TRIBUNALE DI CAGLIARI

3 aprile 2008

Pres. Pisotti - Est. Poddighe

[7968/12] Società - Patto leonino - *Ratio* del divieto - Patto parasociale di esclusione dalle perdite di un socio estromesso dalla gestione sociale - Nullità - Esclusione
(Codice civile, art. 2265).

[7968/12] Società - Società a responsabilità limitata - Partecipazione a scopo di finanziamento - Patto parasociale - Patto leonino - Configurabilità - Esclusione
(Codice civile, art. 2265).

Il divieto del patto leonino mira ad evitare una dissociazione tra rischio sociale e potere di gestione, sicché è valido un accordo parasociale volto ad esonerare un socio estromesso dalla gestione sociale dalla partecipazione alle perdite (1).

I patti parasociali di retrocessione di quote di s.r.l. sono validi se l'esclusione del socio dalla partecipazione agli utili ed alle perdite risulti solo temporanea e non già assoluta e costante (2).

(*Omissis*). — Svolgimento del processo. — Con atto di citazione notificato in data 7 settembre 2006 ai signori M.O., S.O. e R.O., nonché, in data 11 settembre 2006, alla C. s.p.a., con sede in Milano, la società denominata Società Finanziaria Industriale s.p.a., con sede in Cagliari, ha agito per la declaratoria dell'avvenuto trasferimento in capo ai convenuti della propria quota detenuta nella società Island Marble s.r.l. con sede in Cagliari, e, di conseguenza, per la condanna al pagamento in solido del corrispettivo della cessione.

A fondamento della domanda la società attrice ha esposto quanto segue:

— I signori M.O., R.O. e S.O., in qualità di titolari dell'85% del capitale sociale della Island Marble s.r.l. (il signor M.O. titolare di una quota del 75% detenuta in mandato fiduciario dalla C. s.p.a.) avevano proposto con lettera del 7 dicembre 1999 alla SFI s.p.a., titolare del residuo 15%, di partecipare, per un importo pari a lire 492.725.000, alla sottoscrizione di un aumento del capitale della società da lire 48.503.000 a lire 4.000.000.000;

— In data 15 dicembre 1999 la SFI s.p.a. — la cui partecipazione transitoria nella società, prevista per cinque anni, era avvenuta a scopo di finanziamento nell'ambito della propria attività istituzionale — aveva proceduto alla sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale deliberato il 15 ottobre 1999 ed al conseguente versamento, giungendo così ad acquisire una partecipazione del 12,5% del capitale, del valore nominale di lire 500.000.000;

— Nella stessa lettera del 7 dicembre 1999 i signori R.O., S.O. e M.O., quest'ultimo anche per la società C. s.p.a., avevano formulato alla SFI s.p.a. una proposta irrevocabile di acquisto dell'intera sua partecipazione verso il pagamento di un corrispettivo di lire 500.000.000, oltre ad un interesse variabile da calcolarsi secondo il tasso Euribor a tre mesi, risultante al 31 dicembre di ogni anno di permanenza nella compagine sociale, maggiorato di uno *spread* dello 0,60%, per il periodo intercorrente tra la data di sottoscrizione dell'aumento del capitale e il pagamento del prezzo di acquisto;

— Con lettera raccomandata a.r., ricevuta dai convenuti in data 20 dicembre 1999, la SFI s.p.a. aveva comunicato l'accettazione della proposta: pertanto, stante l'avvenuta conclusione del contratto, incombe sugli acquirenti l'obbligo di versare il corrispettivo, così come determinato, oltre che l'obbligo per la formalizzazione della cessione, ai fini di renderla opponibile ai terzi;

— Sebbene sollecitati più volte, essi non avevano adempiuto a quanto richiesto dalla società attrice.

Si sono costituite in giudizio le sorelle S. e R.O., le quali hanno richiesto: in via principale, il rigetto della domanda di parte attrice, in quanto nulla sarebbe dovuto calcolando l'importo della quota in base ai valori attuali; in via subordinata, la condanna al pagamento del corrispettivo della cessione in proporzione alle quote possedute, per un importo rispettivamente di euro 1.749,24 per la prima e di euro 1.678,00 per la seconda.

Il convenuto M.O. è rimasto contumace.

Con istanza notificata alle controparti la SFI s.p.a. ha richiesto la fissazione dell'udienza di cui all'art. 8 d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Successivamente, con atto depositato in cancelleria in data 1 marzo 2007, si è costituita la società C. s.p.a., la quale ha richiesto che il Tribunale dichiarasse inammissibile l'istanza di fissazione dell'udienza *ex adverso* proposta e che, nel merito, rigettasse la domanda nei suoi confronti, in quanto il contratto non aveva prodotto alcun effetto nella propria sfera giuridica.

Con ordinanza depositata in cancelleria il 5 giugno 2007 il Presidente di questo Tribunale ha dichiarato inammissibile la predetta opposizione, in quanto proposta oltre il termine perentorio disposto dall'art. 8, comma 5°, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Con successivo decreto depositato in cancelleria il 12 luglio 2007 il giudice relatore, ritenuto che la presente causa potesse essere definita sulla base dei soli documenti prodotti dalle parti, ha rigettato le istanze istruttorie fissando l'udienza di discussione.

