

Giuseppe Paolo Alleca

**L'INTANGIBILITÀ DELLA
POSIZIONE DEL SOCIO DI S.R.L.**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

GIUSEPPE PAOLO ALLECA *

L'intangibilità della posizione del socio di s.r.l.

SOMMARIO: 1. Il problema. — 2. Introduzione allo studio della posizione del socio di s.r.l. — 3. Le operazioni di riduzione del capitale e la tutela della posizione del socio. — 4. L'aumento nominale e la tutela della posizione del socio. — 5. L'aumento reale e la tutela della posizione del socio: il problema. — 5.1. La tutela della posizione del socio nell'ipotesi di cui all'art. 2482-ter c.c. — 5.2. Il diritto di sottoscrizione e la tutela della posizione del socio di s.r.l. — 6. La tutela della posizione del socio nell'ipotesi di cui all'art. 2466 c.c. — 7. I particolari diritti e la tutela della posizione del socio. — 8. La posizione del socio di s.r.l., il suo recesso e la sua esclusione.

1. Com'è noto, la norma di cui all'art. 2473-bis c.c. ammette la possibilità che l'atto costitutivo della s.r.l. preveda delle specifiche ipotesi di esclusione del socio per giusta causa. Il contenuto dell'articolo evocato viene completato dalla previsione che stabilisce che nel caso in discorso si applicano le disposizioni sul recesso, fatta eccezione per il rimborso della partecipazione mediante la riduzione del capitale sociale.

Prima di proseguire, occorre premettere che il tema dell'esclusione del socio rientra tra gli argomenti che tratteremo nel corso del lavoro, ma non ne costituisce l'oggetto principale; d'altra parte, esso — in questa fase — può rappresentare un perfetto punto d'osservazione dal quale guardare al più complesso problema che ci proponiamo di affrontare.

A quest'ultimo riguardo, può dirsi che l'introduzione di un istituto come quello di cui all'art. 2473-bis c.c. nell'ordinamento della s.r.l. è stata accolta come una delle novità volte a caratterizzare in senso personalistico il tipo per quote ⁽¹⁾.

(*) Ricercatore di Diritto commerciale, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

⁽¹⁾ M. CIAN, *L'esclusione del socio*, in *S.R.L. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, Milano, 2011, 498 ss.; G. ZANARONE, *Art. 2473-bis*, in *Id.*, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 1, 853 ss., 859; M. TANZI, *Art. 2473-bis*, in

La dottrina che si è soffermata sulla fattispecie alla quale, in questo momento, rivolgiamo la nostra attenzione ha, peraltro, inteso sottolineare la costante distanza che separa la s.r.l. dagli enti personalistici ⁽²⁾; distanza che non verrebbe ridotta in misura sostanziale neanche dalla introduzione di un rimedio come quello che determina la risoluzione del rapporto del socio con la società nelle circostanze previste dall'atto costitutivo (come può appunto avvenire — oggi — nella vicenda del socio di s.r.l., fatta salva l'ipotesi di esclusione legale prevista dall'art. 2466 c.c.).

A questo specifico proposito, dobbiamo dunque ricordare, sulla scorta del cenno fatto da ultimo, che — nel solco di quanto avveniva già prima della novella ⁽³⁾ — anche la disciplina degli enti capitalistici (al pari di quella delle società di persone, che prevede due cause di esclusione di diritto all'art. 2288 c.c. e di quella delle cooperative ⁽⁴⁾, che individua la fattispecie legale in parola all'art. 2531 c.c.) definisce un'ipotesi di estromissione legale del socio ⁽⁵⁾, che si verifica nel caso in cui quest'ultimo non abbia eseguito il conferimento promesso, rendendosi inadempiente nei confronti della società (nel caso della s.r.l., prevista dall'art. 2466 c.c.) ⁽⁶⁾.

Fatta questa precisazione, secondo l'opinione assolutamente dominante, il legislatore della riforma si sarebbe limitato ad ammettere che l'autonomia statutaria possa aggiungere, a quella legale richiamata da ultimo, delle ipotesi di esclusione facoltativa, tanto nel momento della nascita dell'ente quanto successivamente, in virtù di una semplice modifica dell'atto

Società di capitali. Commentario, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 3, 1547 ss., 1547; V. PAPPÀ MANFORTE, *L'esclusione del socio nella "nuova" s.r.l.*, in *La "nuova" società a responsabilità limitata*, a cura di M. Miola, Napoli 2005, 277 ss.; P. PISCITELLO, *Recesso ed esclusione nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Cambobasso, diretto da P. Abbadessa - G.B. Portale, Torino, 2007, 3, 717 ss., 735; F. CASALE, *L'esclusione del socio nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 816 ss., 818; F. NIEDDU ARRICA, *L'esclusione*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di F. Farina - C. Ibba - G. Racugno - A. Serra, Milano, 2004, 193 ss. 194; S. MASTURZI, *Art. 2473-bis*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2003, 95 ss., 95; F. ANNUNZIATA, *Art. 2473-bis*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, 532 ss., 533.

⁽²⁾ M. CIAN (nt. 1), 498, il quale rileva che la s.r.l. non viene delineata dalla riforma con tratti inderogabilmente personalistici; F. ANNUNZIATA (nt.1), 534 s.; e v. anche P. PISCITELLO (nt. 1), 717 ss.; F. NIEDDU ARRICA (nt. 1), 195.

⁽³⁾ E v., sul tema, con riguardo sia agli enti personalistici sia a quelli capitalistici, nel periodo precedente alla riforma societaria, M. PERRINO, *Le tecniche di esclusione del socio dalla società*, Milano, 1997, *passim*.

⁽⁴⁾ Disciplina che contempla le cause di esclusione (facoltativa) all'art. 2533 c.c.

⁽⁵⁾ Nel caso della s.p.a. disciplinata, com'è noto, dalla norma di cui all'art. 2344 c.c.

⁽⁶⁾ E v. ancora M. CIAN (nt. 1), 498 ss.; G. ZANARONE (nt. 1), 854; M. TANZI (nt. 1), 1547 ss.; O. CAGNASSO, *Artt. 2473 - 2473-bis*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, Bologna, 2004, 2, 1837 ss., 1846; F. CASALE (nt. 1), 817; F. NIEDDU ARRICA (nt. 1), 193; S. MASTURZI (nt. 1), 95; V. PAPPÀ MANFORTE (nt. 1), 280 ss.; F. ANNUNZIATA (nt. 1), 549 s.

costitutivo, assunta dalla maggioranza (richiesta) nelle forme previste dal codice (7).

In questa luce, il silenzio della norma che ci occupa sia sulle possibili cause che possono giustificare il ricorso al rimedio in parola sia sul procedimento da osservare al medesimo fine ha suscitato l'interesse degli studiosi che si sono dedicati all'opera di ricostruzione della relativa disciplina (8).

Quanti si sono confrontati con l'istituto dell'esclusione del socio si sono, perciò, preoccupati di colmare i vuoti originati dalla laconicità della previsione di cui all'art. 2473-bis c.c., partendo — dal già evocato — presupposto in base al quale la disposizione che ammette la misura rimediale della quale si discute sia volta ad accentuare, seppure in un ambiente sistematico che rimane prettamente capitalistico, il carattere personalistico del tipo per quote (9).

Ebbene, con il presente lavoro ci proponiamo di ricostruire quello che si può definire, sin d'ora, come lo statuto della partecipazione al capitale della s.r.l. Nella prospettiva dichiarata, l'introduzione della possibilità dell'esclusione facoltativa — a dispetto della funzione cui l'istituto è destinato sul piano operativo — pare invece fare emergere un principio di intangibilità della posizione del socio (10) e, con essa, delle basi comuni del contratto, a meno di una diversa determinazione proveniente da tutte le parti del medesimo (o di una differente previsione dell'atto costitutivo, comunque introdotta all'unanimità), che mette in luce un tratto personalistico inderogabile del tipo per quote, il quale riduce sensibilmente (pur senza cancellarla) la distanza che separa la s.r.l. dagli enti personali.

Il profilo che ci proponiamo di mettere in evidenza è perciò quello — per noi — realmente qualificante della (ormai non più tanto) nuova s.r.l., per il quale l'intangibilità presuppone « (...) il rispetto delle posizioni recipro-

(7) M. CIAN (nt. 1), 505 s.; G. ZANARONE (nt. 1), 865 s.; O. CAGNASSO (nt. 5), 1847; F. CASALE (nt. 1), 832 ss.; F. NIEDDU ARRICA (nt. 1), 196 s.; implicitamente, anche S. MASTURZI (nt. 1), 95 ss.; D. GALLETTI, *Art. 2473-bis*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 3, 1924 ss.; F. ANNUNZIATA (nt. 1), 541; M. TANZI (nt. 1), 1548. Di parere opposto, condivisibilmente, V. PAPPÀ MANFORTE (nt. 1), 279 s.

(8) P. PISCITELLO (nt. 1), 736 ss.. Operazione, peraltro, giudicata tutt'altro che semplice in dottrina; e v., al riguardo, M. CIAN (nt. 1), 500 s.; M. TANZI (nt. 1), 1547 ss.; O. CAGNASSO (nt. 5), 1847 ss.; F. CASALE (nt. 1), 816 ss.; S. MASTURZI (nt. 1), 95; D. GALLETTI (nt. 6), 1924 ss.; F. ANNUNZIATA (nt. 1), 535 ss.

(9) M. CIAN (nt. 1), 498 ss.; G. ZANARONE (nt. 1), 865 s.; F. CASALE (nt. 1), 818; F. NIEDDU ARRICA (nt. 1), 196; S. MASTURZI (nt. 1), 95; F. ANNUNZIATA, (nt. 1), 535 ss.

(10) Il principio in discorso — per dirla con le parole di uno studioso che si è occupato del tema della parità di trattamento — sottintende il fatto che « non è detto che i soci o gli associati debbano avere uguali diritti e obblighi, che in generale la loro posizione debba essere uguale e non è nemmeno detto che essa debba essere proporzionale ai conferimenti; soci o associati possono però pretendere di essere trattati in modo conforme alla loro posizione (...) »; così G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, 71 s.

che (...) » ⁽¹¹⁾ definite dal contratto e la conservazione dell'originaria proporzione nei rapporti tra le parti del rapporto di società ⁽¹²⁾. Riteniamo dunque che, in questo modo, il legislatore abbia inteso affermare il forte carattere contrattuale dell'attuale s.r.l., sul quale si fonda — nel caso *de quo* — l'eguaglianza tra i soci. Per questa via, è altresì possibile escludere la necessità del ricorso al principio di parità di trattamento ⁽¹³⁾, che invece nell'ipotesi del tipo capitalistico più sofisticato, è — per alcuni ⁽¹⁴⁾ — indispensabile ⁽¹⁵⁾ (mezzo) al medesimo fine ⁽¹⁶⁾.

⁽¹¹⁾ Così G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 629 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici. Diritto delle società*, Padova, 1992, II, 345 ss., 368 (da cui si cita).

⁽¹²⁾ In questa luce, facendo nostre le parole di un illustre autore, possiamo dire che « se il fondamento contrattuale della società (...) deve avere un significato anche nella valutazione dell'effetto e quindi del rapporto, non può disconoscersi che tra le parti il contratto fissa intangibilmente almeno la *proporzione reciproca della partecipazione ai vantaggi e ai sacrifici contrattuali* e che nessuno può imporre alla parte, nei rapporti con le altre, un mutamento di quella proporzione »; così ancora G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, (nt.11), 368 s.

⁽¹³⁾ Principio che, in attuazione della seconda direttiva societaria, è stato invece formalizzato nell'ordinamento tedesco, al § 53a, il quale dispone che « Aktionäre sind unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln ». Sul fondamento del principio della parità di trattamento nell'ordinamento tedesco, D.A. VERSE, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften*, Tübingen, 2006, 67 ss.; sulla rilevanza della previsione che ci occupa, tra gli altri, H. FLEISCHER, § 53a, in *AKtG. Kommentar*, K. Schmidt - M. Lutter (Hrsg.), Köln, 2015, 5. Auflage, 784 ss., 785, il quale rileva che l'introduzione della disposizione in parola nel terzo Titolo del primo Libro fa sì che il relativo principio si indirizzi verso la AKtG e i suoi organi (*Id.*, *ivi*, 789) anche se « Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist keine Besonderheit des Aktienrechts, sondern fester Bestandteil aller privatrechtlichen Personenverbände. Insbesondere gilt er auch ohne ausdrückliche Kodifizierung im GmbH-Recht »; *Id.*, *ivi*, 786. Occorre peraltro sottolineare che « §53a AktG spricht von einer Gleichbehandlung, unter gleichen Voraussetzungen. Er verlangt daher keine absolute Gleichstellung, sondern nur eine relative Gleichbehandlung »; *Id.*, *ivi*, 785. Si tratta dunque di un principio di parità relativa, da riferire alle azioni e non agli azionisti (« Streng genommen strebt §53a AktG damit entgegen seinem Wortlaut keine Gleichbehandlung der Aktionäre, sondern der Aktien an »; *Id.*, *ibidem*), che vieta un trattamento diseguale che non sia giustificato da ragioni sostanziali.

