



In via generale la prelazione può essere definita quale il diritto di un soggetto di essere preferito ad altri a parità di condizioni nella stipulazione di un determinato eventuale contratto. La prelazione può avere natura legale, qualora sia espressamente prevista dalla legge, ad esempio nel caso dell'art. 732 c.c. in materia successoria, ovvero convenzionale, qualora sia il frutto di una previsione delle parti coinvolte, rappresentando, in quest'ultimo caso, una delle più alte forme di manifestazione dell'autonomia contrattuale garantita ai soggetti dall'ordinamento.

Oggetto della presente trattazione sarà, pertanto, l'analisi della disciplina codicistica in materia di clausola di prelazione in ambito societario, tenendo conto delle riforme intervenute e delle questioni ancora aperte.

In ambito societario le parti possono prevedere clausole di prelazione sia in sede statutaria, sia mediante patti parasociali. La questione deve essere approfondita in ragione delle molteplici differenze di disciplina connesse alla diversa fonte genetica dell'istituto in esame.

La clausola di preferenza statutaria si configura ogni qualvolta l'atto costitutivo imponga al socio intenzionato a trasferire la propria azione o partecipazione di preferire gli altri soci prelazionari mediante la c.d. *denuntiatio*, ovvero l'invito rivolto ai soci ad acquistare la propria azione o partecipazione, sia a parità di condizioni (in questo caso si tratterà di una c.d. prelazione "propria" o "pura"), sia a condizioni differenti rispetto a quelle offerte dal terzo acquirente (c.d. prelazione "impropria" o "spuria").

Le principali norme in materia sono l'art. 2355 bis c.c., per le S.p.A., ai sensi del quale "lo statuto può sottoporre a particolari condizioni il trasferimento delle azioni" e, l'art. 2469 c.c. per s.r.l., in base al quale "le partecipazioni sono liberamente trasferibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salva contraria disposizione dello statuto". Il legislatore in entrambe le ipotesi non ha previsto una esplicita normazione delle cause di prelazione, rimettendo all'autonomia delle parti la possibilità di inserire le relative pattuizioni già in fase costitutiva.

Un profilo oggetto di intenso dibattito in dottrina e in giurisprudenza consiste nella natura legale o convenzionale della clausola in esame. Parte minoritaria della dottrina sostiene la natura legale, con conseguente efficacia *erga omnes*, della causa di prelazione. In virtù di tale concezione, il patto di preferenza esplicherebbe la sua efficacia non soltanto tra le parti ma anche nei confronti della società. Tuttavia, la tesi prevalente, accolta in dottrina e in giurisprudenza, riconduce la clausola statutaria di prelazione nell'alveo della prelazione convenzionale, ponendosi la stessa come limite, di natura volontaria, alla libertà delle parti circa la scelta del contraente. Pertanto, la previsione, in sede di atto costitutivo della clausola, è frutto dell'esercizio da parte dei soci dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c.

Dal punto di vista sistematico il patto di prelazione produce una duplice obbligazione: da una parte, l'obbligazione positiva in capo al promittente di comunicare la c.d. denuntiatio e prevedere un congruo termine per il relativo esercizio, dall'altra, un'obbligazione di *non facere* in capo al medesimo promittente, consistente nell'astenersi, durante il periodo concesso, dallo stipulare con altri.

In merito alla clausola statutaria di prelazione si è dibattuto sulla funzione ed efficacia della stessa; ovvero, se l'inserimento in sede statutaria della clausola in esame attribuisca alla stessa una valenza esclusivamente organizzativa-procedimentale, sostanzialmente configurandosi quale schema procedurale da seguire ai fini della corretta circolazione delle azioni o delle partecipazioni; ovvero se alla stessa sia da riconoscere la c.d. "doppia anima", ammettendo che la funzione organizzativa conviva con quella parasociale. Si considera consolidata la seconda tesi esposta; la natura sociale e parasociale della clausola di prelazione riflette, da un lato, la funzione organizzativa-procedimentale, in quanto diretta a regolamentare l'ingresso di soggetti terzi all'interno della compagine sociale, garantendo altresì l'autoconservazione del gruppo, dall'altro, la funzione di tutela degli interessi dei soci *uti singuli*, in quanto tutela la stabilità delle posizioni di forza all'interno della società.

Da quanto detto segue il problema dell'efficacia reale ovvero obbligatoria da attribuire alla clausola di prelazione. L'indirizzo attualmente prevalente sostiene la tesi dell'efficacia reale della clausola. Il fondamento della realtà è individuato nella funzione propria del tipo di clausola in esame, proiettata, da una parte, ad impedire l'ingresso di soci non graditi all'interno della compagine sociale, dall'altra, a permettere l'ingresso di nuovi soci, a condizione che siano rispettati quegli schemi procedurali che i soci in comune abbiamo deciso di adottare.

La c.d. efficacia reale della clausola, ove inserita negli statuti delle società, comporta l'opponibilità *erga omnes* della stessa, con conseguente inefficacia rispetto alla società dell'atto di trasferimento eseguito in violazione del patto. Nell'interpretazione data dalla giurisprudenza il concetto stesso di efficacia finisce per coincidere con quello di opponibilità. In questa impostazione, l'opponibilità *erga omnes* è la conseguenza naturale del regime di pubblicità cui è soggetto lo statuto societario. Il terzo acquirente, infatti, è messo sin da subito nella legale conoscenza delle regole societarie e, nel caso di specie, di quelle sulla circolazione delle azioni.

