidetti, in tale ambito l'autonomia negoziale pu  esplicarsi sotto innumerevoli forme.

a) Il diritto del socio di conseguire una quota di utili netti (cioè risultanti da bilancio regolarmente approvato, al netto degli accantonamenti a riserva – legale o statutaria) espressa in una cifra nominale prefissata in moneta avente corso legale (salvi restando i limiti di cui sopra);

b) il diritto del socio di conseguire una quota prefissata di utili netti espressa in percentuale, a prescindere dall'entità della propria partecipazione al capitale sociale (nel qual caso il privilegio attiene alla misura della remunerazione);

c) il diritto del socio di conseguire in via prioritaria rispetto agli altri soci una quota percentuale (prefissata anch'essa in via particolare) ovvero la sua quota (in quanto proporzionale alla partecipazione) di utili netti (nel qual caso il privilegio attiene alla priorità nella remunerazione).

Resta da chiarire se debba necessariamente trattarsi di "*utili distribuibili*", ovvero risultanti all'esito di una formale decisione di distribuzione dei soci, o se piuttosto possa trattarsi anche di "*utili conseguiti*", ossia risultanti da bilancio regolarmente approvato ma spettanti al socio prima e a prescindere da una decisione di distribuzione (che ex art. 2479, 2° comma n.1, c.c. è riservata alla competenza dei soci).

Non si dimentichi che mentre nelle società di persone il diritto alla percezione degli utili sorge in capo al socio con la mera approvazione del rendiconto (art. 2262 c.c.), nelle società di capitali la distribuzione degli stessi, e dunque il diritto di credito del socio, sorge con la deliberazione di distribuzione (art. 2433 in tema di SPA; art. 2478bis 3° comma e 2479, 2° comma n.1, per la s.r.l.).

Nelle società di capitali, infatti, vale in materia di diritto agli utili la regola secondo cui è l'assemblea che approva il bilancio a decidere in ordine al se ed in che misura distribuire gli utili (artt. 2433 c.c. e 2478-bis c.c.).

Tuttavia alcuni dati normativi hanno sempre fatto discutere della possibilità di deroga di tale principio anche nelle società di capitali.

In materia di S.P.A. la questione si pone nella necessità di coordinare l'art. 2433 c.c. (che pone il principio per cui la deliberazione sulla distribuzione degli utili è adottata dall'assemblea che approva il bilancio) e l'art. 2328, 2° comma n. 7, c.c. (per cui l'atto costitutivo deve indicare le norme secondo cui gli utili devono essere ripartiti) circa l'ammissibilità di clausole che, pur con varie formulazioni, consentano, detratte le riserve di vario tipo, che gli utili o una percentuale di essi siano distribuiti ai soci, salvo che l'assemblea non deliberi il loro accantonamento.

In dottrina<sup>(17)</sup> si ammette la validità di tali clausole, sia pure con due diverse interpretazioni:

1. un primo orientamento <sup>(18)</sup> ritiene che tali clausole attribuiscono al socio un diritto alla percezione dell'utile in conseguenza del solo fatto negativo che non si sia deliberato in senso contrario;

2. un secondo orientamento <sup>(19)</sup> ritiene sempre necessaria una delibera positiva di distribuzione degli utili, sostenendo che ruolo della suddetta clausola sia solo quello di imporre alla società ed alla maggioranza assembleare un onere di motivazione della decisione di non distribuire gli utili.

Inoltre, la Legge n. 216 del 1974 già aveva ipotizzato per gli azionisti di risparmio un diritto di credito agli utili con la mera approvazione del bilancio d'esercizio.

Per quanto riguarda la s.r.l., ante Riforma, l'art. 2492 1° comma c.c. vecchio testo stabiliva che *“salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, la ripartizione degli utili ai soci è fatta in proporzione delle rispettive quote di conferimento”*, e quindi era già consentita una deroga statutaria alla proporzionalità della ripartizione degli utili.

Con la Riforma, invece, manca una norma analoga a quella dell'art. 2328 n. 7 c.c., né pare potersi rinviare per analogia a quella disposizione, ove si condivida l'idea di fondo della Riforma qual è quella di rendere la nuova s.r.l. autonoma. Inoltre, il nuovo art. 2468, 3° comma, c.c. parla di diritto riguardante la distribuzione degli utili, e pertanto sembra ipotizzare sia un'eccezione quantitativa che una eccezione procedimentale al diritto proporzionale della distribuzione degli utili. Sembra dunque potersi ipotizzare sia la possibilità di configurare un diritto agli utili non proporzionale alla partecipazione al capitale che si esprima in termini di priorità o di misura, come sopra precisato.

Ma, anche, sembra potersi ipotizzare un diritto alla distribuzione – con le modalità sopra precisate – con la mera approvazione del bilancio d'esercizio, e quindi, in deroga al meccanismo legale previsto dall'art. 2478 bis e dall'art. 2479 2° comma c.c., ipotizzando un inserimento diretto nel tessuto statutario del disposto dell'art. 2262 c.c., nell'ottica di un procedimento di personalizzazione della s.r.l., che appunto si realizza mediante l'inserzione statutaria di istituti e corpi normativi propri delle società di persone <sup>(20)</sup>.

Si noti, peraltro, che una recente sentenza della Suprema Corte (Cass. 29 Gennaio 2008 n. 2020) ha incidentalmente deciso che anche nelle s.r.l. il diritto alla ripartizione degli utili sorge solo con l'adozione della relativa delibera. Pertanto, sicuramente ammissibile sarà la clausola statutaria in cui il diritto particolare agli utili viene comunque fatto dipendere da una decisione dei soci di distribuzione degli stessi ex art. 2479, 2° comma n. 1, c.c..

Seppur in via dubitativa - soprattutto in funzione del fatto che un diritto particolare agli utili potrebbe essere privato della sua efficacia in concreto dalla decisione dei soci di distribuzione degli utili medesimi, ove tale decisione sia da assumersi con le normali regole della proporzionalità – si potrebbe ipotizzare che la decisione di distribuzione degli utili possa essere incorporata nel diritto particolare stesso quale modalità di estrinsecazione del medesimo attraverso modalità di voto non proporzionale (sul quale v. *amplius* § 2.2, lett. h) , e quindi sostanzialmente in capo al socio titolare del diritto particolare. In tal modo, da un lato, si rispetterebbe il principio affermato dalla Suprema Corte per le società di capitali, e, dall'altro, si conformerebbe tale principio alla struttura personalistica della s.r.l., nel pieno rispetto delle intenzioni del Legislatore.

## **2.2. Ipotesi dubbie di particolari diritti**

Accogliendo un'interpretazione estensiva del precetto normativo di cui all'art. 2468, 3° comma c.c. potrebbe, inoltre, ipotizzarsi l'attribuzione al singolo socio di altri diritti particolari solo indirettamente riconducibili a quelli appena individuati riguardanti l'amministrazione della società e la distribuzione degli utili.

Tra questi, ad esempio:

a) il diritto particolare del socio a partecipare alla distribuzione della riserve disponibili formatesi nel tempo con l'utile non distribuito <sup>(21)</sup>. Diritto questo che, si dice, essere indubbiamente ricompreso nel "tipico" diritto particolare agli utili <sup>(22)</sup>, laddove, però, questo fosse statutariamente configurato come diritto all'utile distribuibile, dato che solo in questo caso l'utile non sarebbe mai stato distribuito ma sempre accantonato interamente a riserva.

E, quindi, trattandosi di una distribuzione di utili seppur differita sarebbe legittimo ritenere che il diritto particolare consenta la partecipazione alla distribuzione della riserva.

Problema inverso si pone nell'ipotesi in cui il diritto particolare sia previsto come diritto all'utile conseguito poiché in questa seconda ipotesi una distribuzione parziale di utili vi sarebbe già stata <sup>(23)</sup>. In altri termini la domanda che si pone è se, in tale caso, sull'eventuale riserva formata con l'utile non distribuito (spettante agli altri soci) partecipi o meno il socio titolare del particolare diritto all'utile conseguito.

Salvo ad ammettere la creazione di una riserva targata a favore dei restanti soci anche in mancanza di un'espressa indicazione statutaria, sarebbe preferibile ritenere che, in questo secondo caso, la riserva formata vada a beneficio di tutti i soci anche di quello titolare del diritto particolare all'utile di bilancio <sup>(24)</sup>.



b) Il diritto particolare alla quota di liquidazione. La fattispecie *de qua* viene ammessa dalla dottrina prevalente sul presupposto che l'avanzo netto di liquidazione altro non sia che utile accantonato e non distribuito<sup>(25)</sup>.

Quindi, sarà possibile riservare al socio una porzione di attivo residuo più o meno che proporzionale rispetto alla propria partecipazione sociale (e, comunque, sempre nel rispetto del limite fissato dall'art. 2265 c.c.), oppure, ancora, riconoscergli il diritto ad una liquidazione in natura della quota attraverso l'assegnazione di un dato bene o categorie di beni in natura eventualmente ancora presenti nel patrimonio della società una volta soddisfatti i creditori sociali<sup>(26)</sup>.

c) Il diritto particolare alla postergazione delle perdite cioè il diritto a vedersi ridotta/annullata la propria partecipazione solo dopo, che per effetto delle perdite, siano state annullate le quote degli altri soci.

Sul punto la dottrina appare divisa.

Alcuni, infatti, ritengono che diversamente dalla S.p.A. ove è espressamente ammessa la categoria speciale delle azioni postergate (art. 2348, 2° comma, c.c.) nella s.r.l. siffatta possibilità sarebbe da escludere perché in contrasto con la previsione dell'art. 2482-*quater* c.c., secondo cui *"in tutti i casi di riduzione del capitale per perdite è esclusa ogni modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti dei soci"* e, quindi, con il principio dalla stessa desumibile della immodificabilità della quota di partecipazione al capitale sociale<sup>(27)</sup>.

Perciò, si sostiene, poiché uno degli effetti della postergazione nelle perdite è proprio la riduzione del valore delle quote di partecipazione di determinati soci (ossia di quelli non "privilegiati") fino al limite del loro annullamento integrale, non è possibile conciliare tale effetto con l'esigenza che la partecipazione di ogni socio al capitale sociale resti immutata<sup>(28)</sup>.

Altri, invece, ammettono la configurazione di tale particolare diritto ritenendo la disposizione di cui all'art. 2482-*quater* c.c. derogabile all'unanimità in quanto posta a tutela di interessi esclusivamente interni dei soci e come tale disponibile<sup>(29)</sup>.