All'udienza del 4 ottobre 2007 il Tribunale ha rilevato d'ufficio la questione in ordine alla ravvisabilità di un patto leonino.

La presente causa, istruita con produzioni documentali, all'udienza del 7 febbraio 2008 è stata riservata per la decisione sulla base delle conclusioni trascritte in epigrafe.

Motivi della decisione. — La domanda è fondata, per quanto di ragione.

Dalla lettera del 7 dicembre 1999 risulta che vi sia stata una proposta di acquisto della quota della SFI s.p.a. nella società Island Marble s.r.l., della durata di cinque anni, e che il prezzo di tale cessione sia stato stabilito in lire 500.000.000, oltre agli interessi da calcolarsi come indicato nel paragrafo III. Dagli atti di causa risulta altresì che la SFI abbia accettato la proposta ed abbia reso nota tale accettazione ai proponenti nel luogo da essi indicato al paragrafo VIII, ossia presso la sede della società Island Marble s.r.l., con raccomandata a.r. giunta a destinazione il 20 dicembre 1999. Pertanto, stante il chiaro disposto dell'art. 1326 c.c., il contratto si è concluso in tale data.

Si rivela infondata la questione, sollevata d'ufficio, circa la nullità del contratto per violazione del divieto del patto leonino *ex* art. 2265 c.c.

Ritiene il Collegio di non doversi discostare da quanto espresso nella precedente pronuncia di questo Tribunale n. 2329 del 19 giugno 2000, resa in merito ad una situazione pressoché identica a quella oggetto del presente giudizio. In quella occasione il giudicante aveva ritenuto di non poter affermare che la previsione contrattuale posta al suo esame fosse stata di per sé idonea a determinare l'assoluta e costante esclusione del socio dalla partecipazione agli utili o alle perdite, elemento ritenuto dalla giurisprudenza indispensabile ai fini della nullità *ex* art. 2265 c.c. (Cass., 29 ottobre 1994, n. 8297; Cass., 21 gennaio 2000, n. 642). Anche nel caso di specie non sono stati allegati dalle parti, ed in particolare dai convenuti, elementi idonei in tal senso, non essendo stata esclusa la normale e fisiologica partecipazione della SFI s.p.a. agli utili e alle perdite sociali.

Inoltre la prevalente dottrina e la giurisprudenza (Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927) si sono pronunciate nel senso della validità di suddette pattuizioni parasociali, poste in essere nell'ambito di operazioni di finanziamento. Posto che la *ratio* del divieto del patto leonino consiste nello scopo di evitare una dissociazione tra rischio sociale e potere di gestione, è stato rilevato che la nullità di detti accordi non sussiste nell'ipotesi in cui all'esonero dalla partecipazione alle perdite corrisponda la sostanziale esclusione del socio esonerato dalla gestione della società. Se infatti a quest'ultimo fossero attribuiti poteri di gestione, egli sarebbe in permanente conflitto di interessi con gli altri soci, in quanto preferirebbe agli affari avveduti quelli che, pur in astratto vantaggiosi, offrono le maggiori probabilità di perdite, che egli in ogni caso non sopporterebbe.

Nel caso di specie emerge dagli atti che la SFI s.p.a. non ha partecipato alla gestione della società, essendo incontestato che la sua partecipazione al capitale della Island Marble s.r.l., oltretutto limitata al 12,5%, è avvenuta esclusivamente a scopo di finanziamento.

Alla luce delle considerazioni svolte ne consegue la validità della pattuizione in esame.

Si rilevano altresì infondate le eccezioni delle convenute S. e R.O.

La stipulazione di un valido contratto di cessione della quota della SFI s.p.a. implica che le parti si siano obbligate ad acquistare la stessa al prezzo indicato nella citata proposta del 7 dicembre 1999, senza che pertanto rilevi il valore reale della quota al momento del perfezionamento del contratto, né tantomeno il valore attuale.

Per le stesse ragioni non trova applicazione la disciplina dettata per il recesso del socio, in quanto trattasi di cessione a titolo oneroso il cui corrispettivo è stato puntualmente indicato.

Quanto alla richiesta di condanna al pagamento nella percentuale calcolata sulla base della partecipazione delle convenute alla società, tale domanda è infondata, stante la non superata presunzione di solidarietà di cui all'art. 1294 c.c. Se invero la norma non dispone che la pattuizione contraria alla solidarietà passiva debba risultare espressamente da un documento scritto, potendo desumersi anche *per facta concludentia*, ciononondimeno essa deve risultare in modo univoco. Nel caso di specie ciò non può evincersi dall'inciso contenuto nel paragrafo VI del contratto, per cui gli scriventi "assumono, altresì, formale e personale impegno", ben potendo tale clausola essere ragionevolmente interpretata nel senso che il "formale e personale impegno" di cui trattasi non debba calcolarsi in base al valore della quota di partecipazione posseduta, ma si estenda all'intero prezzo pattuito.

Fondata è invece l'eccezione della C. s.p.a.