⁽¹⁴⁾ E v. — per una ricostruzione del fondamento della parità di trattamento nella s.p.a., in dissenso dalla tesi di G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, (nt.11), 345 ss. — G. D'ATTORRE, *Il principio di uguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, 48 ss. L'autore, in specie, non concorda con Oppo sul fondamento contrattuale della parità di trattamento tra gli azionisti e basa questa sua convinzione — in particolare — sul dato normativo offerto dall'immutato secondo comma dell'art. 2348 c.c., che consente alla maggioranza di creare categorie speciali di azioni, le quali possono incidere in modo significativo sulla originaria proporzione nei rapporti tra i soci. In questa luce, lo stesso autore afferma che « nella impostazione contrattualistica, invece, il diritto al rispetto della proporzione originaria costituisce diritto intangibile del socio, rispetto al quale la società e i suoi organi sono privi di potere di disposizione »; *Id.*, *ivi*, 49. Ebbene, con esclusivo riguardo al tema al quale è dedicato il presente lavoro, dobbiamo rilevare che la posizione del socio di s.r.l. è intangibile proprio perché — come vedremo — la società e i suoi organi sono privi (fatta eccezione per un singolo caso, come emergerà nel corso dell'analisi) del relativo potere di disposizione, e non possono modificarla. Un siffatto dato di sistema è sinonimo del profilo contrattuale forte del tipo per quote, sul quale

In ragione di quanto si è appena precisato circa la finalità che sottende lo svolgimento dell'intero lavoro, dobbiamo intraprendere il nostro percorso di indagine partendo dalla individuazione dei passaggi (ulteriori) della disci-

è fondata l'eguaglianza tra le parti del rapporto di società. Nella visione di H. FLEISCHER (nt. 13), 785, invece, con particolare riguardo alla *AktG*, il principio, introdotto nell'ordinamento dal § 53a, tutela allo stesso modo maggioranza e minoranza, in quanto rappresenta tanto il limite al potere della prima, quanto la chiave per la salvaguardia delle prerogative della seconda. L'autore rileva, peraltro, come, sebbene la parità di trattamento sia la *Eckpfeiler des Minderheitenschutzes im Aktienrecht*, essa non impedisca la presenza di lacune nel sistema, che richiedono l'applicazione *die mitgliedschaftliche Treuepflicht*. La medesima dottrina (Id., *ivi*, 793) sottolinea, peraltro, che, al fine di individuare l'ambito di applicazione della *Gleichbehandlung*, si devono impiegare solo *objektive Kriterien*, necessari tanto quando ricorrano ipotesi di *formaler* quanto di *materieller Ungleichbehandlung*. Con riguardo al suddetto ambito di applicazione, v. anche D. A. VERSE (nt. 13), 171 ss.

(¹⁵) Esclude che l'esigenza di parità di trattamento dei soci ricorra nella fase della creazione dell'organizzazione, C. ANGELICI, *Parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, 1 ss., 8. La medesima autorevole dottrina — con riguardo alla fase della modificazione dell'organizzazione — non ritiene che il principio della parità di trattamento possa rilevare quale regola autonoma, tale da costituire di per sé un obiettivo limite all'autonomia statutaria; esso può servire unicamente quale indice sintomatico di possibili abusi che si realizzano in quella medesima fase; Id., *ivi*, 12 s. Maggiore spazio rimane — agli occhi dello studioso del quale riportiamo brevemente il pensiero — per la parità di trattamento quando si tratta di atti dell'organizzazione, quando cioè si tratta di comportamenti che concernono in senso lato la gestione della società; Id. *ivi*, 14.

(¹⁶) In questa luce, si deve peraltro rilevare che l'eguaglianza, « come proporzione al variare di condizioni rilevanti », caratterizza l'intero ordinamento societario; « vero è soltanto (...) che l'applicazione del principio tende a farsi più rigorosa, più oggettiva e più stringente a mano a mano che si procede verso comunità più spersonalizzate e « massificate », (...) a gruppi con finalità più parziali e limitate, in una gamma che parte probabilmente dalla famiglia per giungere, all'estremo opposto, proprio alla società per azioni »; così F. D'ALESSANDRO, *La Seconda direttiva e la parità di trattamento degli azionisti*, in questa *Rivista*, 1987, 1 ss., 6. L'autore — sin dall'epoca della seconda direttiva societaria, la quale si propone — *in parte qua* — di fare in modo che le legislazioni degli stati membri salvaguardino, in materia di aumento e riduzione del capitale, la parità di trattamento degli azionisti che si trovano in condizioni identiche — escludeva che, nel nostro ordinamento, fossero già garantite le esigenze che avevano ispirato l'art. 42 (che stabilisce che « per l'applicazione della presente direttiva le legislazioni degli Stati membri salvaguardano la parità di trattamento degli azionisti che si trovano in condizioni identiche ») della (seconda) direttiva medesima, e riteneva che la norma di cui al primo comma dell'art. 2348 c.c. (che dispone che « le azioni devono essere di uguale valore e conferiscono ai loro possessori uguali diritti ») giacesse (e tuttora giaccia) sul piano della parità dei diritti (e degli obblighi) degli azionisti, mentre la previsione di cui al succitato art. 42 su quello del diritto alla parità; Id., *ibidem*. La differenza sta nel fatto che la prima — nella lettura del medesimo autorevole studioso — attiene all'area del contenuto del contratto sociale; e la seconda « (...) si colloca per contro nell'area in cui il contratto riceve attuazione attraverso l'azione comune, e orienta e vincola tale azione, nei rapporti interni, nella zona in cui essa non è già obbligata dalla preesistenza di diritti dei soci. », Id., *ivi*, 6 s. Nella ricostruzione offerta dalla dottrina in discorso, peraltro, « il tentativo più meditato e più persuasivo, nella nostra e forse non solo nella nostra letteratura societaria, per individuare il fondamento del principio di eguaglianza (...) sembra quello fatto da Giorgio Oppo »; sebbene lo stesso D'Alessandro dubiti del fatto che la ricostruzione da quest'ultimo proposta consenta di risolvere tutti i problemi che si è soliti ricondurre alla clausola di parità di trattamento; Id., *ivi*, 10.

plina del tipo per quote dai quali è possibile desumere la presenza del già richiamato principio di intangibilità della posizione del socio. Solo in un secondo momento, si dovrà verificare, sulla base degli esiti emersi, se — come si è già anticipato — anche l'istituto dell'esclusione facoltativa sia effettivamente informato alla medesima *ratio*, per preoccuparsi di individuare i soli momenti della fattispecie rilevanti ai fini dichiarati.

Si deve altresì aggiungere, al riguardo, che, se il principio evocato da ultimo presuppone la più generale intangibilità delle basi comuni del contratto, a iniziare dalle persone dei soci, l'analisi dovrà avere a oggetto — insieme all'esclusione facoltativa — anche il recesso convenzionale del socio di s.r.l. (art. 2473 c.c.).

2. È dunque giunto il momento di soffermarsi sulla individuazione delle altre previsioni dalle quali si ritiene possibile ricavare l'evocato principio di intangibilità della posizione del socio di s.r.l., al fine di procedere alla loro analisi e alla conseguente ricostruzione del relativo tratto personalistico del tipo per quote.

A quest'ultimo riguardo, dobbiamo iniziare col sottolineare il punto di vista (non vincolante, ma certamente significativo) del legislatore, il quale, nella Relazione, afferma che « (...) la società a responsabilità limitata cessa di presentarsi come una piccola società per azioni ed abbandona la tradizione del nostro ordinamento che ne faceva risalire il più immediato antecedente storico alla anonima per quote. Essa si caratterizza invece come una società personale la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata (...), può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni ».

Il passaggio appena riportato si presta a letture differenti. A noi pare che sottrarre la nuova s.r.l. alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni non basti minimamente ad avvicinarla in modo sostanziale (seppure — come già rilevato — non certo ad assimilarla) alle società personali; ancor di più, se si considera che il tipo per quote conserva il beneficio della limitazione della responsabilità. E allora, se si vuole conservare un senso al suddetto passaggio della Relazione, occorre invertire l'ordine dei fattori e ritenere che il tipo che ci occupa abbia un tratto personalistico inderogabile che giustifichi la scelta di svincolare la sua disciplina — che pure ha ancora una strutturazione (almeno tendenzialmente ⁽¹⁷⁾) “per uffici” anziché “per per-

⁽¹⁷⁾ Il riferimento implicito è alla possibilità — sottolineata, tra gli altri, da A.A. DOLMETTA, *Sul “tipo” s.r.l.*, in *S.R.L. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, Milano, 2011, 15 ss., 24 — di un'amministrazione strutturata “per persone” e non “per uffici”.

sonne” (18) — dalle rigidità di quella della s.p.a. (19), con la quale peraltro continua ad avere in comune — come detto — il beneficio della limitazione della responsabilità. Il tratto del quale parliamo, a nostro modo di vedere, è dato appunto dal principio di intangibilità della posizione del socio di s.r.l., che — come è bene ripetere — presuppone l’eguaglianza tra le parti del contratto e disciplina lo svolgimento del rapporto di società.

Venendo dunque alla definizione del nostro percorso d’indagine, dobbiamo iniziare col dire che un primo passaggio necessario al fine di verificare la tenuta della nostra tesi è rappresentato — come vedremo — dalla previsione di cui all’art. 2482-*quater* c.c., la quale stabilisce che in tutti i casi di riduzione del capitale per perdite, è esclusa ogni modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci.

La norma richiamata da ultimo ha il proprio perfetto contraltare in quella di cui al secondo comma dell’art. 2481-*ter* c.c., la quale formalizza la regola in base alla quale, in occasione di un aumento nominale, la quota di partecipazione di ciascun socio resta immutata.

Dobbiamo poi rilevare che un’altra disposizione centrale ai fini del nostro studio è certamente quella di cui al primo comma dell’art. 2481-*bis* c.c.. Essa afferma il diritto del socio a mantenere inalterata la misura della propria partecipazione, in occasione di un aumento a pagamento, in virtù del riconoscimento in capo al medesimo (socio) del diritto di sottoscrizione. Quest’ultima prerogativa può essere, infatti, limitata o esclusa solo in forza di una specifica clausola dell’atto costitutivo, che rimetta alla maggioranza il potere di offrire le quote di nuova emissione ai terzi. La clausola in parola, peraltro, non opera nel caso in cui l’aumento segua alla riduzione di cui all’art. 2482-*ter* c.c.: circostanza nella quale il diritto di sottoscrizione deve essere conservato in capo ai soci (20).

La previsione in discorso viene completata da quella di cui al secondo comma, alinea terzo, del medesimo articolo, la quale specifica che la decisione di aumento, che naturalmente venga assunta sulla base della clausola “capitalistica” che consente alla maggioranza di limitare o escludere il diritto di sottoscrizione del socio, può permettere (com’è chiaro, solo in forza della medesima clausola) che la parte di aumento non sottoscritta da uno o più soci sia sottoscritta dagli altri soci o dai terzi.

(18) G. ZANARONE, *Introduzione*, in *Id.*, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2010, 1, 5 ss., 64 s.

(19) G. ZANARONE (nt. 18), 66 parla di « (...) un modello capitalistico che può definirsi “attenuato” sotto diversi profili »; A. A. DOLMETTA (nt. 17), 25 considera, invece, la s.r.l. un modello disponibile o un modello aperto.

(20) Per l’applicazione del principio di parità di trattamento alle operazioni sul capitale della s.p.a., v. G. D’ATTORRE (nt. 14), 219 ss., 314 ss.; con riferimento all’ordinamento tedesco e — nella specie — (anche) all’ipotesi dell’esclusione, solo per alcuni azionisti, del diritto di opzione (*Bezugsrechtsausschluss*), H. FLEISCHER (nt. 13), 793 s.

Proseguendo nella nostra ricognizione delle norme potenzialmente ascrivibili a quello che abbiamo già definito come lo statuto della partecipazione al capitale della s.r.l., dobbiamo guardare alla previsione di cui al secondo comma dell'art. 2466 c.c. ⁽²¹⁾, la quale — da una parte — stabilisce che la quota del socio moroso può essere venduta agli altri soci, dagli amministratori, in proporzione della loro partecipazione e — dall'altra — ammette che, in mancanza di offerte per l'acquisto, se l'atto costitutivo lo consente, la quota medesima è venduta all'incanto ⁽²²⁾.

In questa stessa luce, si deve altresì tenere conto della norma di cui all'art. 2473, comma quarto, alinea secondo, c.c., la quale stabilisce che il rimborso della partecipazione del socio recedente può avvenire anche mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato dai soci medesimi. La suddetta previsione, peraltro, sebbene venga richiamata dalla norma di cui al successivo art. 2473-bis c.c., che — come già ampiamente rilevato — regola la fattispecie dell'esclusione del socio, ricalca quella sulla vendita della quota del socio moroso e potrà essere perciò — brevemente — presa in considerazione in quella sede.

Con specifico riferimento ai diritti del socio, infine, si deve altresì richiamare la previsione di cui al quarto comma, dell'art. 2468 c.c. Essa, è stata lasciata alla fine del nostro percorso, perché attiene alla definizione della posizione del socio, non in base all'entità della partecipazione, bensì in ragione dei diritti che l'atto costitutivo può riconoscere al singolo, anche non in proporzione alla misura della prima (art. 2468, comma terzo, c.c.). Ebbene, com'è noto, la previsione di cui al quarto comma, stabilisce che, salvo diversa disposizione del medesimo atto costitutivo, i particolari diritti possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci.

⁽²¹⁾ G. D'ATTORRE (nt. 14), 210 ss. considera l'omologa ipotesi di cui all'art. 2344 c.c. alla stregua di una delle circostanze che si ispirano alla parità di trattamento.

⁽²²⁾ Parallelamente — seppure, per un'esigenza di economia del lavoro, non ci occuperemo della presente fattispecie, la quale deve comunque collocarsi tra quelle che compongono lo statuto della partecipazione al capitale della s.r.l. — la quota può costituire oggetto di espropriazione e, nel caso in cui (quest'ultima) non sia liberamente trasferibile e il creditore, il debitore e la società non trovino un accordo, essa può essere venduta — ancora una volta — all'incanto; ma — com'è noto — la vendita stessa è senza effetti nel caso in cui, entro dieci giorni dall'aggiudicazione, la società presenti un altro acquirente, che offra lo stesso prezzo (art. 2471 c.c.). In quest'ultima luce, d'altro canto, se la clausola che limita (o esclude) la circolazione della partecipazione non opera dinanzi alla necessità di assicurare il miglior soddisfacimento del creditore in occasione dell'espropriazione; la medesima previsione statutaria può arrivare a escludere totalmente la trasferibilità delle quote — ovvero può subordinarne l'efficacia al gradimento di un organo sociale — nel caso in cui i soci decidano di inibire l'ingresso di terzi in società (art. 2469 c.c.). Per le medesime ragioni già evidenziate con riguardo all'espropriazione, non ci soffermeremo sulla fattispecie in parola, la quale deve ascriversi — ancora una volta — al suddetto statuto della partecipazione al capitale della s.r.l. e offre all'interprete un'ulteriore conferma del proposito più generale che ha ispirato il legislatore storico in occasione della novella.