Conclusione questa che – secondo la riportata opinione – troverebbe conferma in due Massime Notarili: la prima del Comitato Triveneto dei Notai (I.G.24 – 1° pubbl. 9/06)<sup>(30)</sup>, per la quale sarebbe possibile con il consenso di tutti i soci deliberare la riduzione per perdite del capitale sociale in misura non proporzionale rispetto alle singole partecipazioni essendo il disposto dell'art. 2482-*quater*, c.c. applicabile alle sole delibere adottate a maggioranza; la seconda, invece, del Consiglio Notarile di Milano (n. 40/2004)<sup>(31)</sup> in cui, si legge, che l'art. 2482-*quater* c.c. regola gli effetti "normali" della deliberazione di riduzione del capitale per perdite nella s.r.l., ma non

impedisce che, a monte, l'atto costitutivo possa prevedere per uno o più soci una diversa incidenza delle perdite sulla propria partecipazione sociale, al pari di quanto disposto dall'art. 2348, 2° comma, c.c. per le s.p.a.

D'altronde, prosegue la massima, il fatto che in tale norma non possa essere rinvenuto alcun principio inderogabile viene, altresì, dimostrato dal confronto del tipo s.r.l. con gli altri tipi sociali, laddove il Legislatore riconosce esplicitamente (artt. 2348 c.c. per le S.p.A. e 2263 c.c. per le società personali) la possibilità di prevedere pattiziamente una diversa incidenza delle perdite della società su alcune partecipazioni rispetto ad altre.

In altri termini, si dice, non è dato rinvenire nel sistema normativo una plausibile ragione, "affinché si debba ritenere vietato tale risultato anche nella s.r.l., la cui disciplina dovrebbe anzi caratterizzarsi, rispetto alla s.p.a, da un maggior grado di derogabilità rispetto al modello legale"<sup>(32)</sup>.

d) Il diritto particolare di opzione in sede di aumento del capitale sociale a pagamento nonché all'accrescimento della quota in misura non proporzionale a fronte di un aumento gratuito del capitale.

Sull'ammissibilità a favore di un socio di privilegi così formulati non vi è, però, unanimità di consensi.

Parte della dottrina, infatti, ne ammette la previsione per il fatto che non sarebbe dato rinvenire nell'ordinamento alcuna norma imperativa propria del tipo s.r.l. che sia in tal senso di ostacolo. In particolare, si sostiene, anche il principio di parità di trattamento dei soci, espresso in materia di aumento a pagamento ed aumento gratuito del capitale sociale rispettivamente negli artt. 2481-*bis* c.c. e 2481-*ter* c.c., sarebbe comunque derogabile in via preventiva dai soci<sup>(33)</sup>.

In teoria, dunque, in tema di aumento a pagamento, potrebbe assegnarsi al socio il particolare diritto consistente nell'attribuzione solo a lui del diritto di opzione anche qualora la delibera di aumento del capitale, unitamente ad un'idonea previsione dell'atto costitutivo, non riconosca agli altri soci l'opzione, o ancora il diritto di sottoscrivere l'aumento del capitale – in deroga al citato art. 2481-*bis* c.c. – in misura non proporzionale alla propria partecipazione<sup>(34)</sup>.

Diversamente conclude, invece, chi ritiene – seppur relativamente all'aumento gratuito – che il disposto dell'art. 2481-*ter* c.c. abbia un chiaro contenuto imperativo e, quindi, nient'affatto derogabile.

La ragione, si osserva, riposa su un ragionamento ben preciso: "le riserve come ricchezza sociale appartengono alla società, la quale è libera di utilizzarle nell'attività gestionale sotto la responsabilità degli organi che ne hanno il relativo potere. Se tali ricchezze, tuttavia, devono

utilizzarsi per la riorganizzazione dell'ente stesso, devono giovare a tutti i soci senza che l'organizzazione ne subisca alterazioni" <sup>(35)</sup>.

Al limite la possibilità di una partecipazione privilegiata all'aumento gratuito potrebbe essere consentita se si utilizzasse la riserva formata da utili non distribuiti in presenza di un particolare diritto all'utile (distribuibile) attribuito ad un singolo socio, in quanto tale diritto diventa esercitabile proprio nel momento in cui la società decide di imputare a capitale la riserva così formata, distribuendo di fatto l'utile accantonato.

e) Il diritto particolare di recesso.

Nessuno dubita circa la possibilità di creare una sorta di recesso *ad personam* attribuendo, cioè, ad un solo socio il diritto di recedere considerato che, come noto, l'art. 2473 c.c. lascia ai soci un ampio margine di movimento nella determinazione delle cause volontarie di recesso, vincolandoli solo quanto alle tecniche di liquidazione poste a tutela dei creditori sociali <sup>(36)</sup>.

f) Il diritto particolare di prelazione ovvero il diritto di un determinato socio ad esprimere il proprio gradimento in caso di cessione (totale o parziale) della partecipazione sociale da parte di uno degli altri soci.

L'ammissibilità di entrambe le fattispecie non sembra sollevare particolari problemi <sup>(37)</sup>. Ed una conferma in tal senso proviene anche da una recente Massima Milanese (n. 95/2007) <sup>(38)</sup> ove, si legge, che in nome dell'autonomia statutaria riconosciuta ai soci dalla riforma societaria in merito al possibile contenuto delle partecipazioni sociali, è legittimo differenziare, nell'ambito della medesima compagine sociale, il regime di circolazione delle partecipazioni sociali ossia prevedere delle clausole limitative alla loro circolazione (ad es. prelazione e gradimento) che siano, però, applicabili solo a singoli soci (o a determinate categorie di azioni). In queste circostanze, prosegue, la Massima "il diverso regime che nella S.p.A. dà luogo a diverse categorie di azioni ai sensi dell'art. 2348 c.c., nella s.r.l., invece, dà vita a diritti particolari dei soci ai sensi dell'art. 2468 c.c., spettanti ai singoli soci cui si applica il diverso regime di circolazione".

A ulteriore prova viene, inoltre, invocato lo stesso disposto legislativo e, precisamente, l'art. 2469, 2° comma, c.c. il quale, subordinando il trasferimento della quota al "gradimento di organi sociali, di (e non *dei*) soci o di terzi", pare, appunto, consentire l'attribuzione della prerogativa di esprimere il proprio *placet* sul trasferimento della quota solo ad alcuni soci o addirittura ad uno solo di essi <sup>(39)</sup>.

Tuttavia sulla possibilità di qualificare il gradimento attribuito a soci ex art. 2469 c.c. come particolare diritto, qualche dubbio almeno in questa sede sussiste. Si tratta, infatti, esclusivamente di una limitazione alla circolazione della quota legislativamente disciplinata.

D'altra parte se l'espressione del *placet* fosse attribuita a "terzi" non si potrebbe qualificare tale potere come diritto particolare non essendo, appunto, il titolare un socio.

Pertanto, la qualificazione giuridica di tale potere non può dipendere dalla posizione giuridica del suo titolare.

g) Il diritto a contrattare con la società a condizioni privilegiate.

Sulla possibilità di creare un siffatto particolare diritto le opinioni divergono. Se per un verso, infatti, parte della dottrina <sup>(40)</sup> è concorde nell'estendere i particolari diritti patrimoniali alla configurazione di privilegi nella contrattazione con la società per altro verso, poi, ne viene esclusa l'ammissibilità in considerazione del fatto che trattasi di diritto totalmente estraneo sia al contratto di società che ai diritti sociali che ne derivano in quanto relativo ai contratti extra-sociali conclusi dall'organo amministrativo e dei quali quest'ultimo è chiamato a rispondere nei confronti dei soci *ex art. 2476 c.c.* <sup>(41)</sup>

h) Il diritto di voto non proporzionale alla partecipazione sociale.

Si tratta della possibilità di attribuire a singoli soci di una s.r.l il diritto di esprimere un voto in misura non proporzionale alla partecipazione sociale da ciascuno di essi detenuta ossia un diritto di voto con un'incidenza maggiore o minore – ai fini del calcolo dei quorum – rispetto al peso proporzionale della partecipazione <sup>(42)</sup>.

L'ipotesi appena enunciata è alquanto controversa.

L'opinione prevalente in dottrina ne esclude la legittimità ritenendo che l'art. 2479, 5° comma, c.c. per il quale "ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo" ed "il suo voto vale in misura proporzionale alla sua partecipazione" sia espressione di un principio inderogabile della nuova s.r.l. <sup>(43)</sup>

Un orientamento intermedio ammette la deroga alla proporzionalità del voto ma nelle sole materie di cui al 3° comma dell'art. 2468 c.c. <sup>(44)</sup> L'attribuzione del voto non proporzionale sarebbe cioè consentita esclusivamente nelle materie riguardanti scelte decisionali quali, ad esempio, quelle relative all'amministrazione della società <sup>(45)</sup>. In altri termini se è possibile che l'amministratore – ovvero la maggioranza o la totalità degli amministratori – venga nominato (o revocato) direttamente da un socio, a maggior ragione nessun ostacolo può essere individuato nell'ipotesi in cui ad un socio sia specificatamente attribuito un diritto di voto non proporzionale nella delibera di nomina (o di revoca) dello stesso <sup>(46)</sup>. Secondo una posizione più recente, invece, la fattispecie in esame potrebbe ritenersi plausibile <sup>(47)</sup> innanzitutto per il carattere estremamente elastico e duttile del tipo s.r.l. nel quale vi è l'esaltazione massima dell'autonomia contrattuale e secondariamente perché la previsione legislativa di cui all'art. 2479, 5° comma, c.c. potrebbe

essere derogata stante la mancata riproduzione nella s.r.l. del divieto di emissione di azioni a voto plurimo previsto in materia di S.p.A. ex art. 2351, 4° comma, c.c. norma questa che, comunque, consente una limitazione del diritto di voto<sup>(48)</sup>.

Altre argomentazioni, sempre a sostegno della tesi positiva, potrebbero inoltre rinvenirsi dall'esame delle norme relative alle società di persone e alle società cooperative. Quanto alle prime, il riferimento è a quelle disposizioni (artt. 2257, 2258 e 2252 c.c.) che sembrano consentire senza troppi dubbi la possibilità che nelle società di persone il diritto di voto (nella duplice accezione di espressione del potere di amministrare dei soci e di partecipazione volontaria alle modifiche dell'atto costitutivo) possa essere conformato alle esigenze concrete dei soci (artt. 2257, 2258 e 2252 c.c.). La diversa previsione dell'atto costitutivo di cui all'art. 2252 c.c. potrebbe essere interpretata sia nel senso di prevedere la possibilità di una modifica del contratto sociale assunta a maggioranza<sup>(49)</sup>, sia nel senso, altresì, di consentire un peso del voto differenziato tra i vari soci e, quindi, non proporzionale al conferimento effettuato<sup>(50)</sup>.