La società fiduciaria non contesta lo svolgimento dei fatti addotti dalla SFI a fondamento della propria pretesa; tuttavia sostiene che tali fatti non hanno prodotto alcun obbligo nei suoi confronti a motivo della carenza dei poteri rappresentativi in capo a M.O., poiché egli, di sua iniziativa, sottoscrisse due volte la proposta di acquisto, una per sé l'altra "per C. s.p.a.".

Ritiene pertanto il Collegio che — indipendentemente dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2°, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 nella parte in cui veniva attribuito il valore di *ficta confessio* ai fatti affermati dall'attore — con la proposizione di tale eccezione la convenuta abbia contestato esclusivamente il fondamento giuridico della domanda, ossia la "concludenza" di essa, se si vuole adoperare il termine di cui alla disposizione dichiarata illegittima.

La conclusione cui perviene la C. s.p.a. deve essere condivisa in quanto, se da un lato risulta con certezza che M.O. non era legale rappresentante della società fiduciaria, né era legittimato alla sottoscrizione in nome e per conto della stessa da una procura institoria o da una procura speciale *ad hoc*, dall'altro la SFI s.p.a. non può invocare a suo favore il principio dell'apparenza del diritto.

Ciò in quanto, come hanno chiarito dottrina e giurisprudenza, il principio suddetto, riconducibile al più generale principio dell'affidamento incolpevole, presuppone che risulti accertata la buona fede del terzo creditore, non dipende da errore dovuto a colpa, suscitata dalla condotta colposa del rappresentato (da ultimo, Cass., 28 agosto 2007, n. 18191).

Pertanto la SFI, se avesse agito secondo buona fede, oltre che con la diligenza che le è propria, in quanto società finanziaria regionale che acquisisce e dismette partecipazioni societarie nell'ambito della sua attività istituzionale, avrebbe dovuto sin da subito riscontrare la carenza del potere rappresentativo in capo all'O. e, di conseguenza, richiedere i dovuti chiarimenti allo stesso o alla C. s.p.a. prima della conclusione del contratto.

Inoltre la SFI non può addurre di aver ragionevolmente confidato sulle qualità del falso rappresentante in base ad una precedente condotta della C. s.p.a. Ed infatti quest'ultima, quando non ha partecipato alle vicende relative alla società Island Marble s.r.l. attraverso il suo amministratore, si è sempre fatta rappresentare da soggetto munito di apposita procura speciale scritta. In particolare ciò si è verificato in occasione della delibera assembleare di aumento del capitale sociale tenutasi il 15 ottobre 1999, ossia poco tempo prima della proposta di acquisto per cui è causa: a tale assemblea il socio C. s.p.a. era presente avendo delegato *ad hoc* la signora R.O. La stessa SFI non poteva ignorare tale circostanza, in quanto socio presente all'assemblea.

La mancata ratifica della C. s.p.a. dell'atto compiuto dal *falsus procurator* comporta l'inefficacia del contratto *in parte qua*, e il conseguente acquisto della quota sociale della SFI s.p.a. in capo ai soli M.O., S.O. e R.O.

Le spese, liquidate come in dispositivo, conseguono alla soccombenza. (*Omissis*).

(1-2) Partecipazioni in s.r.l. a scopo di finanziamento e divieto del patto leonino.

SOMMARIO: 1. Il caso e l'attuale stato del dibattito. — 2. Applicabilità del divieto del patto leonino alle convenzioni parasociali. — 3. Gli indici rivelatori del patto leonino: *a*) la dissociazione tra rischio e potere di gestione. — 4. (*Segue*): *b*) la « *costanza* » della partecipazione agli utili ed alle perdite.

1. La decisione in commento affronta il delicato (ed ormai risalente) problema della compatibilità con il divieto del patto leonino, sancito dall'art. 2265 c.c., di accordi parasociali intercorrenti tra soci di comando di una società di capitali (nella specie: s.r.l.) ed una finanziaria, volti a cedere temporaneamente a quest'ultima, a scopo di finanziamento, una porzione della loro partecipazione sociale verso un determinato corrispettivo.

Insinua i dubbi circa la validità di simili convenzioni la loro previsione di un diritto potestativo della finanziaria, socia "a termine", di esigere dai soci (di maggioranza) alienanti, alla scadenza convenuta, la retrocessione della partecipazione acquisita al prezzo originariamente sborsato, maggiorato degli interessi stabiliti (cc.dd. patti di retrocessione, o di futuro rilievo ovvero convenzioni di smobilizzo).

È d'uopo anzitutto puntualizzare la struttura della pattuizione in discorso. La finanziaria assume la temporanea partecipazione sociale, con il conseguente, tendenziale riconoscimento di tutti i diritti connessi allo *status* di socio (utili, voto, intervento, ecc.); la natura parasociale del patto di retrocessione comporta infatti che l'obbligo di restituzione, alla scadenza prestabilita, del corrispettivo inizialmente versato dalla finanziaria per l'acquisto della quota sociale, maggiorato degli interessi convenuti, sia assunto dai soci alienanti, e non già dalla società, che resta formalmente estranea all'accordo. Se ne deduce anche che se la società partecipata ha accumulato *medio tempore* utili, distribuiti alla finanziaria, tali somme andranno correlativamente restituite ai soci alienanti al momento della retrocessione.