Per quanto concerne l'introduzione o la soppressione della clausola statutaria di prelazione, in seguito alla riforma del diritto societario del 2003, è necessaria a tal fine l'adozione di una delibera da parte dell'assemblea assunta a maggioranza. Tuttavia, soltanto nel caso delle S.p.A. il legislatore ha previsto espressamente all'art.2437, comma 2, lett.b), c.c., il diritto di recesso del socio assente o dissenziente, salvo patto contrario, mentre un'analoga previsione non è prevista per le s.r.l. In assenza di una indicazione normativa in tal senso, appare preferibile la tesi per cui anche nelle s.r.l. l'introduzione, la modifica, o la soppressione della clausola soggiaccia al principio maggioritario. Tuttavia, in questo caso, ai soci dissenzienti non spetterà il diritto di recesso, fatta salva la possibilità di una espressa previsione in tal senso all'interno dello statuto.

È necessario, ai fini di una completa analisi, spostare l'analisi sul problema, oggetto di acceso dibattito, della sorte delle cessioni di partecipazioni in violazione delle clausole statutarie di prelazione.

Sinteticamente, si può affermare che in materia si registrano tre tesi prevalenti, le quali affermano la nullità, efficacia relativa e assoluta degli atti di trasferimento in violazione della clausola di prelazione. A tale argomento

si ricollega il problema della tutela riconosciuta al socio pretermesso in termini di diritto di riscatto, ovvero in termini di diritto al risarcimento del danno.

In base alla prima tesi enunciata, la nullità del trasferimento viziato deriverebbe dalla natura legale della clausola di prelazione, reale ed opponibile *erga omnes* in forza del meccanismo pubblicitario. Tuttavia, tale tesi si scontra in primo luogo con il rilievo per cui, in forza del principio generale di cui all'art. 1418 c.c., la nullità può essere comminata solo in presenza di violazioni di norme di ordine imperativo ovvero negli altri casi tipici previsti; in secondo luogo, con la riconosciuta natura convenzionale della clausola in esame. Da ultimo, la circostanza per cui soltanto il socio pretermesso potrebbe dolersi della violazione del patto di prelazione, confligge con la disciplina della nullità, che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse.

Alla tesi appena esposta segue quella della inefficacia della clausola di prelazione statutaria. I fautori di tale tesi muovono dalla considerazione in base alla quale, l'inserimento della clausola nello statuto consente alle parti di prevedere un limite al potere di disposizione dell'alienante, imponendo il rispetto di determinate procedure nella scelta del contraente. La tesi in esame si specifica ulteriormente nelle tesi dell'efficacia relativa ovvero assoluta.

La prima prospettazione trae origine dalla doppia natura della clausola statutaria di prelazione: sociale/organizzativa nei confronti della società, nonché parasociale nei confronti dei soci. Seguendo tale impostazione ermeneutica, si noti come la clausola produrrebbe l'inefficacia della cessione soltanto nei confronti della società, che continuerebbe a ritenere socio l'alienante, nonostante la validità della cessione *inter partes*. La tesi in esame non viene accolta, in quanto condurrebbe ad una situazione anomala e inaccettabile sul piano operativo. Infatti, si può ben immaginare che sarebbe l'alienante a conservare l'esercizio dei diritti amministrativi (in forza della sua permanente iscrizione nel libro dei soci), mentre il risultato patrimoniale sarebbe attribuito al terzo acquirente.

**L'opinione più accreditata, sia in dottrina sia in giurisprudenza, afferma l'inefficacia assoluta della cessione effettuata in violazione di una clausola statutaria di prelazione.** In forza di tale orientamento, la cessione sarebbe inopponibile non solo alla società, ma anche ai soci pretermessi, comportando l'inefficacia dell'effetto traslativo. L'inefficacia dipende dal fatto che l'alienante non ha seguito il meccanismo procedurale previsto per la corretta circolazione delle azioni; la violazione della procedura impedisce che l'atto viziato posto in essere produca il risultato cui era preordinato. In una situazione quale quella esposta, la società potrà rifiutare l'iscrizione nel libro dei soci e, quindi, non legittimerà l'acquirente all'esercizio dei diritti sociali. L'acquirente non potrà ricevere dividendi o benefits connessi all'acquisto delle azioni.

Quanto alla tutela del socio pretermesso, si deve registrare attualmente una discordanza di opinioni.

Una prima opinione prevede una forma di tutela reale del socio pretermesso, configurabile come diritto di riscatto, ovvero come diritto alla conclusione del contratto di compravendita delle azioni ex art. 2932 c.c.; secondo altri, si tratterebbe soltanto di una tutela di tipo obbligatorio e, pertanto, il socio pretermesso potrebbe agire per il risarcimento dei danni nei confronti del socio inadempiente e del terzo acquirente.

In merito all'ipotesi del diritto di riscatto, si è tentato un parallelismo con la fattispecie di cui all'art.732 c.c., disciplinante il retratto successorio, in forza del quale il socio pretermesso può sostituirsi al terzo acquirente, al

quale spetterebbe soltanto una tutela in forma risarcitoria nei confronti del promittente alienante. La giurisprudenza nega la configurabilità di un diritto di recesso nel caso di violazione di clausola di prelazione statutaria, tenuto conto del carattere di eccezionalità del diritto di recesso, insuscettibile di applicazione analogica al di là dei casi in cui sia espressamente previsto. Tuttavia, si deve registrare un'apertura della più recente giurisprudenza nel senso della ammissibilità di una clausola statutaria che conferisca esplicitamente il potere di recesso ai soci pretermessi.

In conclusione, alla luce dell'attuale disciplina e della prevalente giurisprudenza, il socio che abbia subito la violazione del diritto di prelazione non potrà agire esercitando il diritto al riscatto, bensì sarà legittimato ad agire per il risarcimento del danno, dovendo altresì allegare e dare la prova che dalla violazione del patto di prelazione sia derivata una lesione al suo interesse a rendersi acquirente delle azioni trasferite a terzi.

Avv. **Ciro Fiore**