Senza contare che già le maggioranze previste dagli artt. 2257 e 2258 c.c., sebbene riguardanti aspetti relativi all'amministrazione, sono maggioranze determinate per quote di interesse e come tali potrebbero essere non proporzionali alla quota di partecipazione al capitale sociale.

Quanto alle seconde, il richiamo è all'art. 2538 c.c. il quale, nel contemplare ipotesi di voto plurimo che ben si coniugano con il sistema collegiale che regola l'assunzione delle decisioni assembleari delle cooperative<sup>(51)</sup>, evidenzia che la deroga al principio di proporzionalità tra diritto di voto e partecipazione sociale non svuoterebbe di significato la previsione sulla necessità del metodo collegiale contenuta nell'art. 2479, 4° comma c.c..<sup>(52)</sup>

Le riflessioni appena svolte indurrebbero ad affermare che se non si consentisse l'attribuzione del diritto di voto in misura non proporzionale alla partecipazione anche nella s.r.l., quest'ultima finirebbe col divenire un tipo sociale caratterizzato da un'estrema rigidità in aperto contrasto con lo spirito del legislatore<sup>(53)</sup>.

D'altra parte, già prima della novella, si è correttamente osservato come una clausola che rafforzi l'intensità della partecipazione del singolo socio alla formazione della volontà collettiva sembrerebbe "perfettamente omogenea rispetto ad una figura la quale, facendo più spazio alla persona di quanto non accada nelle società per azioni, consente di variare le posizioni soggettive (amministrative come patrimoniali) in relazione all'importanza che ciascun socio riveste per la collettività, anziché commisurarle rigidamente all'entità dei rispettivi conferimenti"<sup>(54)</sup>

Ma vi è di più. Nessuno discute della possibilità di un'attribuzione della partecipazione non proporzionale al conferimento. Se in una tale ipotesi si prevedesse, altresì, un diritto particolare alla distribuzione degli utili per quei soci che in sede di conferimento si sono visti attribuire una quota di partecipazione inferiore (ed eventualmente un diritto di opzione e di liquidazione non proporzionale), in modo da riportare la partecipazione agli utili proporzionale all'effettivo conferimento effettuato, si sarebbe ottenuto sostanzialmente un diritto di voto non proporzionale <sup>(55)</sup>.

Se tale operazione è da ritenersi senz'altro ammissibile non si vedrebbe per quale motivo negare la previsione diretta di un diritto particolare di voto non proporzionale ritenendo, pertanto, la regola di cui all'art. 2479, 5° comma, c.c. inderogabile nella sola parte in cui contempla il diritto di ciascun socio di partecipare alle decisioni, e non anche laddove statuisce che il voto spetta in misura proporzionale alla partecipazione <sup>(56)</sup>.

i) Il diritto di nominare l'organo di liquidazione o di rivestirne la carica.

Se, come precedentemente visto, rientrano tra le ipotesi pacificamente ammesse quelle del diritto di nominare l'organo amministrativo o di rivestire la carica di amministratore, ben diversa potrebbe essere la conclusione riguardo alla possibilità di nominare o di rivestire la carica di liquidatore, ove la società versi in stato di scioglimento.

Infatti, l'art. 2468, 3° comma, c.c. deve essere coordinato con l'art. 2487 c.c. nella parte in cui consente che l'atto costitutivo o lo statuto prevedano già le disposizioni di cui alle lettere a), b) e c) del medesimo articolo e quindi l'individuazione – anche nominativa – del soggetto/dei soggetti che dovrà/dovranno ricoprire l'ufficio di liquidatore <sup>(57)</sup>.

Un primo problema interpretativo deriva dal fatto che il Legislatore, dopo aver dettato una disciplina ispirata a differenti principi per la S.p.A. e la s.r.l., detta invece una disciplina unitaria per lo scioglimento delle società di capitali.

Parte della dottrina desume da tale tecnica legislativa nonché dai vari principi dettati nel Capo VIII (artt. 2484 – 2496 c.c.) l'esistenza di un principio di necessaria unitarietà di disciplina a tutela di un interesse di natura pubblicistica del corretto svolgimento della procedura di liquidazione, fino alla cancellazione della società <sup>(58)</sup>. Corollario di tale impostazione è la limitazione dell'autonomia statutaria nei soli ambiti consentiti dal medesimo corpo normativo e, quindi, l'impossibilità di replicare per la società che si trova in stato di scioglimento quegli adattamenti statutari personalizzanti, invece, normalmente consentiti in fase ordinaria. Sempre conseguenza di tale diversa lettura è l'interpretazione che si dà all'art. 2488 c.c. nella parte in cui prevede che *“le disposizioni (...) sugli organi amministrativi (...) si applicano, in quanto compatibili, anche durante*

la liquidazione.” Mentre una parte della dottrina la ritiene contraddittoria o di difficile comprensione alla luce dell’art. 2487-bis, 3° comma, c.c. <sup>(59)</sup>, per altra parte della dottrina <sup>(60)</sup> il richiamo all’organo amministrativo sarebbe da intendere nel senso dell’applicabilità ai liquidatori dell’intero statuto dell’organo amministrativo.

E’ evidente che con la prima impostazione non sarebbe ammissibile un diritto particolare di nominare o di rivestire la carica di liquidatore, in quanto la previsione statutaria della individuazione della persona del liquidatore dovrebbe ricadere necessariamente nella disciplina dell’art. 2487 c.c. (che sembrerebbe rimettere alla decisione dei soci la scelta del soggetto che deve ricoprire la carica in questione). Ove, invece, si abbracci la diversa interpretazione dell’art. 2488 c.c. sarebbe possibile “personalizzare” anche l’organo di liquidazione con applicazione allo stesso delle medesime regole statutarie previste per la società in fase ordinaria, attribuendo pertanto al singolo socio il diritto particolare di nominare l’organo di liquidazione ovvero di rivestirne la carica al pari di quanto accade per l’amministrazione. Aderendo a questa impostazione si potrebbe, altresì, ipotizzare un diritto particolare ad essere richiesti di autorizzazioni preventive, di veto o, perfino, di decisione, in ordine al compimento di determinate operazioni liquidatorie, entro i limiti chiaramente di compatibilità con le finalità proprie della liquidazione.

l) Il diritto di nominare o di rivestire la carica di sindaco.

Relativamente a tale ipotesi la norma, che sembrerebbe escludere tale possibilità, è rappresentata dall’art. 2479, 2° comma, n. 3, c.c. che riserva alla competenza dei soci la nomina nei casi previsti dall’art. 2477 c.c. dei sindaci e del presidente del collegio sindacale o del revisore. Si tratterebbe, in altri termini, di una competenza inderogabilmente riservata ai soci.

Tuttavia, muovendo dall’interpretazione estensiva dei diritti particolari (v. STUDIO N. 138-2011/I, § 3) è plausibile ritenere, così come sostenuto da autorevole dottrina, che anche la scelta dell’organo di controllo possa rientrare nell’ampia categoria dei diritti relativi all’amministrazione che costituirebbero un’espressa deroga alla riserva di competenza fissata dal citato art. 2479, 2° comma, n. 3, c.c.. <sup>(61)</sup>

### **3. L’inerzia del titolare del diritto particolare. La rinuncia all’esercizio del diritto particolare: regime legale ed autonomia statutaria**

L’esame dell’istituto dei diritti particolari non può prescindere dall’analisi delle conseguenze che possono derivare dal mancato esercizio del diritto particolare da parte del socio che ne sia titolare.

Muovendo dalla rilevanza organizzativa del diritto particolare ex art. 2468, 3° comma, c.c. (v. STUDIO N. 138-2011/I, § 4), sembra potersi affermare che esso costituisca non solo una prerogativa del socio bensì anche un suo “dovere”, inteso quale esercizio dello stesso secondo buona fede o correttezza del contratto sociale dal quale il medesimo promana<sup>(62)</sup>.

Se, dunque, da un lato il diritto particolare (in specie, quello che attiene all’amministrazione della società) non può essere esercitato in modo da arrecare danno alla società, dall’altro lato appare quanto meno dubbio che il mancato esercizio di esso sia totalmente privo di rilevanza.

Il socio non potrebbe (o quanto meno non sempre potrebbe) liberamente astenersi dall’esercitare il suo diritto particolare: ciò può fare ove tale suo comportamento omissivo incida esclusivamente sulla propria sfera economica e giuridica, non discendendo conseguenze negative per la società e gli altri soci (si pensi, soprattutto, ai diritti che riguardano la distribuzione degli utili); mentre non altrettanto vale per il caso in cui sia foriero di conseguenze pregiudizievoli (si pensi ai diritti relativi all’amministrazione della società, e in particolare, al diritto di nomina degli amministratori).

Ci si domanda se nel silenzio dell’atto costitutivo/statuto sia possibile rinvenire una risposta al mancato esercizio del diritto particolare da parte del socio suo titolare direttamente nel sistema. In questa direzione non pare potersi ritrovare una soluzione univoca, risultando invece la stessa diversa in ragione della differente portata del diritto di che trattasi.

Se si considerano i diritti riguardanti la distribuzione degli utili (privilegio attinente - come abbiamo visto - alla misura o alla priorità nella attribuzione degli utili), per il caso di mancato esercizio da parte del socio titolare, la soluzione può rinvenirsi nell’art. 2949 c.c. che sancisce la prescrizione del credito con il decorso di 5 anni.

Se si considerano i diritti riguardanti l’amministrazione della società, il comportamento inerte del socio può, invece, arrecare grave pregiudizio alla società, finanche giungendo a paralizzarne l’attività.

Considerato che il diritto particolare soddisfa il complesso assetto di interessi quale emerge dal contratto sociale e quindi non solo l’interesse del suo titolare ma anche quello degli altri soci, l’inerzia nell’esercizio dello stesso potrebbe giustificare la reazione degli altri soci, nel rispetto delle regole organizzative societarie e in particolare della disciplina dei particolari diritti<sup>(63)</sup>.

Vigente la regola legale della modificabilità all’unanimità, l’eventuale impossibilità degli altri soci di poter reagire sul piano dell’organizzazione sembrerebbe condurre alla conclusione che quando il mancato esercizio del diritto particolare pregiudichi l’operatività della società, unica conseguenza sia lo scioglimento della società per il sopravvenire della causa di impossibilità di



conseguimento dell'oggetto sociale (ex art. 2484 1° comma n. 2 c.c.) ovvero per decisione espressa dei soci ai sensi dell'art. 2484 1° comma n. 6 c.c., purchè i medesimi abbiano la necessaria maggioranza.