Ma l'esperienza insegna che questa è ipotesi alquanto remota. Piuttosto frequente è invece l'opposto caso, appunto esaminato dai giudici sardi, in cui i soci di maggioranza di una società in crisi di liquidità, ricorsi a tale strumento per reperire risorse economiche, al momento della retrocessione abbiano invocato la nullità della convenzione per violazione del divieto del patto leonino al fine di contestare il fondamento di un loro obbligo di riacquisto della quota sociale: ciò in palese violazione delle condizioni fissate nell'accordo e con evidente pregiudizio della finanziaria, costretta a rimanere in possesso di una quota notevolmente svalutata per effetto delle perdite *medio tempore* accumulate dalla società partecipata.

È noto che la validità di queste convenzioni sia controversa proprio in ragione del sostanziale esonero della finanziaria dalla partecipazione (agli utili *o*) alle perdite della società sovvenuta, giocoforza risultante dal patto di retrocessione della quota sociale alle condizioni inizialmente definite. Il divieto del patto leonino, destinato ad operare sul piano della *responsabilità interna* dei soci, può infatti predicarsi tanto con riferimento a clausole statutarie, quanto rispetto a convenzioni parasociali di esonero di un socio dagli utili e/o dalle perdite.

Su tale questione non può tuttavia prescindersi dall'importante approdo conseguito dalla giurisprudenza di legittimità (1), che assegna rilievo decisivo alla *fonte* della previsione leonina. In particolare, se la *clausola statutaria* leonina è in ogni caso nulla poiché contrastante con una norma imperativa (art. 2265 c.c.), il *patto parasociale* leonino meriterebbe invece un diverso trattamento, ancorché non possa reputarsi sempre e comunque lecito in virtù dei suoi inevitabili riflessi sul contratto di società cui è « funzionalmente » connesso. Ne consegue la necessità di sottoporre tale convenzione extrasociale atipica ad un'indagine casistica volta ad appurare la sua idoneità a realizzare autonomi interessi meritevoli di tutela (art. 1322, comma 2°, c.c.).

La genesi di tale impostazione permissiva — peraltro alquanto controversa (2), e non solo in Italia (3) — ha evidentemente risentito della legislazione settoriale di sostegno alla piccola e media impresa di inizio anni novanta del secolo scorso. Esemplare la legge 5 ottobre 1991, n. 317, che riconosceva rilevanti agevolazioni fiscali a *società finanziarie per l'innovazione e lo sviluppo* aventi come oggetto sociale esclusivo l'assunzione di partecipazioni temporanee al capitale di rischio di piccole imprese costituite in forma di società di capitali, inidonee alla determinazione di situazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. (art. 2, l. n. 317/1991). D'altro canto, i patti di retrocessione di quote sociali mirano al perseguimento di rilevanti finalità di politica economica, quali il sostegno nella difficile fase di avvio (*start-up*) di nuove intraprese, la sovvenzione di programmi pluriennali di sviluppo ed ammodernamento

---

(1) Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927 (in *Società*, 1995, 178 ss., in *Notariato*, 1995, 244 ss., con nota di LA PORTA, *Patti parasociali e patto leonino*; ed in *Giur. comm.*, 1995, II, 478 ss., con nota parzialmente adesiva di CIAFFI, *Finanziarie regionali e patto leonino*), la cui impostazione è stata sostanzialmente condivisa dal Coll. Arbitrale (Minervini-Cuffaro-Giorgianni), nel Lodo 7 aprile 2000, in *Contr. e impr.*, 2000, 959 ss.; v. anche, qualificando come patto d'opzione la fattispecie in discussione, Trib. Cagliari, 19 giugno 2000, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 471, con nota di CINCOTTI, *Sulla liceità del patto di smobilizzo della c.d. partecipazione a scopo di finanziamento.* Un caso di patti di retrocessione di una quota di s.r.l. è pervenuto recentemente all'esame del Coll. Arbitrale (Lorenzetto Peserico-Migliorini-Ferrata), nel Lodo 15 novembre 2006, in *Riv. dir. impr.*, 2007, 205 ss.

(2) Favorevoli alla legittimità di tali pattuizioni, pur con varie impostazioni e sfumature: GRAZIANI, *Patto leonino e contratto di garanzia*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, 489 ss.; MINERVINI, *Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino*, in *Contr. e impr.*, 1988, 771 ss., spec. 777 ss.; PIAZZA, *La causa mista credito-società*, ivi, 1987, 805 ss.; SBISÀ, *Circolazione delle azioni e patto leonino*, ivi, 816 ss.; R. SANTAGATA, *Patti di retrocessione di azioni a prezzo garantito e divieto del patto leonino*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 54 ss.; LEOZAPPA, *Le partecipazioni a scopo di finanziamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 290 s.; TORSELLO, *Partecipazione a scopo di finanziamento e patto leonino parasociale*, in *Contr. e impr.*, 2000, 917 s.; E. BARCELLONA, *Clausole di put & call a prezzo predefinito. Fra divieto di patto leonino e principio di corrispettività*, Milano, 2004, 48 ss., 56 ss. e 77 s. E v. anche: CALVOSA, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, Milano, 1995, 242 ss.; CERONI, *Simulazione e patti parasociali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 1111 ss., spec. 1152 ss.