A quest'ultimo riguardo, peraltro, occorre altresì rilevare che, con la norma di cui all'art. 57 della Legge 21 giugno 2017, n. 96, il legislatore ha introdotto la figura della s.r.l. PMI, alla quale ha esteso alcune delle prerogative che prima erano proprie delle sole s.r.l. *start up* innovative (di cui alla legge 17 dicembre 2012, n. 221), senza modificare il quadro generale da noi tratteggiato, ma introducendo — seppure solo nell'ambito particolare considerato — una disciplina significativa, proprio perché destinata ad avere una considerevole diffusione. In specie, e con riferimento a ciò che della novità legislativa in parola rileva — in particolar modo — in questa sede, la disposizione evocata consente che l'atto costitutivo della s.r.l. PMI crei delle categorie di quote fornite di diritti diversi e che, nei limiti imposti dalla legge, esso possa liberamente determinarne il contenuto, anche in deroga a quanto previsto dai commi secondo e terzo dell'art. 2468 c.c. ⁽²³⁾.

L'ampiezza della nozione di PMI rende evidenti le implicazioni che una siffatta disciplina potrà avere sul piano applicativo; d'altro canto, il carattere speciale della fattispecie in parola impone all'interprete di non distogliere la propria attenzione dall'obiettivo principale al quale sono dedicate queste pagine.

Veniamo dunque al tema oggetto del presente lavoro e diamo inizio alla nostra ricostruzione.

3. La prima classe di atti da prendere in esame, al fine di definire i contorni della posizione del socio di s.r.l., è quella relativa alle operazioni di riduzione del capitale sociale. Partendo dall'analisi delle ipotesi di riduzione nominale, può dirsi che, mentre è possibile — come abbiamo anticipato (e com'è noto) — che l'autonomia statutaria (art. 2468, terzo comma, c.c.) attribuisca al socio dei particolari diritti riguardanti la distribuzione degli utili (e l'amministrazione della società), è assolutamente da escludere che l'esercizio della medesima prerogativa possa consentire alle parti del contratto di derogare al principio che vuole che ciascuno partecipi alle perdite in misura proporzionale alla propria partecipazione. Al riguardo, d'altra parte, la norma di cui all'art. 2468, secondo comma, c.c. stabilisce che « salvo quanto disposto dal terzo comma del presente articolo ⁽²⁴⁾, i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta » e, in questo modo, esclude che il diritto (particolare) di partecipare alle

⁽²³⁾ Alla novità indicata nel testo, si deve aggiungere tanto la previsione della possibilità — in deroga alla norma di cui al primo comma dell'art. 2468 c.c. — che le quote della s.r.l. PMI siano oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari, anche attraverso gli specifici portali dedicati alla raccolta di capitali; quanto l'ulteriore possibile deroga al divieto, per la s.r.l., di effettuare operazioni sulle proprie partecipazioni, qualora la suddetta operazione sia compiuta in attuazione di piani di incentivazione che prevedano l'assegnazione di quote di partecipazione a dipendenti, collaboratori o componenti l'organo amministrativo, prestatori di opera e servizi anche professionali.

⁽²⁴⁾ Il quale stabilisce, appunto, quale sia il possibile oggetto dei particolari diritti.

perdite in misura (minore *e*) non proporzionale all'entità della quota possa essere riconosciuto al socio di s.r.l. ⁽²⁵⁾.

Questo, peraltro, non vuol dire che l'autonomia statutaria non possa svincolare (riducendola) la misura della partecipazione alle perdite di alcuni da quella della (loro) partecipazione agli utili; significa, però, che l'unico strumento del quale le parti del contratto di società dispongono, a quest'ultimo fine, è quello che emerge dal combinato disposto del secondo alinea del(lo stesso) secondo comma e del — già richiamato — terzo comma dell'art. 2468 c.c. La norma evocata per prima (in consonanza con la previsione di cui al primo comma dell'art. 2464 c.c.) dispone, infatti, che « se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento ».

Quanto è emerso sin qui porta, dunque, a escludere ⁽²⁶⁾ la possibilità

⁽²⁵⁾ In questo senso, seppure sulla base di una lettura della disciplina differente da quella da noi proposta, P. REVIGLIONE, *Art. 2468*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, Bologna, 2004, 2, 1798 ss., 1811 s.; A. BARTALENA, *Art. 2482-quater*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Nicolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 3, 1689 s., 1689; G. RACUGNO, *Le modificazioni del capitale sociale nella nuova s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2003, 810 ss., 844 s.; E. FAZZUTTI, *Art. 2468*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2003, 53 ss., 60, nota 26.; M. PINNARÒ, *Art. 2482-quater*, *ivi*, 223 ss., 224 s.; G. PINNA, *Art. 2482-quater*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 3, 2131 s.

Di contrario avviso, A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa - G.B. Portale, Torino, 2007, 3, 395 ss., 406; G. SANTONI, *Le quote di partecipazione nelle s.r.l.*, *ivi*, 377 ss., 386 s.; R. SANTAGATA, *I diritti particolari dei soci*, in *S.R.L. Commentario*, dedicato a Giuseppe B. Portale, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, Milano, 2011, 284 ss, 296 s.; M. MALTONI, *Art. 2468*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 3, 1815 ss., 1832 ss.; D. CORRADO, *Art. 2482-quater*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, 1329 ss., 1332; G. ZANARONE, *Art. 2482-quater*, in *Id.*, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2010, 2, 1749 ss., 1758 ss., il quale ritiene che il limite possa essere superato da una decisione assunta all'unanimità o almeno con il consenso dei soci interessati; *Id.*, *Art. 2468*, *ivi* 1, 499 ss., 527; la pensano allo stesso modo M.S. SPOLIDORO, *La riduzione del capitale sociale nelle s.r.l.*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2007, I, 2 ss., 26. e G. GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale*, in M. Cian - G. Giannelli - F. Guerrera - M. Notari - G. Palmieri, *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Trattato della società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba - G. Marasà, Padova, 2009, IV, 283 ss., 338, il quale non prende espressamente posizione sul punto, ma da un'analisi più generale sembra aderire alla opinione prevalente.

⁽²⁶⁾ La *ratio* del divieto espresso dalla norma di cui all'art. 2482-quater c.c. esclude che il medesimo limite debba valere quando la riduzione del capitale non dipenda da perdite: come nel caso del recesso del socio e della revisione della stima del conferimento in natura; sul punto, in termini dubitativi, V. GIORGI, *La riduzione del capitale per perdite e i diritti dei soci*, in *S.R.L. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, Milano, 2011, 986 ss., 988.

per le parti di aggirare ⁽²⁷⁾ la norma che impedisce una modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci (art. 2482-*quater* c.c.), in tutti i casi di riduzione del capitale per perdite ⁽²⁸⁾. In questo caso, infatti, il socio che concorresse alla copertura delle perdite in misura men che proporzionale (all'entità della propria quota) otterrebbe, indirettamente, un diritto particolare sugli utili futuri pari allo scarto tra quel che ha perso e quel che avrebbe dovuto perdere, qualora la relativa ripartizione fosse stata proporzionale alla misura della partecipazione di ciascuno. Un siffatto risultato contrasta con il dettato della norma di cui all'art. 2468, terzo comma, c.c., la quale postula che l'unico modo per attribuire, al singolo, una simile prerogativa sia quello di inserire una clausola espressa nell'atto costitutivo.

È diverso l'esito dell'analisi che verte sull'operazione di riduzione reale del capitale sociale. Nell'ipotesi in parola, infatti, non si tratta di adeguare la misura del capitale nominale a quella del capitale reale, già ridottosi a seguito delle perdite che hanno intaccato il patrimonio netto. Nell'ipotesi che ci occupa, l'operazione è piuttosto volta a liberare dal più stringente vincolo del capitale una porzione del patrimonio della società, per (ri)assegnarla — direttamente o indirettamente — ai singoli soci.

In un caso siffatto, può aversi sia la restituzione ⁽²⁹⁾ al socio della relativa porzione del conferimento; sia la liberazione del medesimo dall'obbligo di esecuzione di quella stessa porzione del conferimento, ancora non effettuato.

Nelle circostanze in parola, la dottrina ammette che l'operazione si possa realizzare anche in virtù del sorteggio delle partecipazioni da annullare o del loro acquisto ⁽³⁰⁾ e (successivo) annullamento.

⁽²⁷⁾ Favorevole, invece, la dottrina assolutamente prevalente; tra gli altri, oltre agli autori già citati alla nota 25, anche V. GIORGI (nt. 26), 991 s., il quale ritiene si tratti di un diritto pacificamente disponibile; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, in questa *Rivista*, 2004, 1483 ss., 1502.

⁽²⁸⁾ In questa luce, la norma di cui all'art. 2482-*quater* c.c. assume un rilievo sistematico diverso rispetto a quello della disposizione di cui al previgente art. 2496, comma terzo, c.c., la quale prevedeva che « in caso di riduzione del capitale per perdite, i soci conservano i diritti sociali secondo il valore originario delle rispettive quote »; prospettazione alla quale aderiscono G. GIANNELLI (nt. 25), 337 s.; e V. GIORGI (nt. 26), 987, che la definisce « (...)una norma d'azione, in quanto si relaziona al procedimento, vietando che in occasione della riduzione del capitale sociale possano essere introdotte modificazioni degli originari assetti interni ». È di contrario avviso G. ZANARONE (nt. 25), 1750, il quale ritiene che la norma sia del tutto corrispondente a quella previgente; sulla stessa linea M. PINNARÒ (nt. 25), 223.

⁽²⁹⁾ In questo caso, peraltro, potrà aversi anche una restituzione non proporzionale, volta ad assecondare gli eventuali *particolari diritti* di alcuni sugli utili imputati a riserva; sul punto, F. S. MARTORANO, *La riduzione reale del capitale*, in *S.R.L. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, Milano, 2011, 954 ss., 959; M. S. SPOLIDORO (nt. 25), 6 s.; sul principio della parità di trattamento dei soci anche G. ZANARONE, *Art. 2482*, in *Id., Della società a responsabilità limitata, in Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 2, 1607 ss., 1625 ss.; G. GIANNELLI (nt. 25), 355 s.

⁽³⁰⁾ M. PINNARÒ, *Art. 2482*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2003, 196 ss., 206 dubita della legittimità dell'operazione; per la legittimità, invece, D.

In entrambi i casi entra in gioco la tutela della posizione del socio e, non a caso, un autorevole studioso rileva che le due modalità evocate — seppure del tutto legittime — pongono « (...) tuttavia un problema di rispetto concreto della parità di trattamento dei soci »⁽³¹⁾. A quest'ultimo riguardo, il medesimo autore ritiene, perciò, che « (...) ambedue le modalità esecutive della riduzione sono sicuramente legittime se previste nell'atto costitutivo originario (che necessariamente è stato approvato da tutti i fondatori e vincola tutti i soci successivamente entrati a far parte della società). »⁽³²⁾. Partendo da un assunto siffatto (nonché dal rilevato fondamento contrattuale della parità di trattamento tra i soci di s.r.l.), possiamo limitarci ad aggiungere che l'eventuale introduzione successiva di una clausola così costruita debba necessariamente avvenire all'unanimità⁽³³⁾, a pena di inefficacia⁽³⁴⁾ della relativa decisione e dell'eventuale operazione che venisse realizzata secondo le modalità descritte in mancanza della relativa previsione statutaria⁽³⁵⁾.

La riduzione può realizzarsi peraltro anche con l'imputazione della porzione di patrimonio, prima sottoposta al vincolo del capitale, a riserva⁽³⁶⁾. In questa luce, traendo spunto dall'interpretazione offerta da alcuni della disposizione di cui al terzo comma dell'art. 2468 c.c., anche la riserva costituita in una siffatta occasione — in quanto parte dell'avanzo netto dell'attività — potrebbe essere assimilata agli utili e distribuita in modo non proporzionale alla misura della partecipazione di ciascuno, qualora nell'atto costitutivo vi fosse una clausola che prevedesse un particolare diritto di natura patrimoniale così congegnato⁽³⁷⁾. Ebbene, in un'ipotesi simile, e quindi qualora una clausola come quella ipotizzata da ultimo fosse stata inserita nell'atto costitutivo, occorrerebbe l'unanimità, al fine di rendere efficace l'operazione di "restituzione" dei conferimenti, realizzata attraverso la loro imputazione a una riserva che fosse — successivamente — distribuibile in modo non proporzionale.

CORRADO, *Art. 2482, in Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, 1255 ss., 1266 s.

⁽³¹⁾ Così M.S. SPOLIDORO (nt. 25), 9.

⁽³²⁾ Così M.S. SPOLIDORO (nt. 25), 9; con esclusivo riguardo alla riduzione mediante sorteggio, nello stesso senso M. PINNARÒ (nt. 30), 206 s.

⁽³³⁾ M.S. SPOLIDORO (nt. 25), 9 esclude la legittimità dell'introduzione di una clausola siffatta a maggioranza.

⁽³⁴⁾ G. ZANARONE (nt. 29), 1649.

⁽³⁵⁾ Conclude per l'illegittimità delle due fattispecie, nei casi in cui la clausola non sia stata introdotta all'unanimità, M.S. SPOLIDORO (nt. 25), 9 s.