Vigente, invece, la regola della modificabilità a maggioranza, gli altri soci potrebbero anche agire con decisioni volte, direttamente o indirettamente, a modificare il diritto particolare onde consentire alla società di superare l'impasse, salvo l'applicabilità a tali ipotesi del diritto di recesso del socio titolare del diritto particolare.<sup>(64)</sup>

Si potrebbe ipotizzare che l'omissione (cosciente e consapevole) del socio conduca alla estinzione assoluta e definitiva del diritto particolare o, piuttosto, alla estinzione relativa e provvisoria (cioè limitatamente al caso di specie) con conseguente concentrazione della prerogativa in capo agli altri soci, prefigurandosi un loro intervento "sostitutivo" ritenendo operante una sorta di meccanismo automatico di ripristino delle regole generali di funzionamento dell'organizzazione sociale in luogo della regola organizzativa di immunità<sup>(65)</sup> che concretizza il diritto particolare.

Senonché tali soluzioni non paiono di facile applicazione.

E' pertanto opportuno che, in sede di redazione dello statuto, anche l'ipotesi del mancato esercizio del particolare diritto da parte del socio titolare venga adeguatamente regolata. Tale ipotesi potrà essere statutariamente prevista – per esempio – come legittimante il ricorso all'istituto della esclusione del socio (ex art. 2473 bis c.c.), ferma restando la diretta responsabilità del socio per i danni eventualmente cagionati alla società dall'inerzia nel rispetto dei principi generali di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.).

Eventualmente potrà essere prevista una condizione risolutiva<sup>(66)</sup> del diritto in ipotesi del suo mancato esercizio entro termini prefissati con conseguente caducazione permanente dello stesso a scopo sanzionatorio; ovvero, anche, il momentaneo congelamento del diritto con competenza sussidiaria della collettività dei soci e quindi il temporaneo ripristino delle normali regole di cui agli artt. 2479 c.c., con l'eventuale aggiunta di meccanismi contrattuali sanzionatori, quali penali per il ritardo nell'esercizio del diritto, a carico del socio titolare.

Altra questione è quella dell'ammissibilità e degli effetti della rinuncia (abdicativa) da parte del titolare del diritto, con conseguente modifica unilaterale dello statuto.

La soluzione al problema dipende senza dubbio dalla qualificazione giuridica che si dà ai diritti particolari.

Se si qualificano gli stessi come diritti soggettivi in senso stretto si può ritenere che gli stessi siano indisponibili da parte degli altri soci, se non con le modalità di cui all'art. 2468 c.c., ma sicuramente rinunziabili dal titolare<sup>(67)</sup>.

Pur con gli inevitabili dubbi derivanti dalle varie possibili ricostruzioni dottrinali del fenomeno, si potrebbe ritenere che, stante la natura di posizione giuridica soggettiva a valenza organizzativa (su cui si veda quanto affermato nel precedente Studio N. 138-2011/I, § 4), tale rinuncia non sia possibile<sup>(68)</sup>, in quanto comporterebbe una modificazione del diritto particolare, la quale deve seguire le regole di cui all'art. 2468, comma 4 C.C.; una eventuale rinuncia abdicativa sarebbe pertanto inefficace nei confronti della società e semmai potrebbe essere contemplata dallo statuto come specifica giusta causa di esclusione dalla società, a difesa dell'organizzazione e del regolare funzionamento della stessa, unitamente ad eventuali regole di temporaneo congelamento della clausola statutaria contemplante il diritto particolare (analoghe a quelle sopra delineate in tema di inerzia del titolare) in caso di mancato tempestivo esercizio del diritto stesso da parte del suo titolare, con applicazione delle normali regole organizzative (ad esempio in caso di mancata designazione dell'amministratore entro un termine statutariamente predeterminato si potrebbe prevedere che la designazione venga fatta con decisione dei soci con le normali maggioranze). Tale soluzione dovrebbe essere univoca per tutte le ipotesi di diritto particolare, tanto riguardante l'amministrazione quanto la distribuzione degli utili, nell'accezione estensiva già delineata, stanti le conseguenze dirette sull'assetto organizzativo della società. Peraltro, limitatamente al diritto particolare agli utili, sarà semmai possibile la rinuncia agli utili maturati ma non percepiti, perché in tal caso saremmo in presenza di un nuovo e distinto diritto (soggettivo) di credito, autonomo, generato dal diritto particolare statutario, come tale rinunziabile secondo i principi generali<sup>(69)</sup>.

Le considerazioni svolte in tema di rinuncia dovrebbero valere anche per l'ipotesi in cui – stabilita statutariamente la libera trasferibilità del diritto particolare unitamente alla quota di partecipazione – sia il socio titolare del diritto particolare a volere per testamento che i propri successori a titolo universale o particolare non subentrino nel diritto particolare.

La soluzione, infatti, non può che essere la medesima sopra delineata in considerazione della natura del diritto particolare in funzione organizzativa, che quindi non ammette una modifica statutaria unilaterale, salvo che tale ipotesi non sia espressamente contemplata dallo statuto, sostanziando pertanto un'ulteriore facoltà ovvero un diritto particolare di secondo grado con tale contenuto.

Tale conclusione, e pertanto l'ammissibilità di una facoltà statutaria di rendere intrasferibile per testamento e così a discrezione del socio titolare il diritto particolare, sembra non contrastare con alcun principio generale di diritto successorio.

#### **4. L'esercizio abusivo del diritto particolare**

La configurazione di un diritto particolare riguardante l'amministrazione – più difficilmente se riguardante la distribuzione degli utili – può porre in concreto il problema della configurabilità dell'esercizio abusivo del diritto particolare quale utilizzazione del diritto medesimo apparentemente nell'ambito e nel rispetto dei binari statutariamente prestabiliti ma, in concreto, ispirato al perseguimento da parte del socio titolare del diritto particolare di un interesse personale diretto a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ad altri soci.

Si può pensare all'ipotesi di un diritto particolare di veto di determinate operazioni gestorie che venga utilizzato sistematicamente per bloccare iniziative imprenditoriali della società al fine di indurre alcuni soci (non solo di minoranza) ad uscire dalla società od a determinare uno scioglimento anticipato volontario.

Si può anche ipotizzare il caso di un diritto particolare di nominare l'organo amministrativo e di determinarne il compenso, ove quest'ultima facoltà venga esercitata sistematicamente in misura tale sostanzialmente da svuotare la possibilità della società di produrre utili da distribuire ai soci, al fine di indurre qualche socio ad uscire dalla società.

E' da porre in risalto che la questione dell'esercizio abusivo del diritto, che è stata esaminata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in funzione della dinamica maggioranza/minoranza <sup>(70)</sup> e quindi nell'ambito di una proporzionalità del diritto di voto che trova nelle deliberazioni assembleari un possibile esercizio distorto, in tema di diritti particolari si pone anche al di fuori di tale ottica.

Infatti, questi ultimi costituiscono una testuale eccezione al principio di proporzionalità, ben potendo un socio con minima partecipazione al capitale sociale essere invece dotato di diritti particolari come quelli ipotizzati. Tale circostanza può condurre in concreto al loro esercizio con finalità contrarie all'interesse sociale sostanziale o piegate al perseguimento di fini contrari al fisiologico rispetto del principio di correttezza nell'esecuzione del contratto sociale che si ritiene essere esistente nel tessuto societario capitalistico.

Una volta condivise tali constatazioni, si pone il problema dei rimedi azionabili dagli altri soci.

La tutela del socio leso nella sua posizione giuridica da un esercizio abusivo del diritto particolare sembra essere quella di una azione di risarcimento danni di natura contrattuale stante la vigenza del rapporto societario e dei generali canoni di correttezza e buona fede ex artt. 1375 e 1175 C.C., con i relativi termini, modalità ed onere della prova.

Nell'ipotesi in cui, invece, si ammetta che l'esercizio del diritto particolare si possa sostanziare anche in una decisione dei soci (atto collegiale presupponente un procedimento deliberativo - il quale, se statutariamente previsto, potrebbe seguire anche le forme extra-assembleari di cui all'art. 2479, 3° comma, c.c.) dotata di tutte le normali fasi procedurali con l'unica particolarità che il voto pesa in misura non proporzionale, il socio leso dall'esercizio del diritto particolare potrebbe anche azionare il rimedio reale dell'impugnativa della decisione dei soci di cui all'art. 2479 ter c.c., così come la giurisprudenza dominante ha ammesso nell'ipotesi esaminata di abuso del diritto di voto<sup>(71)</sup>.

Si potrebbero, eventualmente, introdurre nello statuto rimedi analoghi a quelli previsti per l'inerzia all'esercizio del diritto, fino ad ipotizzare una causa statutaria di esclusione, ma la difficoltà principale appare quella di individuare oggettivamente le singole ipotesi da cui far dipendere l'applicabilità di tali rimedi statutari, ferma restando la diretta responsabilità del socio per i danni eventualmente cagionati alla società. Di fondo, appare quindi difficile, se non con il ricorso all'Autorità giudiziaria, valutare se e quando l'esercizio di un diritto particolare possa dirsi "abusivo" o comunque in violazione del principio di buona fede e correttezza (artt. 1375 e 1175 C.C.); tale difficoltà necessariamente si ripercuote sulla redazione della clausola.

### ***5. Il conflitto di interessi del socio titolare di particolari diritti***

Ulteriore questione che può porsi in concreto in relazione all'esercizio dei diritti particolari concernenti l'amministrazione – mentre appare più difficile ipotizzare analogo problema per i diritti particolari riguardanti la distribuzione degli utili – è quella del conflitto di interessi del socio nell'esercizio del diritto particolare spettantegli.

Si pensi al caso del socio, non amministratore, dotato di un diritto particolare di decisione o di veto di determinate operazioni gestorie, il quale sia portatore in proprio o di terzi di un interesse in conflitto con quello della società perché ad esempio socio od amministratore di società in concorrenza la quale può trarre un beneficio dal compimento o dal mancato compimento di una specifica operazione.

In primo luogo, va chiarito che il problema in esame non riguarda il conflitto di interessi del socio che rivesta anche la qualifica di amministratore. In tal caso, infatti, le ipotesi di conflitto di

interessi sono disciplinate precipuamente dall'art. 2475 ter c.c. nonché dalla disciplina di diritto comune di cui agli artt. 1394 e 1395 c.c.<sup>(72)</sup>.

Oggetto d'indagine, invece, è l'applicabilità, al socio titolare di particolari diritti, dell'art. 2479 ter, 2° comma, c.c. ai sensi del quale *“qualora possano recare danno alla società, sono impugnabili (...) le decisioni assunte con la partecipazione determinante di soci che hanno, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società”*.