Contrari, invece, già LORDI, *Patto leonino: garanzia di soci che esonerano un altro socio dalle perdite*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, 305 s., e, più di recente: ABRIANI, *Il divieto del patto leonino*, Milano, 1994, 138 ss.; FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, 151 ss.; GUGLIELMUCCI, *Lo smobilizzo delle partecipazioni nei patti parasociali delle finanziarie regionali private*, in *Riv. soc.*, 1980, 1196 ss., spec. 1201; OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 517 ss., spec. 528 (ora in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1992, 176 ss.); RESCIO, *I patti parasociali*, in *L'arbitrato e i patti parasociali*, Atti del convegno di studi di Bari, 20-21 ottobre 1989, Milano, 1991, 99 s.; SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, 39 ss., 78.

(3) Nell'esperienza francese, al cospetto di una previsione normativa sostanzialmente equivalente all'art. 2265 c.c. it., tali accordi hanno formato oggetto di un lungo ed articolato dibattito, nel quale spicca la contrapposizione tra rigorosa impostazione della *Chambre civile* della *Cour de Cassation*, che ne predicava la nullità per violazione del divieto del patto leonino (art. 1844-1 *code civil*), e più permissiva tesi della *Chambre commerciale*, la quale, facendo leva sul loro carattere *temporaneo*, le sottraeva all'ambito di applicazione di tale divieto. E v., nel senso dell'invalidità, *Cass. civ.*, 7 aprile 1987, in *Bull. Joly*, 1987, 278, con nota di VIANDIER e JEANTIN; *Cass. civ.*, 16 dicembre 1992, *ivi*, 1993, 219, con nota di LE CANNU; per la validità cfr., da ultimo, *Cass. com.*, 16 novembre 2004, in *Bull. Joly sociétés*, 2005, § 45, 270, con nota parzialmente critica di MATHEY, e segnalazione di MONDINI (in *Riv. soc.*, 2005, 659 s.); cui *adde*: *Cass. com.*, 24 maggio 1994, in *Bull. Joly*, 1994, 797, con nota di LE CANNU; *Cass. com.*, 16 novembre 1999, in *Jur. Class.*, 1999, *éd.* E, 168; e, con riferimento ad una « *opération de capital-investissement* », *Cass. com.*, 15 settembre 2000, in *Bull. Joly*, 2001, 47 e in *Dr. Sociétés*, 2001, n. 32, con nota di LUCAS. In dottrina un atteggiamento permissivo assumono RIPERT-ROBLOT, *Traité de droit commercial*[18], *par* Germain, t. 1, vol. 2, Paris, 2002, n. 1056-46, 32 s., ove ulteriori riferimenti.

aziendale o di piani di risanamento atti a consentire il riequilibrio della situazione finanziaria di piccole e medie imprese in crisi e la loro conseguente ristrutturazione a condizioni meno onerose rispetto al credito bancario.

L'accertamento della ricorrenza in concreto di siffatte finalità *oggettive*, corroborata dal richiamo della funzione incentivante dello sviluppo di imprese locali di ridotta dimensione, "istituzionalmente" svolta dalle finanziarie regionali, poteva ben valere ad affrancare i patti di retrocessione dal divieto sancito dall'art. 2265 c.c.

Del resto, l'asserito diverso trattamento tra clausole statutarie e patti parasociali leonini trova razionale giustificazione anche a livello sistematico, segnatamente in ciò, che: nell'ipotesi — assai verosimile rispetto ad entità in crisi economica — in cui la società indirettamente giovatasi di tale *finanziamento ai soci* (alienanti) dovesse subire perdite che riducano (o addirittura azzerino) il capitale sociale, il socio-finanziatore (*i.e.*: la finanziaria) partecipa al pari degli altri al rischio della gestione sociale, vedendosi in fatto impossibilitato a conseguire, al momento della retrocessione, i risultati inizialmente convenuti. La natura parasociale del patto di retrocessione comporta invero che la finanziaria sia creditrice — per la somma inizialmente sborsata per l'acquisto della partecipazione temporanea e gli interessi convenuti — non già della società, bensì *dei soci alienanti*. Il che non impedirebbe, si badi, il conseguimento degli obiettivi di politica economica testé illustrati, attesa la normale struttura familiare dell'impresa sociale coinvolta nell'operazione.

La riforma del diritto societario non ha direttamente inciso sulla questione della validità di queste convenzioni. Si osservi per inciso, tuttavia, che le nuove regole della società a responsabilità limitata potrebbero persino stimolarne la diffusione, in quanto, trattandosi di *finanziamenti ai soci* e non « *dei soci a favore della società* », queste pattuizioni certamente esulano dal raggio di applicazione della postergazione e dell'obbligo di restituzione sanciti dall'art. 2467 c.c.

2. La decisione in commento è interessante poiché non reca alcuna traccia di quell'indagine casistica ritenuta invece necessaria dalla Cassazione per escludere la frode alla legge e, di riflesso, suggellare la liceità del patto di retrocessione.