⁽³⁶⁾ F.S. MARTORANO (nt. 29), 955, 960; G. ZANARONE (nt. 29), 1624 s.; M.S. SPOLIDORO (nt. 25), 3; G. RACUGNO (nt. 25), 834.

⁽³⁷⁾ M. MAUGERI (nt. 27), 1489 ss.; R. SANTAGATA (nt. 25), 296; A. DACCÒ (nt. 25), 406; P. REVIGLIONE (nt. 25), 1812.

In un caso siffatto, peraltro, come nelle due ipotesi prese in considerazione immediatamente prima, la soluzione indicata si propone (non di conservare immutati i rapporti tra le parti del contratto, bensì) di tutelare il diritto individuale di ciascun socio a ricevere, nei modi previsti dalla legge, la propria parte di ricchezza non più destinata all'esercizio dell'iniziativa.

4. Un'ulteriore indicazione di sistema, per la ricostruzione di quello che abbiamo definito lo statuto della partecipazione al capitale della s.r.l., viene all'interprete dalla disciplina dell'aumento nominale. La fattispecie in parola è regolata dalla norma di cui all'art. 2481-ter c.c., la quale consente al legislatore di dar seguito — anche per quanto attiene all'operazione che ci occupa — al principio che discende dal combinato disposto del secondo e del terzo comma dell'art. 2468 c.c. In altri termini, anche in questo caso, come in quello già visto della riduzione nominale, l'unica possibilità concessa ai soci di disarticolare il rapporto tra la misura della partecipazione e quella dei diritti che dalla prima discendono in capo al socio è data dalla eventuale introduzione, nell'atto costitutivo, di una clausola che attribuisca, al titolare della quota, dei particolari diritti, in linea con il contenuto della disposizione di cui all'art. 2468, terzo comma, c.c..

In questa luce, si comprende perché non è consentito ⁽³⁸⁾ modificare le quote di partecipazione e, con esse, il rapporto tra le parti del contratto di società, in occasione di un aumento nominale ⁽³⁹⁾ (art. 2481-ter, secondo comma, c.c.). Così facendo, infatti, si violerebbe il limite imposto dalla legge alla libertà dei soci e si riconoscerebbero, ancora una volta, ad alcuni, dei diritti particolari attraverso un meccanismo non previsto dal codice.

⁽³⁸⁾ A. BARTALENA, *Art. 2481-ter*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Nicolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 3, 1670 ss., 1672 s.; E. FAZZUTTI, *Art. 2481-ter*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2003, 194 s.; G. PINNA, *Art. 2481-ter*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 3, 2101 s.. Di avviso opposto, M.S. SPOLIDORO, *L'aumento del capitale sociale nelle s.r.l.*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2008, I, 464 ss., 496 s.; M. MAUGERI (nt. 27), 1501; G. GIANNELLI (nt. 25), 319; G. DE MARCHI - A. SANTUS - L. STUCCHI, *Art. 2481-ter*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, 1231 ss., 1236; S. PATRIARCA, *L'aumento del capitale a titolo gratuito*, in *S.R.L. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, Milano, 2011, 944 ss., 949 ss., il quale — in particolare — segnala il caso di una clausola che individui quale diritto particolare del singolo socio un incremento nominale del capitale maggiore rispetto a quello degli altri soci; M. MALTONI (nt. 25), 1835; G. ZANARONE, *Art. 2481-ter*, in *Id.*, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 2, 1579 ss., 1601 s. ritiene che il limite che ci occupa possa essere superato con il consenso di tutti i soci o almeno di quanti siano pregiudicati dall'operazione.

⁽³⁹⁾ G. ZANARONE (nt. 38), 1604 ritiene che la decisione che ha a oggetto la modifica dei rapporti tra le parti ed è stata assunta senza il consenso di tutti i soci deve considerarsi annullabile ex art. 2479-ter, comma primo, c.c.

La conclusione appena raggiunta può apparire in contraddizione con quanto si è detto, nel corso del paragrafo precedente, con riguardo alla riduzione reale realizzata attraverso la formazione di una riserva, costituita con la porzione di patrimonio svincolata dal regime del capitale, e poi distribuita tra i soci in modo non proporzionale. In verità però le due ipotesi non sono affatto assimilabili. Vediamo perché.

La — più volte evocata — disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2468 c.c. dimostra, infatti, di aver riguardo alle modalità attraverso le quali può essere modificata la posizione del socio di s.r.l., quando riconosce unicamente alla clausola di cui al comma terzo del medesimo articolo la capacità di disarticolare la misura dei diritti del socio da quella della sua partecipazione al capitale. Sulla scorta di questo semplice assunto, si deve escludere che la medesima posizione possa essere modificata in occasione di un'operazione di aumento nominale.

Nel caso al quale abbiamo fatto riferimento in conclusione del precedente paragrafo, infatti, abbiamo la distribuzione ai soci, in modo non proporzionale, della riserva formata con una parte di patrimonio, prima sottoposta al più stringente vincolo del capitale, da considerare alla stregua di una parte dell'avanzo netto dell'attività e conseguentemente assimilabile agli utili; l'ipotesi richiamata nel presente paragrafo è, invece, cosa ben diversa, perché presuppone l'imputazione di una qualsiasi riserva disponibile a capitale, con la collegata modificazione (ancora una volta) non proporzionale delle quote di partecipazione.

In quest'ultimo caso, cioè, non avremmo la mera distribuzione particolare della ricchezza accumulata nell'esercizio dell'attività, ma ci troveremmo ad avere a che fare con l'attribuzione, ad alcuni, di diritti particolari impliciti sulla ricchezza futura ⁽⁴⁰⁾. In altri termini, una cosa è la distribuzione della ricchezza accumulata; altra cosa è l'acquisizione della prerogativa che discende dalla sua imputazione a capitale.

Prima di proseguire nel nostro studio, occorre fare una riflessione di chiusura sul significato della scelta fatta dal legislatore storico con riguardo alle operazioni nominali.

L'inderogabile neutralità delle due operazioni in discorso mira, infatti, a nostro modo di vedere, a mettere in luce l'unica eccezione al principio di eguaglianza tra i soci di s.r.l., ammessa dal legislatore.

Essa emerge, non a caso, se si tiene conto del rapporto tra il tono pe-

⁽⁴⁰⁾ E v., infatti, come anche la dottrina favorevole al superamento del limite previsto dalla norma di cui all'art. 2481-ter c.c. si ponga il problema del carattere "non neutrale" dell'operazione e lo risolva prevedendo la necessità del consenso unanime dei soci; S. PATRIARCA (nt. 38), 951. In questa medesima luce, si deve escludere la legittimità di una clausola che riconosca solo ad alcuni soci *il particolare diritto* di sottoscrivere un aumento (seppure) a pagamento o, quanto meno, li legittimi a far crescere le proprie partecipazioni in modo più che proporzionale, come sostiene, invece, R. SANTAGATA (nt. 25), 287.

rentorio delle disposizioni sulle quali ci siamo appena soffermati (artt. 2481-*ter*, primo comma e 2482-*quater* c.c.) — e, in forza delle quali, le quote di partecipazione dei soci, nelle due circostanze da ultimo esaminate, rimangono immutate — e il dettato della previsione di cui all'art. 2473, primo comma, c.c., che invece riconosce il diritto di recesso al socio che non ha acconsentito all'operazione che comporta una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci, a norma dell'art. 2468 quarto comma ⁽⁴¹⁾. A noi pare evidente, intanto, che il legislatore, nel non ammettere, comunque, nelle due operazioni che ci occupano, la modificabilità delle quote dei soci, escluda in modo fermo (che le stesse possano incidere sui particolari diritti e quindi) che esse rientrino tra quelle ⁽⁴²⁾ dalle quali può discendere — a norma del primo comma dell'art. 2473 c.c. — in capo al non assenziente, il diritto di recesso. Riteniamo, inoltre, alla luce di quanto appena rilevato, che le sole operazioni dalle quali può derivare una modificazione (anche) sostanziale dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2468, quarto comma, c.c., siano quelle che discendono (direttamente o indirettamente) da decisioni di gestione, per l'assunzione delle quali, il legislatore, in ragione dell'interesse al migliore perseguimento dello scopo comune (sulla — seppur solo parziale — falsariga di quanto avviene nelle società personali), ha inteso privilegiare il principio maggioritario (quale metodo generale, seppure derogabile ⁽⁴³⁾, al quale informare il funzionamento dell'amministrazione della s.r.l., di cui all'art. 2475 c.c.), quand'anche le medesime possano determinare — *in parte qua* — una modifica delle basi comuni del contratto.

In questa specifica circostanza, abbiamo dunque un'eccezione al principio della intangibilità della posizione del socio di s.r.l., che non vale certo a negarne il fondamento contrattuale ⁽⁴⁴⁾; essa, piuttosto, proprio in ragione

⁽⁴¹⁾ La disposizione evocata nel testo, non a caso, a dispetto di quanto emerge dalla previsione di cui all'art. 2480 c.c., con riguardo alla regola della maggioranza che informa il procedimento da osservare al fine della modificazione dell'atto costitutivo, stabilisce che — a meno di una diversa disposizione statutaria e fatto salvo il diritto di recesso (di cui all'art. 2473, primo comma, c.c.) — i diritti particolari possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci.

⁽⁴²⁾ Sulle quali, tra gli altri, A. DACCÒ (nt. 25), 410 ss., la quale ipotizza — per esempio — il caso in cui venga stipulato un contratto di *management*, con il quale si sottragga a un socio un particolare diritto di amministrazione, che viene rimesso a soggetti terzi; allo stesso tempo, la medesima dottrina immagina che si costituisca una *joint venture* con altre imprese, con le quali si programmi un coordinamento o una combinazione delle rispettive azioni amministrative, così da ridurre in modo rilevante il diritto di veto riconosciuto al socio dall'atto costitutivo.

⁽⁴³⁾ Si pensi alla possibilità di optare per il regime di amministrazione congiuntiva, nella sua forma dispositiva, che presuppone — com'è noto — l'unanimità; sul tema più generale, con riguardo alla società di persone, v. A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, 163 ss.

⁽⁴⁴⁾ G. D'ATTORRE (nt. 14), 51 ss. ritiene invece che, nel caso della s.p.a., la norma di cui all'art. 2437, comma primo, lett. g), c.c. — che attribuisce il diritto di recesso ai soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti la modifica dello statuto concernente i diritti di

del suo rilevato carattere (eccezionale), suona come una indiretta conferma del suddetto fondamento. Abbiamo, infatti, un unico caso, nel quale la previsione del diritto di recesso del non assenziente opera quale rimedio (straordinario) rispetto all'isolata (e consapevolmente ammessa) deroga al principio che altrimenti garantisce l'eguaglianza tra le parti del contratto.

5. È giunto dunque il momento di verificare come il principio di intangibilità della posizione del socio si coniughi con la delicata fattispecie dell'aumento a pagamento.

In questa luce, rileva in particolare la previsione di cui al primo comma dell'art. 2481-*bis* c.c., la quale — come si è già anticipato — riconosce al socio il relativo *diritto di sottoscrizione* ⁽⁴⁵⁾ in proporzione alla partecipazione, a meno che una clausola dell'atto costitutivo che, sin dalla presentazione del piano di indagine, abbiamo definito “capitalistica,” legittimi la maggioranza a offrire le quote di nuova emissione ai terzi. È bene ripetere, peraltro, che il suddetto diritto di sottoscrizione del socio non può essere sacrificato in alcun modo nel caso in cui l'operazione di aumento sia collegata a quella di riduzione, occasionata da una perdita superiore al terzo, che abbia portato il capitale al di sotto del minimo legale (fattispecie contemplata dalla norma di cui all'art. 2482-*ter* c.c.).

Una disposizione come quella di cui all'art. 2481-*bis* c.c. è stata interpretata in modi differenti ⁽⁴⁶⁾, sebbene sia necessario rilevare, sin da ora, che

voto o di partecipazione — contrasti con la tesi favorevole al fondamento contrattuale del principio di eguaglianza tra i soci.

⁽⁴⁵⁾ G. ZANARONE, *Art. 2481-bis*, in *Id.*, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli, Milano, 2010, 2, 1525 ss., 1532 considera la prerogativa riconosciuta al socio di s.r.l. alla stregua di « (...) un diritto soggettivo perfetto, ben diverso (...) da quello disciplinato nella s.p.a., per il quale era stato già in passato coniata la denominazione di interesse occasionalmente protetto »; nello stesso senso, G. RACUGNO (nt. 25), 819 s., nt. 38; non diversamente, anche M.S. SPOLIDORO (nt. 38), 486, il quale parla di un « (...) diritto individuale, sia pure di origine legale e non contrattuale (...) »; M. NOTARI, *Il diritto di opzione e la sua esclusione*, in *S.R.L. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, Milano, 2011, 914 ss.; e M. SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione e tutela del socio nella s.r.l.*, Torino, 2012, 32, che parla sia di diritto indisponibile alla conservazione della percentuale di partecipazione al capitale sociale sia di un fondamentale diritto partecipativo del socio.

⁽⁴⁶⁾ Vi è chi ritiene, intanto, che una previsione così costruita — a dispetto di quanto si è detto da ultimo, con riguardo al contenuto della Relazione — valga unicamente ad affermare l'uguaglianza formale — sul principio in parola, v. G. OPPO (nt. 11), 350 s. — tra i membri di un ente che funziona secondo il principio capitalistico e vincola la minoranza al volere della maggioranza: in questo caso, dunque, il diritto del socio potrebbe essere sacrificato in forza di una decisione di modifica dell'atto costitutivo, assunta nelle forme previste dalla legge; in questo senso, M.S. SPOLIDORO (nt. 38), 484 s.; G. GIANNELLI (nt. 25), 308; A. BARTALENA, *Art. 2481-bis*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 3, 1661 ss., 1663; P. BUTTURINI, *Clauseole statutarie relative ad aumento e riduzione del capitale nella s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2007, 850 ss., 862; G. PINNA, *Art. 2481-bis*, in *Il nuovo diritto delle*

la Relazione ministeriale specifica, al riguardo, che la scelta è dovuta all'esigenza « di assicurare anche in questo caso il carattere personalistico » della s.r.l..