A tal proposito converrà premettere, sia pure senza entrare nel merito del dibattito sviluppatosi prima e dopo la Riforma intorno al tema del conflitto d'interessi, che elemento qualificante il conflitto è il “pregiudizio” che la decisione che si assume è idonea ad arrecare alla società<sup>(73)</sup>.

In linea generale, tanto per chi non ammette l'estrinsecazione del diritto particolare con le modalità del voto non proporzionale quanto per le ipotesi in cui il diritto particolare non si esprima sotto forma di decisione dei soci, la tutela della società per i casi sopra delineati, sembra essere quella di una azione di risarcimento danni di natura contrattuale ma solo conseguente alla verifica del danno secondo i normali principi e rimedi di diritto comune, con i relativi termini, modalità ed onere della prova.

Ove si ritenga, invece, ammissibile che l'esercizio del diritto particolare si possa sostanziare anche in una decisione dei soci (atto collegiale presupponente un procedimento deliberativo - il quale se statutariamente previsto potrebbe seguire anche le forme extra-assembleari di cui all'art. 2479 comma 3 C.C.) dotata di tutte le normali fasi procedurali con l'unica particolarità che il voto pesa in misura non proporzionale<sup>(74)</sup>, i soggetti indicati dall'art. 2479 ter C.C. potranno azionare il normale rimedio dell'impugnativa della decisione dei soci<sup>(75)</sup> sul presupposto che tali decisioni possano recare danno alla società e, quindi, sulla base di un giudizio prognostico e antecedente rispetto al verificarsi del danno, con una tutela oltreché reale anche anticipata dell'interesse sociale<sup>(76)</sup>.

Strettamente connessa alla precedente, appare la questione della responsabilità del socio – che non rivesta la qualifica di amministratore ed in solido con gli amministratori – di cui all'art. 2476, 7° comma, c.c. nelle ipotesi in cui l'esercizio del diritto particolare in conflitto di interessi si concreti nella intenzionale decisione o autorizzazione del compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi<sup>(77) (78)</sup>.

Il dato normativo sembrerebbe consentire una lettura estensiva, nel senso dell'applicabilità di tale disposizione all'ipotesi in esame sia da parte di chi non riconduce mai l'esercizio dei diritti particolari nell'ambito delle decisioni dei soci e, quindi, nega la loro estrinsecazione mediante il

voto non proporzionale che, a fortiori, da parte di chi invece ritiene possibile che l'esercizio del diritto particolare si possa sostanziare sempre e necessariamente ovvero anche in una decisione dei soci.

Questa interpretazione, se da un lato responsabilizzerebbe il socio titolare del diritto particolare, dall'altro lato verrebbe comunque a porre all'interprete gli ulteriori problemi circa il senso da attribuire al requisito della intenzionalità<sup>(79)</sup>, se in funzione della decisione o del danno, con i delicati risvolti dei rapporti fra responsabilità dell'amministratore e del socio con esso solidale.

Come evidenziato il problema interpretativo appare di non facile soluzione e quindi, ancora una volta, si appalesa la necessità di una disciplina statutaria completa, con l'adozione di rimedi analoghi a quelli dell'inerzia, che potrebbero giungere fino alla previsione di specifiche cause di esclusione o di recesso.

Resta ferma la difficoltà di definire statutariamente tali situazioni nonché la necessità di una manifestazione dell'esistenza del conflitto di interessi che può essere conosciuta soltanto dal socio medesimo titolare del diritto particolare, con l'esigenza di imporre statutariamente un dovere di dichiarare preliminarmente tali situazioni, per consentire ai rimedi statuari predisposti di operare in modo efficace. Tale tecnica statutaria appare *prima facie* ipotizzabile perché non fa altro che estrinsecare statutariamente un codice di correttezza comportamentale nell'esecuzione del contratto sociale, correttezza che si ritiene comunemente promanare dal contratto sociale<sup>(80)</sup>.

Rocco Guglielmo e Marco Silva

- 
- 1) V. DE STASIO, *Commento sub art. 2468 c.c.*, in *Codice commentato delle s.r.l.* diretto da P. Benazzo – S. Patriarca, Torino 2006, p. 136; G. SANTONI, *Le quote di partecipazione nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum G.F. Campobasso*, diretto da G.E. Colombo – G.B. Portale, vol. 3, Torino 2006, p. 383; M. STELLA RICHTER JR, *La società a responsabilità limitata. Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, in AA. VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2006, p. 287; L. ABETE, *I diritti particolari attribuibili ai soci di s.r.l.: taluni profili*, in *Soc.*, 2006, p. 299. *Contra*, invece: R. ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 481.
  - 2) D'altra parte si osserva se la possibilità di assegnare diritti "speciali" di natura sia amministrativa che patrimoniale è ammessa – e da sempre – nella s.p.a., non si vede per quale ragione dovrebbe, invece, escludersi nella s.r.l. la cui disciplina in materia di regolamentazione dei diritti dei soci è oggi più che mai rimessa all'autonomia statutaria. Sul punto: L.A. BIANCHI – A. FELLER, *Commento sub art. 2468 c.c.*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti – L.A. Bianchi – F. Grezzi – M. Notari, Milano 2008, p. 320.
  - 3) Come finemente rilevato, in base ai testi della riforma, l'autonomia statutaria nella s.r.l. potrebbe esplicarsi in una duplice direzione e, cioè, in quella di un modello assimilabile alla S.p.A. ovvero verso un modello di tipo personalistico sostanzialmente articolato sulla falsariga della s.n.c.. Cfr: G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova*

- società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, pp. 86 ss. al quale si rinvia per una puntuale disamina delle possibili correzioni in chiave personalistica della s.r.l. da parte dello statuto (pp. 86-88).
- 4) A proposito dell'ampia autonomia di cui godono i soci nelle società di persone nel determinare il contenuto delle singole partecipazioni: L. PISANI, *Società di persone a struttura corporativa*, Torino 2000, p. 136, in particolare in nt 89.
  - 5) Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 6/2003 § 11.
  - 6) A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, in *Riv. not.*, 2004, p. 86; L. ABETE, *I diritti particolari attribuibili ai soci di s.r.l.: taluni profili*, op. cit., per il quale nel tipo societario s.r.l. l'autonomia statutaria può, come testimoniato dall'art. 2479, comma 2, n. 2, c.c., assegnare ad un unico organo cioè alla collettività dei soci le competenze proprie dell'organo amministrativo e, quindi, la gestione dell'impresa sociale. (p. 297, in nt 18 ove ulteriori considerazioni sul punto). Sul che, cfr: G. ZANARONE, *La nuova s.r.l. tra società di persone e società di capitali*, in *La riforma del diritto societario*, Milano 2003, p. 240; M. PERRINO, *La rilevanza del socio nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, I, 2003, p. 829 in nt. 28. In senso sfavorevole al riconoscimento di un "monismo" organico nella s.r.l.: O. CAGNASSO, *Commento sub artt. 2475 e 2475-bis c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, pp. 1850 ss..
  - 7) M. NOTARI, *Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2003, p. 331.
  - 8) A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, op. cit., p. 87; A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F Campobasso*, diretto da G.E. Colombo – G.B. Portale, Torino 2007, vol. 3, p. 403; P. REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, vol \*\*\*, Bologna 2004, p. 1810 che subordina la legittimità della clausola alla condizione che "si preveda – alla luce dell'esigenza di salvaguardare la funzionalità effettiva dell'organo amministrativo – l'obbligo di motivazione del diniego del *placet* o, forse più opportunamente, l'obbligo di indicare una persona eventualmente gradita al socio titolare del diritto particolare".
  - 9) Ai sensi del quale sono "in ogni caso" riservate alla competenza dei soci: "(...) 2) la nomina, *se prevista nell'atto costitutivo*, degli amministratori". L'attribuzione del diritto particolare in esame, si afferma, comporterebbe la deroga ad una competenza dei soci che il disposto dell'art. 2479, 2° comma, n. 2, c.c. sembra per l'appunto individuare – con la locuzione "in ogni caso" – come inderogabile. G. CAPO, *Il governo dell'impresa sociale e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 504 ss.; L. ABETE, *I diritti particolari attribuibili ai soci di s.r.l.: taluni profili*, op. cit., p. 297.
  - 10) È proprio l'impianto normativo, dunque, a rendere possibile la configurazione di tale diritto particolare legittimando la previsione pattizia ("salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo") di meccanismi di designazione degli amministratori diversi dalla decisione dei soci assunta ai sensi dell'art. 2479 c.c.. Più specificatamente sul tema: M. PERRINO, *La rilevanza del socio nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, op. cit., p. 828, testo e nota 28; ancora sull'ammissione del diritto particolare di cui al testo: M. NOTARI, *Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, op. cit., p. 331; A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, op. cit., p. 403; A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, op. cit., p. 87; P. REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit. p. 1809; M. MALTONI, *La partecipazione sociale*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, a cura di C. Caccavale – F. Magliulo – M. Maltoni – F. Tassinari, 2ª ed., 2007, pp. 217 ss.; R. RORDORF, *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Soc.*, 2003, p. 666; A. CARESTIA, *Commento sub art. 2468 c.c.*, in *Società a responsabilità limitata (artt. 2462 – 2483 c.c.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, vol. 8, Milano 2003, p. 90; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1505.
  - 11) A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, op. cit., p. 87; A. CARESTIA, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 90; R. ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, op. cit., p. 482; A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, op. cit., p. 403.
  - 12) In argomento: M. STELLA RICHTER JR, *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, op. cit., p. 287; M. PERRINO, *La rilevanza del socio nella s.r.l.*, op. cit., 828; G. CAPO, *Il governo dell'impresa sociale e la nuova era della società a responsabilità limitata*, op. cit., p. 504; M. NOTARI, *Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, op. cit., p. 331; N. ABRIANI, *La società a responsabilità limitata. Decisioni dei soci, amministrazione e controlli*, in AA. VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano 2006, p. 303. Sia pur brevemente merita di essere segnalata anche la questione della revoca degli amministratori così "nominati". A tal proposito la dottrina dominante ritiene che la configurabilità statutaria di un diritto particolare del socio ad amministrare determini l'irrevocabilità della posizione gestoria ad opera degli altri soci, fatto salvo il caso in cui ricorra una giusta causa. Cfr.: P. SPADA, *L'amministrazione nella società a*