Giova al proposito rammentare che prescindere da siffatta verifica equivarrebbe ad accogliere un'interpretazione formalistica del divieto del patto leonino ed a circoscriverne l'àmbito di applicazione alle clausole contenute nell'atto costitutivo. Ed una simile lettura ne vanificherebbe la stessa portata precettiva, attesoché « a dir poco ingenuo » sarebbe cercare un « contratto di società in cui, con esplicito cinismo », risulti effettivamente convenuta l'esclusione di uno dei soci dagli utili e/o dalle perdite (4). Si è perciò dedotta, pressoché pacificamente (5), la nullità anche dei patti parasociali che perseguono il risultato del *sostanziale* esonero di taluno dei soci dagli utili o dalle perdite: i quali, in ragione della stretta interdipendenza col contratto sociale cui sono funzionalmente collegati, andrebbero necessariamente interpretati alla stregua dell'operazione societaria, restando così sottoposti alla relativa disciplina (6).

3. Probabilmente consapevoli di ciò, i giudici sardi non negano affatto l'applicazione del divieto del patto leonino ai patti parasociali. Muovono piuttosto dalla premessa che la *ratio* del divieto del patto leonino consista « nello scopo di evitare una dissociazione tra rischio e potere di gestione », onde giustificare la liceità della convenzione di smobilizzo esaminata con la circostanza che la finanziaria esonerata dalla partecipazione alle perdite era risultata, nella specie, al contempo esclusa dalla gestione della società.

Questa impostazione è radicata nella risalente intuizione (7) che il divieto del patto leonino obbedisca a ragioni di ordine pubblico economico: se fosse lecito, infatti, esonerare un socio dall'incidenza delle perdite, costui si troverebbe in permanente conflitto d'interessi con gli altri soci che possono sia perdere che guadagnare; e la situazione si presenterebbe inammissibile nel caso in cui il socio escluso dalle perdite sia titolare di una partecipazione maggioritaria: egli potrebbe esser indotto a decidere operazioni avventate, aleatorie e perciò rischiose per gli altri soci esposti all'incidenza dell'eventuali perdite. In una tale prospettiva, può agevolmente cogliersi il disegno del legislatore di legare indissolubilmente al concetto di partecipazione sociale la soggezione al rischio d'impresa (8).

Sviluppando la premessa che la *ratio* del divieto risieda nella garanzia di una corretta amministrazione della società (9), il passo è breve per sostenere che la limitazione dei poteri gestori del socio legittimerebbe una sua sia pur parziale deresponsabilizzazione.

---

(4) Le citazioni sono tratte da Navarrini, *Nota* ad App. Milano, 11 settembre 1908, in *Foro it.*, 1908, I, 1312 s.

(5) In senso contrario si è recentemente pronunciato E. Barcellona (nt. 2), 56 ss., che reputa necessario valutare tali accordi « *traslativi* del rischio di perdite » alla luce del principio di corrispettività, escludendo ogni interferenza del divieto di patto leonino che precluderebbe soltanto l'originaria esclusione di un socio dal rischio di perdite; di avviso sostanzialmente analogo Carrière, *Le operazioni di* portage *azionario. Tra proprietà temporanea e proprietà economica*, Milano, 2008, 255 s., secondo cui la natura parasociale dei patti di retrocessione varrebbe di per sé ad affrancarli dalla proibizione sancita dall'art. 2265 c.c. Ma v. la puntuale replica di Macrì, *Patti parasociali e attività sociale*, Torino, 2007, 27, nt. 75.

(6) Se è pacifico che il patto parasociale debba esser analizzato con costante riferimento al contratto di società cui è collegato, non si registra però concordia di opinioni circa gli esiti di tale indagine: accanto a posizioni rigidamente orientate per la nullità in ogni caso di un simile patto parasociale [Santoni (nt. 2), 39 ss.], non mancano preferenze per una valutazione casistica, sottolineandosi la necessità di appurare se, nel caso concreto, le circostanze e gli interessi sottesi alla convenzione predisposta dalle parti abbiano una propria giustificazione causale, o realizzino invece un negozio in frode alla legge (Ferri, *Delle società*[3], in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1981, 200; Graziani, *Diritto delle società*[5], Napoli, 1962, 71 s.; Oppo, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, 105 s.; e nella manualistica recente, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*[6], a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 83, testo e nt. 49); ed è proprio questa più flessibile impostazione che ha trovato recentemente il conforto della Suprema Corte [Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927 (nt. 1), cui *adde*: Cass., 7 luglio 1997, n. 6105, in *Mass. Giur. it.*, 1997, 602; Trib. Cagliari, 19 giugno 2000 (nt. 1)].

(7) Per la quale cfr., anzitutto, Simonetto, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, 137 s.; nonché, Bolaffi, *La società semplice*, rist., Milano, 1975, 499 s.; M. Ghidini, *Società personali*, Milano, 1972, 316; N. Piazza, voce *Patto leonino*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 528; Minervini (nt. 2), 776 ed, in giurisprudenza, Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927 (nt. 1); Cass., 22 giugno 1963, n. 1686, in *Giust. civ.*, 1963, II, 2040 ss.