Nel solco di quanto è emerso dall'analisi condotta sino a questo momento, si deve ritenere che una norma come quella che ci occupa si proponga bensì di conservare intatte le basi comuni del contratto, a iniziare dalle persone dei soci (⁴⁷), per continuare con la misura della partecipazione di ciascuno (limite che discende — come si è anticipato in sede di introduzione — dalla norma di cui al secondo comma del medesimo articolo e che, nella circostanza alla quale è ora rivolta la nostra attenzione, completa la tutela della posizione del socio), dalla quale deriva l'equilibrio nei rapporti tra le parti, sancito dall'accordo di società. Un siffatto dato sistematico impone all'interprete la ricerca di una chiave di lettura della relativa disciplina che permetta all'*intuitus personae* di coesistere con la matrice capitalistica del tipo per quote. Solo in questo caso, sarebbe possibile conservare un senso all'impostazione voluta, dal legislatore storico, per le operazioni nominali, informate al principio di intangibilità della posizione del socio di s.r.l.. In diversi termini, i soci all'unanimità dovrebbero intendersi come gli unici le-

società, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, III, 2084 ss., 2088 s.; G. DE MARCHI - A. SANTUS - L. STUCCHI, *Art. 2481-bis*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, 1179 ss., 1198. Altri sostengono, invece, che il medesimo diritto del socio non possa essere sacrificato senza il suo consenso. In questa luce, in dottrina, vi è chi rileva che non avrebbe senso alcuno aver previsto una siffatta prerogativa, se poi la si potesse cancellare in forza di una decisione che non fosse stata assunta all'unanimità (sul tema della raccolta del consenso unanime dei soci, v. G. MARASÀ, *Maggioranza e unanimità nelle modificazioni dell'atto costitutivo della s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadesse - G.B. Portale, Torino, 2007, 3, 703 ss., 711 s.). A questo punto, però, la medesima dottrina afferma che la eventuale decisione (della maggioranza) che introducesse la clausola che consente di deliberare un aumento a pagamento, che limiti o escluda il diritto di sottoscrizione del socio, non sia totalmente priva di effetto; essa deve bensì considerarsi (preferibilmente) nulla e, come tale, impugnabile secondo le previsioni di legge; in questo senso M. SPERANZIN (nt. 45), 50 ss., il quale si occupa di replicare ai quattro argomenti forti che vengono portati dai sostenitori della prima tesi; M. NOTARI (nt. 45), 920 che ritiene che la decisione debba considerarsi annullabile; A. CETRA, *Le operazioni sul capitale sociale nella s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2016, 812 ss., 826 ss., il quale afferma che la delibera che introduce a maggioranza, nell'atto costitutivo, la clausola di cui all'art. 2481-bis, comma primo, c.c. sarebbe nulla per illiceità dell'oggetto e, come tale, impugnabile da parte di chiunque vi abbia interesse nel termine di tre anni dalla sua iscrizione nel registro delle imprese; sembra optare per questa soluzione anche G. RACUGNO (nt. 25), 821 s., testo e nt. 46, sebbene non si esprima sulla sorte della delibera di aumento che violi il diritto di sottoscrizione del socio; nello stesso senso, G. ZANARONE (nt. 45), 1540; S.A. CERRATO, *Artt. 2481 - 2481-ter*, in *Il nuovo diritto societario*. *Commentario*, diretto da G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, Bologna, 2004, 2, 1946 ss., 1971, 1978; E. FAZZUTTI, *Art. 2481-bis*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2003, 187 ss.

(⁴⁷) Si dimostra dichiaratamente contrario alla lettura proposta nel testo, e in base alla quale la s.r.l. sarebbe caratterizzata dall'*intuitus personae*, G. ZANARONE (nt. 45), 1537.

gittimati a modificare — *in parte qua* — l'accordo medesimo e l'eventuale violazione di un siffatto principio impedirebbe — perciò — alla relativa decisione, che non fosse stata assunta con il consenso di ciascuno dei legittimati, di avere effetti.

5.1. Il dettato normativo è chiaro: nella circostanza di cui all'art. 2482-ter c.c., i soci sono gli unici legittimati a sottoscrivere l'aumento ⁽⁴⁸⁾.

La previsione in parola deve essere messa in relazione — ma non confusa ⁽⁴⁹⁾ — con quella — già presa in esame — che reca il principio generale che regola le operazioni di riduzione del capitale per perdite nella s.r.l., contenuto nella norma di cui all'art. 2482-*quater* c.c. ⁽⁵⁰⁾.

Un limite come quello che esclude la possibilità di modificare le quote di partecipazione e i diritti dei soci in tutte le operazioni di riduzione del capitale per perdite non opera, e non potrebbe essere diversamente, con riferimento all'aumento che consegue alla riduzione propiziata dalla perdita più grave che possa interessare un ente capitalistico. In caso contrario, infatti, i soci verrebbero obbligati dalla legge a mantenere inalterata la misura della loro partecipazione, anche quando la loro volontà fosse eventualmente diversa. In diversi termini, in quest'ultima circostanza, l'unico modo di tutelare la posizione del socio è quello di lasciarlo libero di decidere se sottoscrivere — o meno — l'aumento.

I soci dunque possono non sottoscrivere o sottoscrivere solo in parte; con la possibilità (nel caso in cui l'atto costitutivo lo consenta ⁽⁵¹⁾, in consonanza con la previsione di cui al secondo comma dell'art. 2481-*bis* c.c.)

⁽⁴⁸⁾ Il che spiega perché la decisione di aumento debba prevedere il sovrapprezzo solo in via eventuale; in questo senso, tra gli altri, M. SPERANZIN (nt. 45), 40, 102 ss., 140 ss., il quale opta per la tesi che considera eventuale il sovrapprezzo anche nel caso della esclusione del diritto di sottoscrizione; in quest'ultimo senso, anche G. DE MARCHI - A. SANTUS - L. STUCCHI (nt. 45), 1204; v., poi, G. GIANNELLI (nt. 25), 313; E. FAZZUTTI (nt. 49), 188; G. PINNA (nt. 47), 2092; A. CETRA (nt. 49), 818 ss., il quale peraltro si sofferma a delineare compiutamente la disciplina dell'istituto in discorso. Naturalmente il sovrapprezzo può essere contemplato anche nel caso dell'aumento riservato ai soci; e v., tra gli altri, M.S. SPOLIDORO (nt. 38), 481; G. RACUGNO (nt. 25), 822.

⁽⁴⁹⁾ E v., infatti, M.S. SPOLIDORO (nt. 38), 487 s.; S.A. CERRATO (nt. 46), 1972 parla invece di una scelta « a metà strada » difficilmente comprensibile.

⁽⁵⁰⁾ In questo senso, anche A. CETRA (nt. 46), 816 s.; G. RACUGNO (nt. 25), 822; P. BUTTURINI, (nt. 46), 864 s.; A. BARTALENA, *Art. 2482-ter, in Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1680 ss, 1688; G. ZANARONE (nt. 45), 1541; M. SPERANZIN (nt. 45), 62 ss.; E. FAZZUTTI (nt. 49), 188; G. PINNA (nt.47), 2089; G. DE MARCHI - A. SANTUS - L. STUCCHI (nt. 45), 1194 ss.

⁽⁵¹⁾ Circostanza nella quale al socio spetterebbe ancora una volta il diritto di recesso, nella condivisibile lettura di G. ZANARONE (nt. 46), 1547; sul punto anche S.A. CERRATO (nt. 46), 1970; M. SPERANZIN (nt. 45), 92 ss. G. DE MARCHI - A. SANTUS - L. STUCCHI (nt. 45), 1190 ss.. Con riguardo all'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 2481-*bis* c.c., G. PINNA (nt. 47), 2096 ritiene invece che i terzi possano sottoscrivere l'importo anche in assenza di una specifica clausola dell'atto costitutivo.

per gli altri membri della compagine sociale ⁽⁵²⁾ di veder proporzionalmente crescere — in quest'ultima ipotesi — la propria partecipazione (almeno nella misura necessaria al raggiungimento del minimo legale). Occorre chiedersi quale sia il senso di una previsione siffatta.

Al riguardo si deve innanzitutto tenere conto di quanto emerge dalla Relazione, nella quale si afferma che la ragione dell'introduzione del divieto risale all'esigenza di « impedire prassi non commendevoli che la pratica ha a volte elaborato per ridurre sostanzialmente o addirittura eliminare la partecipazione di minoranza » ⁽⁵³⁾, e poi si devono aggiungere due considerazioni collegate tra loro.

Da una parte, occorre perciò rilevare che la misura del capitale minimo previsto per il tipo per quote ⁽⁵⁴⁾ porta (almeno tendenzialmente) a escludere l'eventualità che, (anche) nel caso del suo (eventuale) azzeramento, i soci non siano in grado di sottoscrivere l'aumento richiesto al fine di consentire alla società di riprendere la propria attività (senza fare ricorso alla trasformazione regressiva).

Dall'altra, quanto si è appena detto consente al legislatore — fermo quanto si è precisato circa il contenuto della Relazione — di fare dell'ipotesi che ci occupa l'emblema della diversa impostazione voluta per il tipo s.r.l. ⁽⁵⁵⁾ Sono i soci attuali, infatti, gli unici legittimati a decidere se proseguire o meno nell'iniziativa comune in un'occasione siffatta.

L'interesse tutelato non può dirsi dunque semplicemente quello del singolo quotista a non veder modificata la misura della propria partecipazione, senza il proprio consenso. In quest'ultimo caso, infatti, ci troveremo ad avere a che fare con un diritto individuale ⁽⁵⁶⁾, al quale il medesimo quotista potrebbe rinunciare ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵²⁾ Nel caso in cui questi ultimi non intendano sottoscrivere oltre la misura della loro partecipazione, invece, occorrerà che l'aumento sia scindibile; al riguardo, A. CETRA (nt. 49), 821, parla di un vero e proprio diritto di veto riconosciuto al socio con riguardo all'operazione di aumento a pagamento. Nel caso in cui la suddetta operazione sia inscindibile, infatti, il socio che non intenda sottoscrivere la quota di sua spettanza ne determina la caducazione. Non diversamente, M.S. SPOLIDORO (nt. 38), 482; G. DE MARCHI - A. SANTUS - L. STUCCHI (nt. 45), 1211. Con riguardo, invece, alle modalità per la realizzazione dell'aumento scindibile, v. G. ZANARONE (nt. 46), 1556 s.; M. SPERANZIN (nt. 45), 92; G. PINNA (nt. 47), 2097.

⁽⁵³⁾ In questo senso, A. CETRA (nt. 49), 828; G. RACUGNO (nt. 25), 822.

⁽⁵⁴⁾ E v. A. CETRA (nt. 49), 812 ss. il quale, dopo aver rilevato che l'attuale soglia minima iniziale (inferiore — come è noto — ai diecimila euro) potrebbe far apparire uno studio che si occupasse delle operazioni sul capitale della s.r.l. quasi come il frutto di una provocazione, si dedica a spiegare quali siano le ragioni che invece giustificano — oggi — la conservazione di un significativo livello di attenzione, da parte della dottrina, intorno al tema in parola

⁽⁵⁵⁾ E v., infatti, M. SPERANZIN (nt. 45), 31, il quale sottolinea che la disciplina del diritto di sottoscrizione costituisce uno dei tratti che distinguono la s.r.l. dalla s.p.a.

⁽⁵⁶⁾ Ovvero della prerogativa che nei tipi capitalistici — prima della riforma — è valsa a porre un argine al potere della maggioranza, individuando delle situazioni soggettive del socio intangibili da parte della società; e v., con differenti accenti, G. FERRI, *Le società*⁵, in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1987, 564 ss.; V. BUONOCORE, *Le situazioni sogget-*

La norma della quale si discute è piuttosto orientata a mettere ciascuno dei soggetti che hanno dato vita all'organizzazione — che dal contratto ha avuto origine — nella condizione di poter contare sulla immutabilità della base sociale, nel momento in cui è chiamato a decidere se proseguire nell'iniziativa comune.

Se le cose stanno in questi termini, il legislatore ha voluto in primo luogo e soprattutto affermare la diversità della s.r.l. ⁽⁵⁸⁾, quale tipo dalla dimensione capitalistica suscettibile di una profonda attenuazione, ancora una volta, in virtù del principio di intangibilità della posizione del socio che informa la (sua) disciplina; principio che deve trovare applicazione dunque anche in quest'ultima occasione ⁽⁵⁹⁾.

5.2. È proprio quella emersa alla fine del precedente paragrafo la chiave che può consentire una coerente ricostruzione della disciplina dell'aumento a pagamento nella s.r.l. Quest'ultima è, infatti, un tipo capitalistico che — come si è appena rilevato — si caratterizza in specie per il tratto personalistico che la distingue, senza farle perdere peraltro la propria identità tipologica di fondo. La norma di cui al combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art. 2481-bis c.c. mirano proprio ad assecondare questa particolare inclinazione del tipo per quote ⁽⁶⁰⁾.

tive dell'azionista, Napoli, 1960, 77, 291 ss.; T. ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in questa *Rivista*, 1956, 93 ss. e in Id., *Problemi giuridici*, Milano, 1959, II, 521 ss. (da cui si cita); A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, 179 ss., il quale distingue tra diritti *generali* e diritti *speciali* e riservava la qualifica di diritti individuali esclusivamente ai primi; G. OPPO, (nt. 30), 368 ss.; G. MARASÀ, *Modifiche del contratto e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino, 1993, 3 ss., 91 ss.; in questa luce, si veda anche A. SERRA (nt. 43), 84 ss., il quale rileva che « porre il discorso in termini di rispetto delle posizioni "reciproche" delle parti e di inefficacia degli atti diretti alla loro modificazione senza il consenso degli interessati significa fare salva la sostanza dell'art. 2247 e, in armonia con le peculiarità dei diversi tipi sociali, rendere applicabili alla società quei principi contrattuali che debbono reggerne la disciplina in armonia con la natura giuridica dell'istituto ».