- responsabilità limitata dopo la riforma organica del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano 2003, p. 18; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, op. cit., p. 1505. La tesi della revocabilità soltanto per giusta causa, si osserva, sembrerebbe comporre equamente i diversi interessi in gioco e, cioè, quello sociale da un lato e quello alla tutela del diritto particolare del singolo socio dall'altro. Espressamente: V. DE STASIO, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 137, in nt 67. In senso contrario: A. NIGRO, *La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata* a cura di V. Santoro, Milano 2003, p. 17 il quale, muovendo da una connotazione in chiave capitalistica della nuova s.r.l., ritiene applicabile al caso di specie l'art. 2383, 3° comma, c.c. con possibilità, quindi, di revocare in qualsiasi momento l'amministratore, anche di quello in carica per effetto del particolare diritto, col solo correttivo del risarcimento del danno laddove la revoca avvenga senza giusta causa. Viene, inoltre, ipotizzata la legittimazione di ciascun socio a richiedere la revoca in via giudiziaria degli amministratori, al pari di quanto previsto, per le società di persone, dall'art. 2259, 3° comma, c.c.. Così: R. ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, op. cit., p. 482; N. ABRIANI, *La società a responsabilità limitata*, in *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, op. ult. cit., p. 305; *contra*: P. BENAZZO, *Competenze soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Soc.*, 2004, p. 814. Per ulteriori spunti di riflessione sulla questione della revoca: P. REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., pp. 1808-1809. Per altro verso, ancora, si ammette la possibilità di attribuire ad un dato socio (o a dati soci) quale particolare diritto il potere di destituire dalla carica, anche senza giusta causa, il titolare ovvero uno o più contitolari dell'organo amministrativo. Sul punto: L. ABETE, *I diritti particolari attribuibili ai soci di s.r.l.: taluni profili*, op. cit., p. 299, in testo ed in nt 23 ove ulteriori argomentazioni.
- 13)** A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, op. cit., p. 404; A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, op. cit., p. 86; M. STELLA RICHTER JR, *La società a responsabilità limitata*, in *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, op. cit., p. 287; M. MALTONI, *La partecipazione sociale*, op. cit., p. 218; E. BELLEZZA, *Diritti particolari del socio: i diritti amministrativi*, in *S.r.l.: pratica, casi e crisi*, in I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano 2009, p. 32; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, op. cit., p. 1505; R. ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, op. cit., p. 482.
- 14)** M. NOTARI, *Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, op. cit., p. 331.
- 15)** Così: A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, op. cit., p. 88; analogamente: A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, op. cit., p. 404.
- 16)** A. CARESTIA, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 91; P. REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit. p. 1810; M. MALTONI, *La partecipazione sociale*, op. cit., p. 218.
- 17)** Sul problema v. in particolare C. ANGELICI, *Studio n. 485 del 27 ottobre 1992* in *Studi e Materiali CNN*, IV, 37-39.
- 18)** F. GALGANO, *La società per azioni*, p. 349.
- 19)** C. ANGELICI, *Le azioni in Il Codice civile*. Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, pp. 110 ss..
- 20)** A favore di tale ipotesi: A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, op. cit., p. 85; A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, op. cit., p. 405; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, op. cit., p. 1499; M. STELLA RICHTER JR, *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, op. cit., p. 287; V. DE STASIO, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 142; L. SALVATORE, *Diritti particolari dei soci: i diritti patrimoniali*, in *S.r.l.: pratica, casi e crisi*, in I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano 2009, p. 40; più scettici, invece: R. ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, op. cit., p. 483 sulla base del dato testuale ovvero dell'espressione "distribuzione" degli utili contenuta nell'art. 2468, 3° comma, c.c.; L.A. BIANCHI – A. FELLER, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 332.
- 21)** Si sono espressi per l'ammissibilità di tale "privilegio": M. NOTARI, *Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, op. cit., p. 331; L. SALVATORE, *Diritti particolari dei soci: i diritti patrimoniali*, op. cit., p. 41; M. CAVANNA, *Partecipazione e diritti particolari dei soci*, in *Le nuove s.r.l.*, a cura di M. Sarale, Bologna 2008, pp. 136-137; L.A. BIANCHI – A. FELLER, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 332.
- 22)** Così: M. NOTARI, *Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, op. cit., p. 331.
- 23)** L. SALVATORE, *Diritti particolari dei soci: i diritti patrimoniali*, op. cit., p. 41.
- 24)** Si soffermano su questo aspetto: L. SALVATORE, op. ult. cit., p. 41; M. CAVANNA, op. ult. cit., p. 138.
- 25)** M. NOTARI, *Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, op. cit., p. 332; M. STELLA RICHTER JR, *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, op. cit., p. 287; A. CARESTIA, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 91; A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, op. cit., p. 90; A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, op. cit., p. 406; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, op. cit., pp. 1499 ss.; M. MALTONI, *La partecipazione sociale*, op. cit., p. 219; P.



- REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 1812; L. SALVATORE, *Diritti particolari dei soci: i diritti patrimoniali*, op. cit., p. 43; propende, invece, per la soluzione negativa: L. ABETE, *I diritti particolari attribuibili ai soci di s.r.l.: taluni profili*, op. cit., p. 300.
- 26) Così: M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, op. cit., p. 1500. Viene opportunamente precisato che il “tutto deve avvenire nel rispetto della procedura di liquidazione e della sua inderogabilità. Posto, infatti, che la liquidazione è diretta a soddisfare, in primo luogo, l’interesse dei creditori sociali (e quindi un interesse esterno indisponibile) e, in secondo luogo, il diritto dei soci alla ripartizione del residuo attivo, il diritto particolare alla liquidazione della quota può riguardare esclusivamente l’avanzo netto di liquidazione che risulta dal bilancio finale di liquidazione e che presuppone il pieno soddisfacimento delle ragioni creditorie. Con un’unica eccezione: la possibilità di ricevere dai liquidatori un acconto sui risultati della liquidazione con le cautele di cui al nuovo art. 2491 c.c.”. Testualmente: L. SALVATORE, *Diritti particolari dei soci: i diritti patrimoniali*, op. cit., p. 43.
- 27) E. FAZZUTTI, *Commento sub art. 2468 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli – V. Santoro, Torino 2003, 3, p. 60 e *sub nt 26*; A. CARESTIA, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., pp. 92 ss.; P. REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., pp. 1811 ss.. Contro l’ammissibilità di quote postergate si esprimevano, prima della riforma: R. RORDORF, *Azioni e quote di società postergate nella partecipazione alle perdite*, in *Soc.*, 1995, p. 91; M. DINI, *Categorie speciali di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1998, II, pp. 795 ss..
- 28) P. REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 1812.
- 29) La norma, si afferma, semmai limita l’autonomia *assembleare*, e non l’autonomia *contrattuale*, ragion per cui lo statuto può ben (preventivamente) determinare una differente modalità di ripartizione delle perdite. In questi termini: A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, op. cit., pp. 85 e 90; concludono per l’ammissibilità del diritto particolare in esame: M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, op. cit., p. 1502; M. CAVANNA, *Partecipazione e diritti particolari dei soci*, op. cit., p. 146; M. STELLA RICHTER JR, *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, op. cit., p. 287; M. NOTARI, *Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, op. cit., p. 332; M. MALTONI, *La partecipazione sociale*, op. cit., p. 219; L.A. BIANCHI – A. FELLER, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 333; L. SALVATORE, *Diritti particolari dei soci: i diritti patrimoniali*, op. cit., p. 41. A favore dell’ammissibilità di quote di partecipazione postergate, prima della riforma: R. NOBILI – M.S. SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo – G.B. Portale, Torino 1993, vol. 6, pp. 310 ss.; in giurisprudenza: Trib. Trieste, 2 giugno 1994, in *Soc.*, 1995, pp. 87-88.
- 30) I.G. 24 – (Riduzione del capitale in misura non proporzionale – 1° pubbl. 9/06), in Comitato Interregionale dei Consigli notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari*, 2011, p. 177.
- 31) Massima n. 40 approvata in data 19 novembre 2004, in CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime notarili in materia societaria*, Milano 2007, 3<sup>a</sup> ed., pp. 135 ss..
- 32) Così nella motivazione della Massima da ultimo citata, p. 136.
- 33) Trattandosi, infatti, di un principio posto a tutela di un interesse esclusivamente privato dei soci gli stessi potrebbero disporre preventivamente mediante una clausola inserita all’unanimità nell’atto costitutivo. In questo senso: M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, op. cit., p. 1501; M. MALTONI, *La partecipazione sociale*, op. cit., pp. 219-220; L. SALVATORE, *Diritti particolari dei soci: i diritti patrimoniali*, op. cit., pp. 43-44.
- 34) Sul punto: A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, op. cit., p. 89 in nt 35.
- 35) G.A.M. TRIMARCHI, *Autonomia statutaria di s.r.l. e “prima” giurisprudenza post-riforma: diritti-doveri particolari dei soci, ed il delicato problema dell’esclusione*. Relazione presentata al Convegno di Trani il 23/06/2007, cortesemente fornita dall’Autore.
- 36) *Ex multis*: M. MALTONI, *La partecipazione sociale*, op. cit., p. 219; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, V, 1, Padova 2007, p. 137; M. CAVANNA, *Partecipazione e diritti particolari dei soci*, op. cit., p. 151; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, op. cit., p. 1500.
- 37) Sull’attribuzione personalizzata ex art. 2468 c.c. del diritto di esercitare la prelazione si rinvia a: M. CAVANNA, *Partecipazione e diritti particolari dei soci*, op. cit., p. 152 per il quale è, altresì, ipotizzabile un’assegnazione “gerarchica” della prelazione, operante, dapprima, a favore di un determinato socio, poi a favore di un altro se il primo si astiene dall’esercizio del diritto, poi ad un terzo e così via, creando una serie di priorità che magari riflettano i rapporti di forza interni alla compagine societaria. A favore dell’ammissibilità del diritto particolare di gradimento: P. REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 1810; ancora favorevole alla configurazione di entrambe le ipotesi: L. SALVATORE, *Diritti particolari dei soci: i diritti patrimoniali*, op. cit., p.