(8) Nella Relazione al progetto del codice civile, libro delle obbligazioni, n. 498 (Pandolfelli-Scarpello-Stella Richter-Dallari, *Codice civile. Libro del lavoro*, Milano, 1943, 143) si precisava che l'esclusione dagli utili e dalle perdite di taluno dei soci contrasta con la *causa* del contratto di società determinandone, conseguentemente, la nullità. Analogamente orientati, in dottrina, Bolaffi (nt. 7), 291; e, sostanzialmente, Spada, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 157 s., nt. 118, 176 s., nt. 149, 182 ss., nt. 107; in giurisprudenza, cfr. soprattutto Cass., 31 luglio 1952, n. 2449, in *Foro it.*, 1952, I, 1506 s.

(9) Premessa, questa, recentemente contestata da E. Barcellona (nt. 2), 29 ss., che al proposito carica di rilievo sistematico le convenzioni relative al diritto di voto in ipotesi di vincoli sulle azioni (art. 2352 c.c.), le azioni di godimento con diritto di voto ed i diritti amministrativi riconosciuti ai possessori di strumenti finanziari partecipativi alla società (art. 2351 c.c.). Ma da tali fattispecie non possono affatto ricavarsi indizi rivelatori dell'assetto complessivo del sistema: preclusiva appare infatti la peculiarità delle vicende sottostanti ai vincoli sulle azioni ed alle azioni di godimento (e cfr. anche gli spunti offerti da La Sala, *Il voto non proporzionale nella società per azioni*, Campobasso, 2009, spec. 98) e la circostanza che gli apporti a fronte dei quali sono emessi gli strumenti partecipativi non siano imputabili a capitale sociale e non prospettino, pertanto, problemi di compatibilità col divieto di patto leonino.

Risultano tuttavia controverse le modalità tecniche per l'attuazione di questo compromesso.

Un orientamento più rigido richiede al riguardo la sospensione *convenzionale* del diritto di voto dell'acquirente della partecipazione temporanea mediante una specifica ed apposita previsione nel patto parasociale (10). Ma, avverso una soluzione siffatta, depongono non trascurabili argomenti di indole funzionale: la specifica finalità ed il più evidente vantaggio dei patti di futuro rilievo consistono proprio nell'assicurare al finanziatore un incisivo intervento, una costante *vigilanza* sulla gestione dell'ente finanziato; per converso, qualora le fosse inibito l'esercizio del voto, la finanziaria probabilmente si asterrebbe dall'effettuare l'operazione in questione, decisamente più rischiosa di un normale contratto di credito (11).

La decisione annotata si colloca quindi, a ragione, nel solco di un'impostazione più flessibile, incline a reputare sufficiente ad escludere interferenze col patto leonino il vincolo minoritario della partecipazione temporanea, congiunto alla comprovata estraneità del suo titolare alla gestione della società (12).

Questa tesi merita sostanziale approvazione.

Altro è, invero, l'esercizio del voto funzionale ad assicurare al finanziatore un monitoraggio ed una valida protezione da comportamenti inefficienti ed opportunistici dell'imprenditore sovvenuto; e, di riflesso, a riconoscergli i poteri di compiere atti di ispezione, di conferire autorizzazioni od esprimere pareri anche vincolanti (cc.dd. « *positive* », « *negative* » e « *financial covenants* ») con riferimento a determinate, e preventivamente individuate, operazioni della società suscettibili di aggravare il rischio di impresa, quali modifiche dell'oggetto sociale o assunzioni di ulteriori garanzie senza rinegoziazione delle condizioni del finanziamento partecipativo. Altro è la sistematica intromissione nella gestione della società sovvenuta, volta a conferire un peso determinante a chi è esonerato dal rischio di perdite.

Ebbene, soltanto quest'ultima situazione sembra confliggere con la *ratio* del divieto del patto leonino.

Non deve però trascurarsi che l'adesione a quest'orientamento "liberale" implica un'evidente deviazione dell'oggetto dell'indagine casistica, all'esito della quale può predicarsi la liceità della convenzione di smobilizzo: verifica incentrata non più sulla meritevolezza degli interessi oggettivi perseguiti dalla convenzione extrasociale in sé (come invece ritenuto dalla Suprema Corte), bensì, piuttosto, sull'effettiva estraneità alla gestione sociale della finanziaria temporaneamente detentrice della quota minoritaria. Indagine, si badi, sempre e comunque ineludibile — e, a quanto risulta, nella specie effettuata dai giudici cagliaritani —, giacché il vincolo minoritario della partecipazione non vale di per sé ad escludere un ruolo determinante del suo temporaneo detentore nella formazione di importanti decisioni gestorie rispetto alle quali sussista, in ipotesi, insanabile discordia fra due soci di maggioranza paritetici (o quasi).

4. Sembra doveroso segnalare, in chiusura, l'equivocità del richiamo, nella motivazione della decisione in commento, dell'« assoluta e *costante* esclusione del socio dalla partecipazione agli utili o alle perdite » quale elemento indispensabile affinché possa ritenersi nullo ai sensi dell'art. 2265 c.c. il patto parasociale che comporti un simile effetto.