⁽⁵⁷⁾ In questo senso M.S. SPOLIDORO (nt. 38), 486 s.

⁽⁵⁸⁾ Seppure nell'ambito di una ricostruzione diversa dalla nostra, M. SPERANZIN (nt. 45), 115 parla di « (...) una maggior tutela del contratto rispetto all'organizzazione, in ossequio al principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra soci (...) ».

⁽⁵⁹⁾ Del tutto opposta, rispetto a quella offerta nel testo, è la lettura della disciplina che ci occupa formulata da S.A. CERRATO (nt. 46), 1946 ss.

⁽⁶⁰⁾ In questa luce, le obiezioni che possono essere mosse alle prime due tesi formulate dalla dottrina sull'interpretazione della disciplina del diritto di sottoscrizione sono sostanzialmente le medesime. Entrambe, infatti, dimostrano di considerare la s.r.l. alla stregua di un tipo capitalistico puro. Risente di questa impostazione, infatti, anche la ricostruzione in base alla quale l'introduzione nell'atto costitutivo della "clausola capitalistica", che consente alla maggioranza di limitare o escludere il diritto di sottoscrizione del socio, deve avvenire all'unanimità. Gli studiosi che vi aderiscono, infatti, non ritengono che l'eventuale violazione del suddetto principio — volto a garantire una effettiva tutela della posizione del socio e delle basi comuni del contratto — provochi l'inefficacia della relativa decisione, bensì la sua invalidità. A questo si

La soluzione preferibile deve essere allora proprio quella di ritenere che anche nella disciplina dell'aumento a pagamento il legislatore abbia voluto affermare il suddetto principio di intangibilità della posizione del socio e delle basi comuni del contratto, richiedendo che il sacrificio del diritto di sottoscrizione debba essere deciso all'unanimità. È chiaro che, in questo caso, l'eventuale indebita pretermissione del socio porterebbe all'inefficacia della relativa decisione.

D'altra parte, l'introduzione della "clausola capitalistica" determina, *in parte qua*, il passaggio, condiviso da ciascun legittimato ⁽⁶¹⁾, dell'ente sul versante capitalistico, con il conseguente abbandono (volontario) del principio di intangibilità della posizione del socio e l'applicazione alla s.r.l. della

aggiunga che, se quest'ultima decisione deve considerarsi (per i più) nulla e impugnabile nel termine lungo di tre anni — M.S. SPOLIDORO (nt. 38), 489; A. BARTALENA (nt. 50), 1664 opta, invece, per la annullabilità della decisione che sopprima il diritto di sottoscrizione del socio, in assenza della clausola autorizzativa; allo stesso modo M. NOTARI (nt. 45), 920 — quella che avesse a oggetto l'aumento a pagamento, con l'indebito sacrificio — totale o parziale — del diritto di sottoscrizione (in mancanza della previa introduzione della "clausola capitalistica" nell'atto costitutivo), per i sostenitori della tesi in discorso potrebbe essere impugnata solo nel termine breve di 180 giorni; A. CETRA (nt. 49), 830., ma v. anche M.S. SPOLIDORO, (nt. 38), 484 s.; e M. SPERANZIN (nt. 45), 54 ss. e 119 ss.; G. PINNA (nt. 47), 2088 s. A questo punto, peraltro, del tratto personalistico indicato dalla Relazione quale giustificazione dell'introduzione del diritto di sottoscrizione nella disciplina dell'aumento a pagamento non rimarrebbe un granché; e potrebbe dirsi lo stesso della centralità del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci alla quale deve essere informato l'ordinamento della s.r.l.. Si deve altresì rilevare che non avrebbe senso alcuno neanche il divieto di riservare a terzi l'aumento di cui all'art. 2482-ter c.c., al fine — come è bene ribadire — di « impedire prassi non commendevoli che la pratica ha a volte elaborato per ridurre sostanzialmente o addirittura eliminare la partecipazione di minoranza », come emerge dalla Relazione. Il socio pretermesso sarebbe infatti tutelato in un modo sostanzialmente analogo a quello riservato all'azionista, al quale sia stato negato indebitamente l'esercizio del diritto di opzione; e non si vede, ancora una volta, per quale ragione il primo dovrebbe essere salvaguardato in modo più efficace rispetto al secondo contro il rischio di essere illegittimamente estromesso dalla società. Ciò avrebbe l'ulteriore conseguenza di fare della s.r.l. un tipo suscettibile di cambiare molto frequentemente la propria compagine sociale, sia in entrata sia in uscita. I soci non assenzienti e legittimamente pretermessi potrebbero, infatti, ricorrere con frequenza al recesso dalla società, riconosciuto loro dalla norma di cui al primo comma dell'art. 2481-bis c.c. Ciò finirebbe, però, con lo stravolgere il senso della previsione che introduce il rimedio dell'*exit* a beneficio del socio non assenziente, destinata a esaltare in specie la prospettiva contrattualistica della nuova s.r.l., come rileva correttamente S.A. CERRATO (nt. 46), 1974 s., il quale infatti mette in luce le contraddizioni che emergono nel momento in cui il recesso diviene l'unico mezzo di tutela del socio non assenziente rispetto alla decisione che riservi l'aumento a pagamento ai terzi (ovvero solo ad alcuni soci). In questa luce, il recesso dovrebbe consentire al non assenziente di uscire dalla società, nelle limitate (ed eccezionali) occasioni nelle quali si interrompesse il rapporto di fiducia con gli altri membri della compagine sociale.

⁽⁶¹⁾ In questo modo — mutuando le parole di G. OPPO (nt. 11), 380 — avremo l'applicazione di canoni contrattualistici di valutazione della condotta, che daranno la conferma della perdurante operatività del contratto sul rapporto e opereranno come regole di azione del gruppo « (...) ma di un'azione pur sempre strumentale (anche) rispetto all'attuazione della causa contrattuale ».

disciplina della s.p.a. ⁽⁶²⁾, compresa quella dell'invalidità della decisione che impedisse indebitamente al socio di sottoscrivere l'aumento in misura proporzionale alla sua partecipazione.

In questo modo, dunque, viene valorizzata pienamente la centralità del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci ⁽⁶³⁾, la quale porta a giustificare altresì anche la eventuale chiusura completa della società, nel caso in cui si preveda — per via statutaria — tanto l'intrasferibilità delle partecipazioni quanto la necessità del gradimento degli organi sociali ai fini dell'efficacia del relativo trasferimento (art. 2469, secondo comma, c.c.) ⁽⁶⁴⁾.

6. La soluzione proposta nel corso del precedente paragrafo consente altresì di risolvere un ulteriore problema — di non poco momento — determinato dalla disciplina dell'esclusione del socio che non abbia eseguito i conferimenti promessi.

Prima di passare all'analisi dello specifico profilo evocato, però, occorre rilevare che anche nell'ipotesi di esclusione legale di cui all'art. 2466 c.c., il legislatore si occupa di tutelare la posizione del socio adempiente, il quale non deve rischiare di veder modificati i rapporti tra le parti del contratto, a seguito della vendita della quota del socio moroso ⁽⁶⁵⁾.

In questa luce, infatti, da una parte, la quota del socio moroso può essere offerta (dagli amministratori) agli altri soci solo in proporzione della loro partecipazione ⁽⁶⁶⁾; dall'altra, la quota medesima, nel caso del cattivo esito

⁽⁶²⁾ In un caso siffatto, a meno di una diversa previsione statutaria, sarà perciò assolutamente legittimo per il socio vendere il proprio diritto di sottoscrizione, alla medesima stregua di quanto può fare l'azionista con il proprio diritto di opzione. Esclude, invece, la possibilità per il socio di s.r.l. — salvo diversa previsione dell'atto costitutivo — di cedere il proprio diritto di sottoscrizione, sulla scorta di una interpretazione che mira a mettere in luce la distanza tipologica — *in parte qua* — della s.r.l. dalla s.p.a., M.S. SPOLIDORO (nt. 26), 482 s.; nello stesso senso G. PINNA (nt. 47), 2086 s.; di avviso opposto, G. DE MARCHI - A. SANTUS - L. STUCCHI (nt. 47), 1182 ss. È invece favorevole alla generale cedibilità del diritto di sottoscrizione G. GIANNELLI (nt. 25), 307 s.

⁽⁶³⁾ La soluzione indicata consente peraltro alle parti anche di tornare sui propri passi, ripristinando — a seguito di una decisione condivisa da ciascuno — la regola dell'unanimità, abbandonata nel momento dell'introduzione della "clausola capitalistica".

⁽⁶⁴⁾ Fattispecie che rientra a pieno titolo tra quelle che devono ascrivere allo statuto della partecipazione al capitale della s.r.l., come già rilevato alla nota 22.

⁽⁶⁵⁾ E v. A. BERTOLOTTI, *Art. 2466*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, Bologna, 2004, 2, 1780 ss., 1785; S. CACCHI PESSANI, *Art. 2466*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, 207 ss., 213 ss.

⁽⁶⁶⁾ Al riguardo, A. VALZER, *La mancata esecuzione dei conferimenti*, in *S.R.L. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, Milano, 2011, 214 ss., 226, rileva che la vendita della quota secondo il meccanismo del diritto di opzione non sarebbe conveniente per i soci, i quali, per conservare inalterata la loro partecipazione, dovrebbero effettuare un esborso economico diretto che potrebbero evitare nel caso della mancata

dell'offerta ai soci, può essere venduta all'incanto, solo se l'atto costitutivo lo consente.

A questo punto, peraltro, rivolgendo per un momento l'attenzione all'istituto del recesso, occorre tenere conto altresì — come abbiamo anticipato in sede di introduzione allo studio dello statuto della partecipazione al capitale della s.r.l. — della norma di cui all'art. 2473, comma quarto, alinea secondo, c.c., la quale stabilisce che il rimborso della partecipazione del socio recedente può avvenire anche mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato dai soci medesimi. È del tutto evidente come la fattispecie appena enucleata ricalchi quella della quale ci occuperemo nel corso del presente paragrafo. In questa chiave, le soluzioni che emergeranno nel corso dell'analisi della disciplina della vendita della quota del socio moroso ⁽⁶⁷⁾ potranno essere estese a quella sul rimborso della partecipazione del socio recedente (o escluso ⁽⁶⁸⁾).

Tornando al tema del presente paragrafo, si deve rilevare, con riguardo alla prima ipotesi considerata, che la tutela della posizione del socio si realizza lasciando libero ciascuno di decidere se aderire all'offerta, o meglio, all'invito a offrire ⁽⁶⁹⁾, o meno; e prevedendo che le porzioni di quota non sottoscritte ⁽⁷⁰⁾ possano essere vendute non solo a terzi ma anche agli stessi

vendita della quota, con la conservazione della misura della loro partecipazione e il consolidamento del valore originato dai centesimi già versati da parte del socio moroso alle loro quote. In questa luce, l'unica soluzione vantaggiosa per la società e per i soci medesimi sarebbe quella per la quale ciascuno potrebbe offrirsi di acquistare l'intera quota del socio moroso e, nel caso di più offerte, la quota medesima dovrebbe essere ripartita tra gli acquirenti in base alla misura della loro partecipazione. Ebbene, non vi è ragione alcuna che impedisca alle parti di decidere, all'unanimità, di inserire nell'atto costitutivo una clausola così congegnata, soprattutto tenendo conto del fatto che gli amministratori possono (in base al secondo comma, alinea primo dell'art. 2466 c.c.) e non devono vendere la quota del socio moroso, agli altri soci, in proporzione della loro partecipazione. In questo senso, v. anche G. ZANARONE, *Art. 2466*, in *Id.*, *Della società a responsabilità limitata, in Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 1, 377 ss., 437, il quale si esprime anche sul senso della pozionalità; *Id.*, *ivi*, 411.

⁽⁶⁷⁾ La quale — come già rilevato (v. nt. 22) — ricalca, *in parte qua*, quella dell'espropriazione della partecipazione, di cui all'art. 2471 c.c., dove — al terzo comma — il legislatore precisa che, se la partecipazione non è liberamente trasferibile e il creditore, il debitore e la società non si accordano sulla vendita della quota stessa, la vendita ha luogo all'incanto; ma la medesima è priva di effetto se, entro dieci giorni dall'aggiudicazione, la società presenta un altro acquirente che offra lo stesso prezzo.

⁽⁶⁸⁾ E v., al riguardo, F. CASALE (nt. 1), 844 ss..

⁽⁶⁹⁾ Per la qualificazione della fattispecie di cui al secondo comma, alinea terzo, art. 2466 c.c. alla stregua non di un'offerta ma di un invito a offrire, G. ZANARONE (nt. 66), 408.; F. TASSINARI, *Art. 2466, in Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 3, 1799 ss., 1801.

⁽⁷⁰⁾ Per un'interpretazione siffatta della disciplina, G. ZANARONE (nt. 66), 416; A. BERTOLOTI (nt. 65), 1786.

soci, soltanto se l'atto costitutivo lo consente ⁽⁷¹⁾, in analogia con quanto dispone la norma di cui al secondo comma dell'art. 2481-bis c.c., con riguardo al diritto di sottoscrizione.