- 44 che invita, però, ad una particolare attenzione nella formulazione delle clausole al fine di garantire il bene primario della certezza del diritto.
- 38)** Massima n. 95 approvata in data 18 maggio 2007, in CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime notarili in materia societaria*, Milano 2007, 3<sup>a</sup> ed., pp. 273 ss..
- 39)** Così: A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, op. cit., p. 89 in nt 36; P. REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 1810.
- 40)** M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, op. cit., p. 1500 in testo e nt 53; V. DE STASIO, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 141.
- 41)** In questo senso: L. SALVATORE, *Diritti particolari dei soci: i diritti patrimoniali*, op. cit., p. 45; M. CAVANNA, *Partecipazione e diritti particolari dei soci*, op. cit., pp. 148-149 il quale precisa che una pattuizione di questo tipo finirebbe per istituzionalizzare la posizione di conflitto di interesse tra singolo socio e società, con il rischio di vulnerare la comunione di scopo caratterizzante la causa del contratto.
- 42)** Si pensi, ad esempio, ad una clausola statutaria che attribuisca ad un determinato socio un diritto di voto più che proporzionale rispetto alla propria partecipazione e, quindi, la possibilità di votare per il 50+1 % del capitale sociale, a fronte di una partecipazione pari, invece, per ipotesi al 45% dello stesso.
- 43)** Al quale andrebbero, poi, aggiunti sia il principio inderogabile di parità di trattamento tra i soci quanto al diritto di voto sia il limite rappresentato dalla struttura tipologica della s.r.l. alla quale, si afferma, mal si addice un'alterazione del criterio di proporzionalità. In questo senso si è espresso: M.C. LUPETTI, *Deroga al criterio di proporzionalità tra partecipazione sociale e diritto di voto nelle s.r.l. tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Riv. not.*, 2004, p. 1553. Ed ancora, si afferma, significativo sarebbe il dato letterale ovvero il fatto che la norma non ammette espressamente una diversa pattuizione dell'atto costitutivo, come invece fanno le disposizioni di cui ai commi 4° e 6° dello stesso art. 2479 c.c., chiaramente esplicitando la propria natura dispositiva. In merito: P. RAINELLI, *Commento sub art. 2479 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, vol. \*\*\*, Bologna 2004, p. 1917; L. RESTAINO, *Commento sub art. 2479 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli – V. Santoro, Torino 2003, 3, p. 165. Aderiscono inoltre alla tesi negativa: A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, op. cit., p. 89; P. REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 1810; E. FAZZUTTI, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 58; L. ABETE, *I diritti particolari attribuibili ai soci di s.r.l.: taluni profili*, op. cit., p. 299; R. ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, op. cit., pp. 482 ss.; L. SALVATORE, *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contratto e impresa*, 2003, pp. 238 ss.; L.A. BIANCHI – A. FELLER, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 324; M. MALTONI, *La partecipazione sociale*, op. cit., p. 216. Nella pratica, si veda il provvedimento dell'Ufficio del Registro delle Imprese di Perugia del 2.4.2004, espressosi negativamente su una clausola contenuta nell'atto costitutivo di una s.r.l. nella quale si prevedeva la possibilità di un voto non proporzionale alla partecipazione, in *Riv. not.*, 2004, pp. 1542 ss. con nota di M.C. Lupetti. Sul carattere cogente del principio del voto proporzionale si esprimeva già prima della riforma la dottrina dominante. Per tutti: B. VISENTINI, voce "Azioni di società", in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 984; M. PORZIO, *Sull'invalidità della deliberazione di emissione di azioni a voto plurimo*, nota a Trib. Milano 20 luglio 1959, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, II, pp. 608 ss..
- 44)** Così: A. BLANDINI, *Categorie di quote, categorie di soci*, in *Collana della Rivista delle Società* a cura di G. Rossi, Milano, 2009, pp. 62 ss. per il quale l'eccezione al principio di proporzionalità del voto nella s.r.l. è sì possibile ma solo nei limiti del disposto dell'art. 2468, 3° comma, c.c. e nei soli casi in esso indicati. Sostiene, infatti, l'Autore che già nelle materie "legali" risiedono tutti gli spazi necessari per intervenire anche – e soprattutto – sul diritto di voto; ma, evidentemente, soltanto per quelle, e non anche per altre (p. 62, in nt 56).
- 45)** M.C. LUPETTI, *Deroga al criterio di proporzionalità tra partecipazione sociale e diritto di voto nelle s.r.l. tra vecchio e nuovo diritto societario*, op. cit., p. 1555; M. NOTARI, *Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, op. cit., p. 331 relativamente "all'amministrazione in senso lato della società (nomina e revoca degli amministratori, determinazione del loro compenso, approvazione del bilancio da essi presentato, etc)"; M. MALTONI, *Commento all'art. 2468 c.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate. Il nuovo diritto delle società*, a cura di A.M. Alberti, III, Padova 2005, pp. 1833 ss. il quale limita la deroga "tassativamente ai diritti in tema di amministrazione, intesa quale gestione della società", argomentando dalla derogabilità dell'art. 2475, 1° comma, c.c.; G. GUERRIERI, *Commento agli artt. 2479-2479 ter c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A.M. Alberti, III, Padova 2005, p. 2035 che ammette un'alterazione della proporzionalità tra voto e partecipazione sociale ma solo per le votazioni che riguardino appunto l'amministrazione o anche la distribuzione degli utili.
- 46)** A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, op. cit., p. 405; M. NOTARI, *Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, op. cit., p. 331.

- 47) In questo senso si pronunciano: G. IACCARINO, *Attribuzione del diritto di voto non proporzionale alla partecipazione sociale*, in *Soc.*, 2008, pp. 32 ss., al quale si rinvia per l'individuazione e l'analisi di una serie di ipotesi applicative in tema; M. CAVANNA, *Partecipazione e diritti particolari dei soci*, op. cit., pp. 135-136; R. GUGLIELMO, *Diritti particolari dei soci nelle s.r.l. e voto non proporzionale*, in *Riv. Not.*, 2010, pp. 609 ss.; G.A.M. TRIMARCHI, *Autonomia statutaria di s.r.l. e "prima" giurisprudenza post-riforma.*, op. cit., p. 9; F. FERRARA JR – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano 2006, p. 907; O. CAGNASSO, *Società a responsabilità limitata e diritto di voto non proporzionale alla partecipazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2008, p. 11, il quale nel concludere per l'attribuzione di un "peso" al diritto di voto spettante ad un singolo o a singoli soci non proporzionale alla partecipazione osserva che "sarà naturalmente compito dei soci, in sede di redazione dell'atto costitutivo, precisare: - le modalità del voto non proporzionale; - le decisioni a cui lo stesso è riferibile; - il socio o i soci a cui è attribuito nonché l'attribuzione del medesimo al socio o ai soci in quanto tali oppure l'inserimento nell'ambito del contenuto della partecipazione"; G. ZANARONE, in *Commentario Schlesinger*, sub art. 2479, p. 1302 s., in particolare nt. 116..
- 48) G. IACCARINO, *Attribuzione del diritto di voto non proporzionale alla partecipazione sociale*, op. cit., p. 33; R. GUGLIELMO, *Diritti particolari dei soci nelle s.r.l. e voto non proporzionale*, op. cit., p. 612; O. CAGNASSO, *Società a responsabilità limitata e diritto di voto non proporzionale alla partecipazione*, op. cit., pp. 10 ss.. Un ulteriore argomento a sostegno della tesi positiva appena riportata verrebbe, poi, offerto sempre dall'art. 2351 c.c. nella parte in cui prevede espressamente per la S.p.A. l'emissione di azioni senza diritto di voto. Si afferma, infatti, che "se nella S.p.A. una tale facoltà è prevista e disciplinata, e quindi consentita, non è verosimile sostenere che nella s.r.l. dove regna sovrano il principio dell'autonomia statutaria, non sia possibile atteggiare il diritto di voto secondo le diverse esigenze sociali e, dunque, in misura non proporzionale al conferimento". Testualmente: G. IACCARINO, *Attribuzione del diritto di voto non proporzionale alla partecipazione sociale*, op. cit., p. 33. Favorevoli all'ammissibilità di "quote a voto plurimo", dopo la riforma: D. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano 2003, p. 203; A. CARESTIA, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., pp. 90 ss. il quale, però, esprime forti perplessità su eventuali "quote senza diritto di voto".
- 49) "Posto che la norma centrale di riferimento, l'art. 2252 c.c., assume a modello legale l'unanimità, riconoscendo sì cittadinanza al patto contrario, non è da trascurare che, comunemente, tale patto contrario viene ricondotto nell'individuare nella maggioranza la possibile articolazione derogatoria.". Testualmente: G.A.M. TRIMARCHI, *Autonomia statutaria di s.r.l. e "prima" giurisprudenza post-riforma*, op. cit., pp. 8-9.
- 50) Al riguardo: G. IACCARINO, *Attribuzione del diritto di voto non proporzionale alla partecipazione sociale*, op. cit., p. 34. In altri termini, dice l'Autore, nella società di persone non solo è possibile alterare il rapporto voto-partecipazione ma è anche possibile – fatto salvo per le modifiche del contratto – non attribuire ad alcuni soci il diritto di voto. L'interpretazione dell'art. 2252 c.c. nel senso sopra proposto potrebbe trovare ulteriore fondamento nel dato legislativo e, precisamente, nelle norme in tema di trasformazione, fusione e scissione (artt. 2500-ter, 2502 e 2506-ter, 5° comma, c.c.) direttamente dettate per la modifica del contratto sociale che appunto consentono l'espressione del voto non ricollegata alla partecipazione al capitale sociale e, quindi, eventualmente non proporzionale al conferimento effettuato da ciascun socio. Così: R. GUGLIELMO, *Diritti particolari dei soci nelle s.r.l. e voto non proporzionale*, op. cit., p. 613.
- 51) In effetti, si dice, non esiste alcuna incompatibilità "concettuale" tra collegialità e voto non proporzionale alla partecipazione trattandosi, infatti, di regole che operano su piani decisamente diversi. Così: O. CAGNASSO, *Società a responsabilità limitata e diritto di voto non proporzionale alla partecipazione*, op. cit., p. 10.
- 52) Se, infatti, è certo "che il regolamento pattizio, in tema di modificazioni dell'atto costitutivo, non possa introdurre che meccanismi maggioritari" (Così: P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova 1974, p. 309) con la conseguenza di non poter ammettere un diritto particolare che consenta ad un solo socio di imporre in modo unilaterale una modificazione statutaria, non altrettanto violato sembrerebbe essere il principio di collegialità per l'ipotesi di voto non proporzionale.
- 53) Così: R. GUGLIELMO, *op. ult. cit.*, p. 614.
- 54) G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova 1985, VIII, p. 90.
- 55) R. GUGLIELMO, *Diritti particolari dei soci nelle s.r.l. e voto non proporzionale*, op. cit., pp. 614-615.
- 56) Così: R. GUGLIELMO, *op. ult. cit.*, p. 615; L. RESTAINO, *Commento sub art. 2479 c.c.*, op. cit., p. 165; A. CARESTIA, *Commento sub art. 2468 c.c.*, op. cit., p. 91; G. IACCARINO, *Attribuzione del diritto di voto non proporzionale alla partecipazione sociale*, op. cit., p. 36. Questione ancora diversa è quella relativa alla possibilità di attribuire un «peso» differente al voto degli amministratori, in quanto a venire in considerazione è il numero di questi ultimi e non la misura della partecipazione sociale. In questo caso, infatti, più che un problema di voto non proporzionale rileva la particolare modalità di organizzazione della *governance*. Poiché, però, nella s.r.l. è possibile prevedere un sistema di amministrazione disgiuntiva tale per cui ciascun amministratore è investito dell'intero potere di gestione, a maggior ragione nessun ostacolo si pone alla previsione di un voto

privilegiato. Occorre solo precisare che in tale ipotesi non si potrà qualificare tale diverso peso del voto come «diritto particolare», atteso che amministratore potrebbe anche essere un non socio, ma come particolare sistema di organizzazione del potere gestorio. In questo senso: R. GUGLIELMO, *Diritti particolari dei soci nelle s.r.l. e voto non proporzionale*, op. cit., p. 615; G. ZANARONE in *Commentario Schlesinger* sub art. 2479, p. 1301 ss..