Ed invero, se si assume il predicato della *costanza* dell'esclusione del socio dalla partecipazione ai risultati attivi e passivi dell'impresa quale requisito di operatività del divieto del patto leonino, l'assenza di un suo preciso referente normativo risulterà foriera di gravi incertezze in punto di delimitazione dell'àmbito della proibizione. Lo dimostra il ricorrente quesito se tale *costanza* implichi che l'esclusione sia vietata soltanto allorché convenuta *per tutta la durata della società*, od invece altresì quando risulti circoscritta ad una frazione temporale corrispondente alla durata di una singola partecipazione sociale.

I paventati rischi di vanificare la portata precettiva del divieto, cacciati dalla porta, rientrerebbero evidentemente dalla finestra qualora — anche fraintendendo indicazioni provenienti dall'esperienza comparatistica (13) — si circoscrivesse la sua operatività alla sola esclusione pattuita *per tutta la durata della società* (14), non soggiacendovi anche la convenzione parasociale che garantisca ad un socio assoluta e costante immunità dagli utili e dalle perdite, fintantoché costui non si determini ad esercitare il diritto potestativo di retrocessione ai soci alienanti della partecipazione temporanea. D'altronde, questa impostazione restrittiva trova ragione in ciò, che il patto leonino incide non già sulla funzione obiettiva del contratto sociale (a meno che l'esclusione dagli utili e/o dalle perdite investa *tutti* i soci), bensì esclusivamente sulla « causa » della partecipazione sociale cui si riferisce (15). Il che non implica affatto, beninteso, una smentita dell'orientamento incline ad affrancare dal divieto del patto leonino le clausole che condizionano, in alternativa, la partecipazione o l'immunità dagli utili o dalle perdite al verificarsi di « eventi giuridicamente rilevanti » (16): ciò in quanto « tale natura non può di certo essere individuata nell'atto determinativo della volontà del soggetto beneficiario dell'esclusione stessa » di continuare ad essere socio accollandosi il rischio d'impresa connaturato alla partecipazione sociale (17).

RENATO SANTAGATA

---

(10) Così, MINERVINI (nt. 2), 779, che appunto proponeva un'esclusione *pattizia* della partecipazione del socio finanziatore alla gestione della società, richiamando l'art. 1550 c.c. che, in tema di contratto di riporto, consente pattuizioni in ordine alla titolarità di tale diritto [per converso, ABRIANI (nt. 2), 151 ss. e RESCIO (nt. 2), 99 s., hanno interpretato tale sospensione come effetto scaturente *ex lege* dal patto di futuro rilievo].

Non sembra invece pertinente il richiamo [operato dal MINERVINI (nt. 2), 779, nt. 29] all'art. 1558 c.c., la cui applicazione si proponeva nelle ipotesi, non infrequenti, in cui le azioni fossero state alienate nella prospettiva di un loro collocamento sul mercato. Infatti, nel contratto estimatorio l'erogazione del corrispettivo è differita, in quanto ha luogo solo nell'eventualità (e comunque dopo) che i beni siano effettivamente collocati sul mercato: di tal ché sarebbe in ogni caso preclusa alla società finanziata la tempestiva acquisizione delle somme oggetto del finanziamento, venendo meno così il principale obiettivo dei patti di retrocessione [e sul punto cfr., RESCIO (nt. 2), 99 s.; ABRIANI (nt. 2), 154, nt. 101].

(11) E v. le condivisibili osservazioni di LA PORTA (nt. 1), 253, per il quale la spettanza del voto al socio-finanziatore si giustifica con il suo naturale interesse al buon andamento dell'attività imprenditoriale. In una diversa prospettiva, invece, ABRIANI (nt. 2), 155, ad avviso del quale i patti di retrocessione si rivelerebbero in ogni caso di scarsa utilità, giacché il vantaggio di un potere di controllo interno sulla gestione sociale attribuito al socio finanziatore non sembra compensato dagli ingenti costi, anche e soprattutto fiscali, dell'acquisizione del pacchetto azionario nella partecipata.

(12) In questa direzione si era espresso, in particolare, LEOZAPPA (nt. 2), 274 ss. e 291.

(13) Si allude all'impostazione della *Chambre commerciale* della *Cour de Cassation* francese (nt. 3) che ritiene validi gli *engagement de rachat de parts social*, stigmatizzando il carattere *temporaneo* della partecipazione sociale.

(14) Come ritengono, invece, gli arbitri Minervini e Cuffaro nelle conclusioni del Lodo 7 aprile 2000 (nt. 1), 982.

(15) Così MARASÀ, *Le società. Società in generale*[2], in *Trattato* Iudica-Zatti, Milano, 2000, 228.

(16) Il riferimento è a Cass., 21 gennaio 2000, n. 642, in *Società*, 2000, 697, che peraltro si esprimeva in questi termini con riguardo ad una peculiare fattispecie in cui era in discussione la partecipazione al rischio d'impresa di un socio d'opera.

(17) Così, testualmente, la *Dichiarazione di dissenso dell'arbitro prof. Francesco Giorgianni* al Lodo 7 aprile 2000 (nt. 1), 981, condivisa dal Lodo arbitrale 15 novembre 2006 (nt. 1) ed, in dottrina, da TORSELLO (nt. 2), 911 ss. e da MARASCO, *Contratti di investimento e* ratchet, in *Contr. e impr.*, 2003, 1142.