A quest'ultimo riguardo, peraltro, l'eventuale inserimento nell'atto costitutivo della "clausola di apertura al mercato", che consenta la vendita della quota del socio moroso ai terzi, deve potersi avere solo in consonanza con il principio di intangibilità della posizione del socio di s.r.l., che richiede — a pena di inefficacia della relativa decisione — l'unanimità dei consensi, per la modifica delle basi comuni del contratto.

Veniamo dunque all'analisi del problema (proprio della sola disciplina contenuta nell'art. 2466 c.c.) al quale si è fatto riferimento in avvio del presente paragrafo.

La dottrina che si è soffermata sull'analisi della disciplina di cui all'art. 2466 c.c. si è divisa sulla soluzione da applicare nel caso in cui un socio, sino a quel punto adempiente, non abbia eseguito i conferimenti promessi in sede di sottoscrizione di un aumento a pagamento.

Con riguardo a un caso siffatto, alcuni propendono per l'esclusione totale del socio ⁽⁷²⁾, a dispetto del fatto che l'inadempimento si riferisca alla sola porzione della partecipazione sottoscritta in occasione dell'aumento; mentre altri ⁽⁷³⁾ ritengono che il socio debba poter conservare la posizione acquisita sino al momento dell'adesione all'offerta di sottoscrizione dell'aumento, e ritengono che si debba vendere nelle forme previste dall'art. 2466 c.c. la sola porzione di partecipazione non liberata, con la sua esclusione parziale.

I primi sostengono sostanzialmente che la quota, nonostante la sua divisibilità, esprima in modo unitario la posizione (e la centralità, voluta dal legislatore delegante) del socio ⁽⁷⁴⁾ e che la sua mancata liberazione — quand'anche solo parziale — ne imponga l'esclusione.

I secondi obiettano che sarebbe oltremodo ingiusto che da un inadempimento parziale si facesse discendere l'esclusione (totale) del socio dalla società ⁽⁷⁵⁾ e concludono che, in un caso siffatto, si debba perciò procedere — come detto — alla (ormai del tutto legittima) divisione della quota e alla vendita della sola porzione sottoscritta e poi non liberata.

⁽⁷¹⁾ G. ZANARONE (nt. 66), 415 parla al riguardo di una novità che riflette l'accentuata personalizzazione impressa alla s.r.l. dal legislatore della riforma.

⁽⁷²⁾ A. VALZER (nt. 66), 228; G. ZANARONE (nt. 66), 421 ss.

⁽⁷³⁾ P. MASI, *Art. 2466*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 3, 1443 ss., 1444; S. MASTURZI, *Art. 2466*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli - V. Santoro, Torino, 2003, 41 ss., 45; S. CACCHI PESSANI (nt. 65), 221.

⁽⁷⁴⁾ Da contrapporre, anche in questo caso, alla centralità dell'azione, nella lettura di G. ZANARONE (nt. 66), 421.

⁽⁷⁵⁾ P. MASI, (nt. 73), 1444.

Ebbene pensiamo che la soluzione impiegata al fine di ricostruire la disciplina del diritto di sottoscrizione possa essere mutuata dall'interprete al fine di offrire una lettura della fattispecie che ci occupa che sia coerente con il principio (della centralità del socio e della intangibilità della sua posizione) al quale è informato l'ordinamento del tipo per quote.

I sostenitori della prima tesi evocata ritengono, infatti, e come si è già rilevato, che la divisione della quota contrasterebbe con i caratteri della partecipazione al capitale della s.r.l., la quale è unitaria ed esprime nel suo insieme la posizione del socio nel rapporto con la società.

Stante questo inquadramento, l'eventuale mancata liberazione della (porzione della) quota sottoscritta in occasione di un aumento a pagamento dovrebbe portare sempre alla esclusione del socio di s.r.l. La soluzione al nostro problema diventa meno drastica, se si distingue in base al regime della partecipazione che i soci hanno deciso di adottare per via statutaria.

In altri termini, se si è optato per il regime capitalistico, testimoniato in questo caso dalla clausola di apertura al mercato che consenta la vendita della quota del socio moroso ai terzi (art. 2466, primo comma, alinea terzo, c.c.), si dovrà ammettere la divisibilità della partecipazione e la conseguente esclusione parziale⁽⁷⁶⁾ del socio inadempiente. Nel caso opposto, e quindi in assenza della suddetta clausola d'apertura al mercato, anche la mancata liberazione della porzione di quota sottoscritta al momento dell'aumento giustificherà l'esclusione (definitiva) del socio moroso dalla società⁽⁷⁷⁾.

7. Veniamo dunque alla disciplina dei particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società e la distribuzione degli utili.

Il combinato disposto dei commi terzo e quarto dell'art. 2468 c.c. deve essere analizzato alla luce del principio di intangibilità della posizione del socio di s.r.l., il quale conduce ad affermare, in consonanza con la dottrina prevalente⁽⁷⁸⁾, che anche l'introduzione di una clausola siffatta — a dispetto

⁽⁷⁶⁾ In questo modo, la divisione della quota sarebbe compatibile anche con la lettera dell'art. 2466 c.c., che — come fa notare A. VALZER (nt. 66), 229 quando individua un ulteriore argomento a sostegno della unitarietà della quota — parla di esclusione del socio e non della sua decadenza, come fa la norma di cui all'art. 2344 c.c. con riguardo all'azionista moroso. La decadenza, infatti, secondo la medesima dottrina — *Id.*, *ibidem* — potrebbe ben essere parziale e quest'ultima differenza tra i due tipi in discorso si accorderebbe — sempre in linea con la ricostruzione dello stesso autore — anche con la diversa impostazione voluta per i due tipi capitalistici principali dal legislatore delegante che, come è noto, ha contrapposto la centralità del socio nella s.r.l. a quella dell'azione nella s.p.a. Nel medesimo senso, con riguardo alla differenza che discende dalla decadenza del socio moroso di s.p.a., G. ZANARONE (nt. 66), 421.

⁽⁷⁷⁾ Indicazioni utili nella chiave individuata vengono da G. SANTONI (nt. 25), 389 ss.

⁽⁷⁸⁾ R. SANTAGATA (nt. 25), 301; G. ZANARONE (nt. 25), 532; A. DACCÒ (nt. 25), 402 s.; G. SANTONI (nt. 25), 387; P. REVIGLIONE (nt. 25), 1812 s.; E. FAZZUTTI (nt. 25), 58; M. MALTONI (nt. 25) 1827 ss.; L.A. BIANCHI - A. FELLER, *Art. 2468*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, 303 ss., 335 s.

del silenzio del legislatore sul punto (art. 2468, terzo comma, c.c.) — deve avvenire — a pena di inefficacia ⁽⁷⁹⁾ e non di invalidità ⁽⁸⁰⁾ — all'unanimità ⁽⁸¹⁾, a meno di una differente previsione del contratto.

In particolare, l'attribuzione (come la soppressione) di particolari diritti di natura amministrativa ad alcuni soci ha l'effetto di definire nel modo voluto dalle parti i contorni della *governance* dell'ente e l'introduzione della relativa clausola determina, *in parte qua*, una sostanziale modificazione delle basi comuni del contratto, che (a meno di una diversa previsione dell'atto costitutivo e fatto salvo quanto già rilevato circa la possibile eccezione al principio d'intangibilità della posizione del socio) deve essere decisa all'unanimità. Naturalmente il ragionamento appena svolto deve essere applicato anche all'ipotesi dell'introduzione della previsione statutaria che attribuisca ad alcuni soci dei particolari diritti di natura patrimoniale (giustificati, non a caso, dalla rilevanza della partecipazione dei medesimi all'iniziativa comune). In questa luce, anzi è bene fare un'ulteriore e decisiva considerazione relativa all'inquadramento della fattispecie.

Alcuni studiosi, infatti, hanno ritenuto sin qui che l'ipotesi generale di cui al quarto comma dell'art. 2468 c.c. sia l'unica nella quale l'atto costitutivo della s.r.l. deve essere modificato all'unanimità (a meno di una diversa previsione dello stesso atto costitutivo che ammetta la modifica della relativa clausola a maggioranza), perché quella che ci occupa è la sola circostanza nella quale il legislatore lo prevede espressamente ⁽⁸²⁾. In tutte le altre ipotesi, dunque, e quindi, in speciale modo, in quelle da noi prese in esame in questa sede, il principio regolatore dovrebbe essere invece quello capitalistico puro che, per l'efficacia dell'atto che esprime la volontà sociale, richiede il voto favorevole della maggioranza. A noi pare che le cose stiano diversamente. Vediamo perché.

La sola previsione della possibile attribuzione ad alcuni soci di particolari diritti, infatti, avrebbe potuto portare gli interpreti a ritenere che, in un caso siffatto, il legislatore abbia voluto rimettere all'atto costitutivo la possibilità di riconoscere, in capo ad alcuni, dei diritti individuali ⁽⁸³⁾ che, in

⁽⁷⁹⁾ G. SANTONI (nt. 25), 388, parla della mancanza del consenso anche di un solo socio come veto e — successivamente — della conseguente inesistenza di ogni modificazione in un caso siffatto; nello stesso senso P. REVIGLIONE (nt. 25), 1813; sembra orientarsi nello stesso senso anche E. FAZZUTTI (nt. 25), 58 s.; al pari di L.A. BIANCHI - A. FELLER (nt. 78), 336 s.

⁽⁸⁰⁾ R. SANTAGATA, (nt. 25), 299 opta invece per l'invalidità della decisione di introduzione della clausola assunta in assenza del consenso di tutti i soci; così anche G. ZANARONE (nt. 25), 536, che opta per l'annullabilità della decisione.

Si dovrebbe parlare di invalidità, invece, nel solo caso in cui l'atto costitutivo rimettesse alla maggioranza la relativa legittimazione.

⁽⁸¹⁾ Sulla raccolta del consenso unanime in questa circostanza, ancora R. SANTAGATA (nt. 25), 301 s.

⁽⁸²⁾ G. GIANNELLI (nt. 25), 308.

⁽⁸³⁾ G. GIANNELLI (nt. 25), 308.

assenza della previsione di cui al quarto comma dell'art. 2468 c.c., si sarebbero potuti cancellare (o modificare) in forza di una semplice decisione assunta dalla maggioranza necessaria per le modifiche dell'atto costitutivo, alla quale si sarebbe dovuto aggiungere il (solo) consenso dei titolari delle prerogative considerate. In questa luce, si spiega — a nostro modo di vedere — la scelta di introdurre una previsione espressa che, nell'affermare la necessità (a meno di una diversa previsione statutaria) dell'unanimità dei consensi per la modifica della clausola di cui al terzo comma dell'art. 2468 c.c., ha lo scopo di far emergere il dato sistematico per il quale l'eventuale modifica dei particolari diritti determina in realtà una modifica delle basi comuni del contratto che interessa ciascun appartenente⁽⁸⁴⁾ alla compagine sociale e non solo coloro che dei medesimi diritti siano i titolari.

In questo modo, il legislatore non esclude che vi siano altre ipotesi nelle quali il principio che governa le modifiche del contratto di s.r.l. debba essere quello dell'unanimità; al contrario, per questa via è possibile affermare che anche l'introduzione, la modifica o la soppressione della clausola che prevede i particolari diritti è un'ipotesi di cambiamento delle basi comuni del contratto, per la quale occorre il consenso di tutti i soci, a meno di una diversa previsione statutaria (assunta all'unanimità) che assegni alla maggioranza la relativa legittimazione.

Anche nel caso dei particolari diritti, dunque, ci troviamo ad avere a che fare con un istituto che può consentire alle parti di attenuare in senso personalistico l'identità capitalistica del tipo per quote⁽⁸⁵⁾. I soci, peraltro, possono anche accentuare il carattere capitalistico della s.r.l.⁽⁸⁶⁾, nel momento in cui decidano di far dipendere la presenza, nell'atto costitutivo, della clausola dalla quale le particolari prerogative discendono da una decisione della maggioranza.

Non a caso, il metodo sin qui impiegato suggerisce all'interprete, nella

⁽⁸⁴⁾ E v., infatti, su questo specifico profilo, R. SANTAGATA (nt. 25), 300 s.; F. GUERRERA, *Profili generali*, in M. Cian - G. Giannelli - F. Guerrera - M. Notari - G. Palmieri, *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Trattato della società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba - G. Marasà, Padova, 2009, IV, 219 ss., 244; M. MAUGERI (nt. 27), 1490; G. ZANARONE (nt. 25), 531 ss.; A. DACCÒ (nt. 25), 396, 408 ss.; P. REVIGLIONE (nt. 25), 1813; M. PINNARÒ, *Art. 2468*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 3, 1492 ss., 1500.

⁽⁸⁵⁾ M. MAUGERI (nt. 27), 1483; A. DACCÒ (nt. 25), 307 ss.; M. PINNARÒ (nt. 84), 1500.

⁽⁸⁶⁾ Si dichiara favorevole alla attribuzione (anche) agli azionisti dei particolari diritti G.B. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso - V. Cariello - V. Di Cataldo - F. Guerrera - A. Sciarrone Alibrandi, Torino, 2014, 1, 107 ss., 112 ss., il quale opera una ricostruzione fondata su una ricca analisi comparatistica e aderisce sul punto alla teoria di M.B. PORTALE, *I diritti "particolari" del socio di s.p.a. (prime riflessioni sulla personalizzazione della società per azioni chiusa)*, Tesi di dottorato in Diritto commerciale con sede presso L'Università di Brescia (ciclo XXII, 2010); di contrario avviso, da ultimo, G.A. RESCIO, *Tetti di voto, tetti di partecipazione*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2016, I, 294 ss., 315.

ricostruzione dell'istituto che ci occupa, che la tutela della posizione del socio può dipendere tanto dalla necessità del suo consenso, al fine di evitare l'inefficacia della relativa modifica dell'atto costitutivo; quanto dal recesso ⁽⁸⁷⁾ del medesimo, che non sia assenziente rispetto alla modifica (anche se solo indiretta) della relativa previsione del contratto sociale, decisa dalla maggioranza ⁽⁸⁸⁾.