- 57) G. NICCOLINI, *Commento sub art. 2488* in *Commentario Stagno-D'Alcontres*, p. 1741.
- 58) Nel senso della inderogabilità del procedimento di liquidazione e della rigorosa interpretazione delle norme in tema di liquidazione v. anche J.A.12 – (Inderogabilità del procedimento di liquidazione – 1° pubbl. 9/09 – motivato 9/11), in Comitato Interregionale dei Consigli notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari*, 2011, p. 211 ss., in particolare le considerazioni a pag. 212 s.
- 59) V. BUONOCORE in *Manuale*, p. 396 s.; A. PACIELLO, *Commento sub art. 2488* in *Commentario Sandulli-Santoro*, p. 274; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, p. 553)
- 60) G. NICCOLINI, *Commento sub art. 2488* in *Commentario Stagno-D'Alcontres*, p. 1774ss.. Secondo altra tesi (F. FERRARA JR – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, p. 1009 s.) il riferimento dell'art. 2488 sarebbe dovuto al fatto che il Legislatore ha tenuto conto dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo, laddove in specie per quanto riguarda il sistema monistico, appare difficile la separazione delle qualifiche.
- 61) Al riguardo: G. Zanarone, *La tutela dei soci di minoranza nella nuova s.r.l.*, in Aa. Vv., *I quaderni della rivista di diritto civile. Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario* a cura di G. Cian, Padova 2004, p. 350; L.A. Bianchi – A. Feller, *Commento sub art. 2468 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti – L.A. Bianchi – F. Ghezzi – M. Notari, p. 327. Per l'ammissibilità del diritto particolare ai sensi dell'art. 2468 c.c. alla nomina di uno o più sindaci v. Massima n. 123 approvata in data 6 dicembre 2011 da Commissione per la elaborazione di principi uniformi in tema di società - Consiglio Notarile di Milano..
- 62) Per l'applicabilità al contratto sociale del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c. e del generale canone di correttezza ex art. 1175 c.c. v. in dottrina F. DI SABATO, in *Il principio di correttezza nei rapporti societari*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso*, diretto da G.E. Colombo – G.B. Portale, Torino 2007, vol. 1, p. 133ss..
- 63) V. *amplius* le considerazioni svolte sul punto in STUDIO N. 138-2011/I, § 4.
- 64) V. *amplius* STUDIO N. 138-2011/I, § 6.3.
- 65) Per la considerazione dei diritti particolari nell'ottica di una situazione giuridica di immunità dal diritto comune, v. in particolare STUDIO N. 138-2011/I, § 3.
- 66) Appare sicuramente ammissibile che l'attribuzione del diritto particolare possa essere condizionata sospensivamente o risolutivamente a circostanze oggettive, alla stregua di "condizioni" negoziali in senso tecnico-giuridico, dalle quali possa dipendere l'efficacia o il venir meno dell'efficacia del diritto statutariamente previsto. Svariate sono le ipotesi che si possono presentare: ad es. che il diritto particolare spetti ad un socio a condizione che egli sopravviva ad altro socio determinato; a condizione che il socio titolare abbia una certa età anagrafica; che detenga la partecipazione sociale per un tempo prestabilito; che si astenga dal fare concorrenza, ed ancora alla circostanza che per tre esercizi consecutivi non sia stato distribuito alcun dividendo. Altresì è ipotizzabile che l'attribuzione del diritto particolare sia fatta a termine, tanto iniziale che finale (a decorrere dal primo anno successivo alla costituzione, o da una data prestabilita, ovvero per un certo tempo o fino ad una data prestabilita). Anche in tali ipotesi l'efficacia del diritto particolare dipenderà dal decorso o dal mancato decorso del termine, alla stregua dell'analogo istituto negoziale.
- Le problematiche che si produrranno al cessare dell'efficacia (per l'avveramento della condizione risolutiva o lo spirare del termine finale) in relazione all'esigenza di adeguamento statutario sono le medesime già esaminate con il precedente STUDIO N. 138-2011/I nt. 31.
- 67) A.M. LEOZAPPA, *Il "socio-risparmiatore" nella società a responsabilità limitata: diritti particolari e decisioni ex art. 2479 c.c.*, in Riv. Dir. Comm., 2006, p. 291.
- 68) Salvo non voler ipotizzare una volontà dei soci diretta a consentire statutariamente questo tipo di modifica del diritto che porta ad una sua estinzione per volontà abdicativa unilaterale, la quale non concreterebbe altro che un ulteriore diritto particolare di secondo grado, ossia di rinuncia al diritto particolare in concreto attribuito.
- 69) Sul problema della qualificazione della rinuncia al credito come remissione del debito ex art. 1236s. c.c. ovvero come istituto autonomo e distinto v. BIANCA, *Le obbligazioni*, p. 466ss. e bibliografia ivi citata.
- 70) Parte della dottrina (DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale, Imprenditori. Società*, I, 1949, p. 275 ss.) ritiene possibile ricondurre le delibere vizzate da abuso del diritto di voto della maggioranza nei confronti della minoranza nell'ambito della fattispecie del conflitto di interessi al fine di decretarne l'annullabilità. Altra parte della dottrina (SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola della buona fede nelle società di capitali*, in

*Nuova giur. civ.*, 2000, II, p. 486) e la prevalente giurisprudenza (Cass. 21 dicembre 1994 n. 11017, in *Giur. it. Mass.*, 1994; Cass. 26 ottobre 1995 n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329) ritengono, al contrario, che non vi sia identità di *ratio* fra le due fattispecie: ciò che rileva, ai fini dell'annullamento della delibera assunta con il voto determinante del socio in conflitto di interessi con la società, è il danno arrecato alla società stessa, mentre irrilevante è il pregiudizio arrecato ai soci di minoranza. Per tale motivo la dottrina maggioritaria (su tutti per l'ampiezza delle argomentazioni v. A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, 1987, p. 145 e ss.; FERRARA JR. – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1999, p. 531; F. DI SABATO, in *Il principio di correttezza nei rapporti societari*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso*, diretto da G.E. Colombo – G.B. Portale, Torino 2007, vol. 1, p. 133ss.) e la giurisprudenza più recente (Cass. 11 giugno 2003 n. 9353; Cass. 12 dicembre 2005 n. 27387) ritengono che per tutelare le minoranze dall'attività fraudolenta posta in essere dalla maggioranza si debba ricorrere ai generali canoni di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1375 e 1175 c.c.: i soci di minoranza potranno, quindi, agire per ottenere il risarcimento del danno, previa dimostrazione che la delibera è stata assunta con il voto determinante della maggioranza al solo fine di danneggiare la minoranza.

- 71)** Cass. 26 ottobre 1995 n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329, Cass. 11 giugno 2003 n. 9353, in *Le società*, 2, 2004, p. 188; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Impresa*, 3, 2006, p. 482.
- 72)** V. Cass. 26 gennaio 2006 n. 1525 per la quale l'art. 1394 opera ogni qualvolta il contratto sia stato posto in essere dall'amministratore unico o dal consigliere munito del potere di rappresentanza che, delegato o meno, agisca senza una preventiva delibera consiliare.  
In sintesi, il dibattito si incentra sul problema interpretativo in relazione ai rapporti fra le norme di diritto comune (artt. 1394 e 1395 C.C.) ed il disposto dell'art. 2384 c.c.. E' da osservare, peraltro, che in tema di s.r.l. il nuovo testo dell'art. 2475 ter, 1° comma, c.c. semplifica la questione costituendo una applicazione delle richiamate norme generali che regolano il conflitto di interessi in tema di diritto comune.
- 73)** A. BLANDINI, *Categorie di quote, categorie di soci*, p. 72 (v. in particolare nt. 78 e bibliografia ivi citata).
- 74)** G. ZANARONE in *Commentario Schlesinger* sub art. 2479 p. 1301ss..
- 75)** A. BLANDINI, *Categorie di quote, categorie di soci*, p. 78 per il quale "i diritti particolari possono e devono essere esercitati nell'ambito delle decisioni dei soci qualora riguardino materie che normalmente andrebbero trattate in tal modo (...) consentendosi così la diretta ed immediata applicazione della disciplina del conflitto di interessi anche al socio dotato di diritti particolari".
- 76)** L'esistenza del conflitto d'interessi richiede che lo scopo effettivamente perseguito dal socio sia incompatibile con la realizzazione dell'interesse sociale e che il perseguimento dell'interesse individuale o altrui possa recare danno alla società. In giurisprudenza Cass. 21 marzo 2000 n. 3312, secondo cui il requisito della potenziale dannosità per la società significa che, ai fini della invalidità della delibera, costituisce presupposto essenziale l'idoneità potenziale della medesima a ledere "gli interessi sociali", essendo conseguentemente irrilevante che la delibera consenta al socio di raggiungere anche un proprio interesse se, nel contempo, non ne risulti pregiudicato quello sociale.
- 77)** A. BLANDINI, *Categorie di quote, categorie di soci*, p. 79 sempre a conferma della tesi che riconduce alle decisioni dei soci i diritti particolari che riguardano i medesimi argomenti di loro possibile competenza.
- 78)** Per l'espressa applicabilità dell'art. 2476, 7° comma c.c., al socio titolare di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società v. GRANELLI in *Società* 2003, p. 1570.
- 79)** Sul punto v. per tutti G. ZANARONE in *Commentario Schlesinger* sub art. 2476 p. 1122ss..
- 80)** V. giurisprudenza e Autori citati alla precedente nota 70.

*(Riproduzione riservata)*