8. Siamo arrivati alla fine della nostra opera di ricostruzione dello statuto della partecipazione al capitale della s.r.l., e prima di dedicare alcune riflessioni agli istituti dell'esclusione e del recesso nella loro dimensione convenzionale, dobbiamo riepilogare i risultati sin qui raggiunti.

In primo luogo, dobbiamo rilevare che il legislatore ha sancito quella che abbiamo definito l'inderogabile neutralità delle operazioni nominali sul capitale; circostanze nelle quali — come abbiamo visto — la legge prevede dei limiti invalicabili dall'autonomia statutaria. Il meccanismo in parola ha la finalità — come è emerso nel corso del lavoro — sia di affermare la centralità dell'istituto dei diritti particolari e, con essa, del principio di intangibilità della posizione del socio sia di mettere in rilievo l'unico caso nel quale vi può essere un'alterazione (tollerata ⁽⁸⁹⁾) nei rapporti tra le parti del contratto, la quale non rappresenta dunque una violazione del principio di eguaglianza, bensì un'eccezione al medesimo (giustificata dal confronto con un interesse — quello che guarda al migliore perseguimento dello scopo comune — reputato superiore).

La tutela della posizione del socio di s.r.l. nella sua forma espressa — da intendersi come declinazione del tratto personalistico inderogabile del tipo per quote — si ha dunque nei casi (come quello del diritto di sottoscrizione ovvero del diritto a non vedere mutare la propria posizione in occasione della vendita della quota del socio moroso ovvero della clausola che attribuisca ad alcuni soci dei particolari diritti) nei quali la legge introduce il principio dispositivo della modificabilità della posizione del socio (a pena di inefficacia della relativa decisione) solo all'unanimità e ammette che le parti del contratto possano — ancora una volta all'unanimità — decidere di rimettere la relativa legittimazione alla maggioranza prevista dalla legge per le modifiche dell'atto costitutivo.

Alla categoria delle ipotesi nelle quali opera la tutela della posizione del

⁽⁸⁷⁾ Diversamente, sul punto, R. SANTAGATA (nt. 25), 303, il quale ritiene che il riconoscimento del diritto di recesso del non assenziente miri a garantire, all'istituto in discorso, il ruolo di unico rimedio alla perdurante vigenza del principio maggioritario per le modifiche indirette dei *particolari diritti*.

⁽⁸⁸⁾ E v. G. SANTONI (nt. 25), 389; A. DACCÒ (nt. 25), 410 ss.; P. REVIGLIONE (nt. 25), 1812.

⁽⁸⁹⁾ La quale interviene nel caso di decisioni di gestione, che comportino una sostanziale modificazione dei diritti particolari di amministrazione di uno o più soci.

socio nella sua forma espressa deve ascriversi anche l'esclusione facoltativa di cui all'art. 2473-*bis* c.c. (90). A questo riguardo, dobbiamo intanto sottolineare che l'introduzione della possibilità per le parti di prevedere delle specifiche (91) cause di esclusione per giusta causa (92) è pienamente in linea con il principio della centralità del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci. Il tratto personalistico della s.r.l. (93), in altri termini, si traduce anche nella possibilità, per i protagonisti dell'iniziativa comune, di definire preventivamente i presupposti per la sua prosecuzione. Nel caso in cui uno qualunque dei suddetti presupposti dovesse venir meno, interverrebbe il rimedio dell'esclusione.

In questa circostanza, dunque, come è già stato correttamente messo in luce da altri: così come il recesso consente al socio non più intenzionato a continuare il proprio rapporto con la società, di scioglierlo quando ne ricorrano i presupposti; allo stesso modo, l'esclusione permette ai soci di definire preventivamente le condizioni per l'esercizio in comune dell'attività, al fine di poter estromettere coloro che non rispettino il patto sociale (94). L'istituto dell'esclusione mira dunque ad assecondare le esigenze delle parti del contratto e non è un caso che il limite alla praticabilità del rimedio in parola intervenga nel momento in cui il rimborso della partecipazione debba avvenire attraverso la riduzione del capitale (art. 2473-*bis* c.c.) (95).

Nella chiave indicata, dunque, anche la modifica volta all'introduzione di una (o più) causa(e) di esclusione nell'atto costitutivo deve essere decisa all'unanimità (96), a meno che i soci (ancora una volta all'unanimità) non abbiano riservato la relativa legittimazione alla maggioranza.

(90) Conclusione che agevola l'opera di integrazione delle lacune della relativa disciplina; e v., al riguardo, M. CIAN (nt. 1), 500 s.

(91) Sull'importanza del requisito della specificità delle ipotesi di esclusione, M. CIAN, (nt. 1), 501; F. CASALE (nt. 1), 820 ss.; F. NIEDDU ARRICA (nt.1), 197; F. ANNUNZIATA (nt. 1), 538 s.; con particolare attenzione anche all'interesse dei terzi, G. ZANARONE (nt.1), 858 ss.; P. PISCITELLO (nt. 1), 737; O. CAGNASSO (nt. 5), 1846; S. MASTURZI, (nt. 1), 95; D. GALLETTI (nt. 7), 1917 s.; V. PAPPÀ MANFORTE (nt. 1), 286.

(92) M. CIAN (nt. 1), 502 rileva infatti che « (...) per giusta causa di esclusione deve intendersi ogni accadimento, riguardante la persona del socio, che sia idoneo a pregiudicare la profittevole prosecuzione del rapporto sociale con il medesimo; si deve dunque trattare di vicende o comportamenti individuali, che minano l'interesse al buon andamento dell'iniziativa societaria, come programmato dai compartecipi »; sul punto, anche G. ZANARONE (nt. 1), 862 ss.; O. CAGNASSO (nt. 6), 1846; F. CASALE (nt. 1), 823 ss.; F. NIEDDU ARRICA (nt. 1), 198 s.; S. MASTURZI (nt. 1), 96; V. PAPPÀ MANFORTE (nt. 1), 287 ss.; F. ANNUNZIATA (nt. 1), 539; M. TANZI (nt. 1), 1548 ss.

(93) M. CIAN (nt. 1), 498 s.

(94) F. CASALE (nt. 1), 819.

(95) Circostanza che può dunque portare sino allo scioglimento della società, a dimostrazione di quanto l'istituto dell'esclusione sia volto a caratterizzare in senso personalistico il tipo per quote. Sul punto, P. PISCITELLO (nt. 1), 740 s.; M. TANZI (nt. 1), 1548.

(96) M. CIAN (nt. 1), 505 s. opta invece, in linea con la dottrina dominante, per la tesi della introducibilità della clausola a maggioranza.

Ma una siffatta interpretazione della previsione di cui all'art. 2473-bis c.c., se consente una piena tutela della posizione del socio, non permette di considerare definitivamente esaurita l'analisi dei profili critici della disciplina.

In un tipo informato alla centralità del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci, infatti, l'eventuale esclusione di un membro della compagine sociale è rilevante per ciascuna delle parti del contratto. Ancora una volta, dunque, non si deve tener conto del solo diritto individuale del socio ingiustamente escluso dalla società; ma occorre considerare altresì la posizione di quanti siano interessati alla continuazione del rapporto con quest'ultimo. In questa luce, anche l'esercizio della prerogativa rimessa alle parti dalla clausola di esclusione deve soddisfare il principio di intangibilità della posizione del socio di s.r.l.

L'introduzione della clausola che ci occupa, con il consenso di ciascuna delle parti del contratto, presuppone dunque la scelta di un meccanismo condiviso che consenta, a ciascuno, una più efficace tutela della propria posizione, nell'eventualità in cui si faccia ricorso al rimedio del quale si discute.

In questo quadro, si può immaginare — per esempio — che i soci decidano all'unanimità di prevedere delle ipotesi statutarie di esclusione tanto automatica ⁽⁹⁷⁾ quanto rimessa alla decisione della maggioranza calcolata (anche) per teste ⁽⁹⁸⁾, rispetto alla quale — peraltro — l'interessato possa difendersi promuovendo, nel primo caso, un'azione di accertamento negativo ⁽⁹⁹⁾ e, nell'altro, un'opposizione nella forma prevista per le società personali ⁽¹⁰⁰⁾, con la conseguente (possibile) sospensione ⁽¹⁰¹⁾ dell'efficacia del provvedimento della società, da parte del giudice.

Al contrario, l'eventuale riserva della relativa legittimazione in capo alla maggioranza può precludere a un procedimento diverso, che veda la competenza a far scattare il rimedio che ci occupa in capo all'assemblea ⁽¹⁰²⁾, la

⁽⁹⁷⁾ M. CIAN (nt. 1), 506; G. ZANARONE, (nt. 1), 868; P. PISCITELLO (nt. 1), 738; D. GALLETI (nt. 7), 1918; F. ANNUNZIATA (nt. 1), 543 s.

⁽⁹⁸⁾ Diversamente sul punto, V. PAPPÀ MANFORTE (nt. 1), 291.

⁽⁹⁹⁾ G. ZANARONE (nt. 1), 872.

⁽¹⁰⁰⁾ V. PAPPÀ MANFORTE (nt. 1), 291; M. CIAN (nt. 1), 509 rileva che esistono riguardo all'opposizione due linee di pensiero, l'una richiamante la disciplina delle società di persone e l'altra quella dell'invalidità delle delibere assembleari o consiliari, che egli dichiara di preferire; *Id.*, *ivi*, 510. F. NIEDDU ARRICA (nt. 1), 204 s. ritiene che l'esclusione produca i suoi effetti solo dopo che sia decorso il termine per l'opposizione; sull'opposizione anche F. ANNUNZIATA (nt. 1), 544 s.

⁽¹⁰¹⁾ F. NIEDDU ARRICA (nt. 1), 205, 207 ss.

⁽¹⁰²⁾ Sull'ipotesi della competenza rimessa a un organo sociale, ancora M. CIAN (nt. 1), 506 s.; G. ZANARONE (nt. 1), 869 ritiene che la relativa competenza spetti esclusivamente ai soci, in linea con la previsione di cui all'art. 2479, comma secondo, n. 5, c.c.; nello stesso senso P. PISCITELLO (nt. 1), 738 s.; per la competenza dell'assemblea anche V. PAPPÀ MANFORTE (nt. 1), 290; F. NIEDDU ARRICA (nt. 1), 202, ritiene che la competenza residuale spetti all'assemblea; opta invece per la competenza di base degli amministratori O. CAGNASSO (nt. 6), 1848. Si schiera per

quale la eserciterà attraverso una decisione che, ogni qual volta non ricorra il presupposto stabilito dall'atto costitutivo, sarà da ritenersi invalida ⁽¹⁰³⁾ e potrà essere impugnata secondo le previsioni del codice.

Venendo al recesso convenzionale ⁽¹⁰⁴⁾, pare difficile — data la rilevata simmetria del rimedio in discorso con quello dell'esclusione — non ammettere che l'atto costitutivo possa prevedere la risoluzione del rapporto del socio con la società per giusta causa ⁽¹⁰⁵⁾, come avviene nelle società di persone (art. 2285, secondo comma, c.c.). Ancora una volta, il regime dispositivo per l'introduzione di cause di recesso ulteriori rispetto a quelle stabilite dalla legge dovrà essere — a meno di una clausola statutaria (introdotta con il consenso di tutti i soci che attribuisca la relativa legittimazione alla maggioranza — quello dell'unanimità; metodo che non pare comunque capace di giustificare il ricorso al recesso *ad nutum* ⁽¹⁰⁶⁾).

la mancanza di un criterio orientativo di base valido per tutte le situazioni, F. CASALE (nt. 1), 833; sulla stessa linea F. ANNUNZIATA (nt. 1), 541; M. TANZI (nt. 1), 1553, il quale non esclude che la medesima competenza possa essere attribuita anche agli amministratori; o che vi possa essere una legittimazione mista. Parla genericamente di delibera efficace dopo 60 giorni dalla sua comunicazione al socio escludendo, S. MASTURZI (nt. 1), 97.

⁽¹⁰³⁾ M. CIAN (nt. 1), 510 la considera nulla per illiceità dell'oggetto; dissente da una siffatta interpretazione G. ZANARONE (nt. 1), 874 ss., il quale ritiene che in questa circostanza la soluzione sia quella dell'applicazione analogica degli artt. 2287 e 2533 c.c. e della conseguente opposizione del socio contro la decisione della società; P. PISCITELLO (nt. 1), 740 prevede invece il rimedio dell'impugnazione da parte del socio indebitamente escluso; così anche (nt. 5), 1848.; F. CASALE (nt. 1), 837 s.; D. GALLETTI (nt. 7), 1920 s.

⁽¹⁰⁴⁾ Che appare in linea con l'impostazione in chiave prevalentemente contrattualistica del nuovo regime della s.r.l., nella lettura di G. ZANARONE, *Art. 2473*, in *Id.*, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 1,775 ss, 780; nello stesso senso M. TANZI, *Art. 2473*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 3, 1529 ss., 1530 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Favorevoli, tra gli altri, P. PISCITELLO (nt. 1), 729; F. ANNUNZIATA, *Art. 2473*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2008, 502 ss.; M. TANZI (nt. 104), 1533; M. STELLA RICHTER jr., *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 389 ss., 404 s.; contrari G. ZANARONE (nt. 104), 782 s.; M. CERA, *Le clausole statutarie che determinano il recesso del socio*, in *S.R.L. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, a cura di A.A. Dolmetta - G. Presti, Milano, 2011, 470 ss., 474.

⁽¹⁰⁶⁾ G. ZANARONE (nt. 103), 781; P. PISCITELLO (nt. 1), 729 s.; M. CERA (nt. 104), 475. Di avviso opposto, M. STELLA RICHTER jr. (nt. 104), 404; M. TANZI (nt. 103), 1533.