

N. 7-8 LUGLIO-AGOSTO 2006 • Anno XXII

ISSN 1593-7305

RIVISTA MENSILE

de *Le Nuove Leggi Civili Commentate*

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

a cura di
Guido Alpa e Paolo Zatti

In questo numero segnaliamo:

parte prima

- ☐ Iscrizione all'albo degli avvocati e compatibilità con l'iscrizione in altri albi
(Cass., sez. un., n. 23239/2005)
- ☐ Parcheggi realizzati in eccedenza rispetto ai minimi legali
(Cass., sez. un., n. 12793/2005)
- ☐ Art. 2226 cod. civ. e prestazione d'opera intellettuale
(Cass., sez. un., n. 15781/2005)
- ☐ Registrazioni audiovisive e mancato consenso dell'interessato
(Cass., n. 15076/2005)

parte seconda

- ☐ Facoltà di costruire edifici su fondi gravati da usufrutto
- ☐ Il patto di famiglia
- ☐ Le azioni riscattabili
- ☐ L'operatore qualificato nei contratti swap

CEDAM

LE AZIONI RISCATTABILI

di PAOLO DE MARTINIS

SOMMARIO: 1. Le azioni riscattabili nell'ambito dell'autonomia contrattuale. – 2. Inviolabilità dell'altrui sfera giuridica e tipicità dei diritti potestativi. – 3. La causa del negozio di riscatto nella teoria delle attribuzioni. – 4. Peculiarità del riscatto. – 5. Disciplina delle azioni riscattabili.

1. *LE AZIONI RISCATTABILI NELL'AMBITO DELL'AUTONOMIA CONTRATTUALE.* Una riflessione sulle azioni riscattabili previste dall'art. 2437 *sexies* cod. civ. – introdotto dalla legge di riforma del diritto societario ⁽¹⁾ – non può prescindere dall'analisi dell'autonomia contrattuale in alcune delle sue varie manifestazioni.

Nell'ambito dell'autonomia contrattuale riconosciuta dal nostro ordinamento giuridico alle parti, è possibile distinguere differenti libertà.

Estrinsecazione dell'autonomia contrattuale è la libertà di scelta della struttura negoziale: ossia la libertà di scegliere tra una struttura più complessa, come la conclusione di un contratto, o una struttura più semplice, come il compimento di un negozio unilaterale.

L'ordinamento giuridico, in talune ipotesi, concede ai singoli la libertà di scegliere, in base all'obiettivo da conseguire, tra lo strumento più articolato del contratto e quello più semplice dell'atto unilaterale. Si pensi all'art. 2821 cod. civ. in tema di fonti dell'ipoteca: prevede che quest'ultima possa essere concessa anche con dichiarazione unilaterale ⁽²⁾. Si pensi anco-

ra alla fideiussione: nulla esclude che il rapporto fideiussorio possa sorgere non solo da un contratto, ma anche da un atto unilaterale recettizio, in quanto dall'art. 1936 cod. civ. non si rileva alcuna controindicazione ad ammettere la possibilità che la fideiussione sorga per atto unilaterale.

Vero è che, diversamente dall'ipoteca, il legislatore non ha detto espressamente che si può prestare fideiussione o per contratto o per atto unilaterale, però non ha neppure menzionato il contratto di fideiussione, per cui si ritiene che il fideiussore possa obbligarsi anche per atto unilaterale oltre che per contratto ⁽³⁾.

La libertà della scelta della struttura negoziale – ricorso ad una struttura più complessa oppure ad una più semplice – non è una libertà incondizionata, bensì prevede dei limiti, ravvisabili nella complessità dell'effetto che si intende conseguire e nell'osservanza del principio dell'economia dei mezzi giuridici.

È vero che la parte può decidere di perseguire lo stesso effetto utilizzando il contratto o il negozio unilaterale, sempre che però il regolamento d'interessi che si intende porre in essere sia compatibile con la elementarità della struttura unilaterale.

Così, in tema di ipoteca, è ovvio che se il debitore non intende semplicemente conseguire l'effetto esclusivo e minimo della concessione d'ipoteca, ma intende per esempio anche regolare, diversamente da ciò che è previsto dal codice, l'onere delle spese per la successiva cancellazione della stessa, non può più utilizzare l'atto unilaterale, ma deve ricorrere alla cooperazione del creditore, e quindi dovrà stipulare un contratto di concessione di ipoteca.

nel *Trattato Rescigno*, 20, Utet, 1998, 55, secondo cui l'iscrizione può avvenire anche all'insaputa del creditore.

⁽³⁾ In tal senso cfr. per tutti RAVAZZONI, voce «Fideiussione (dir. civ.)», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. civ., VIII, Utet, 2004, 255.

⁽¹⁾ D. legis. 17.1.2003, n. 6, successivamente modificato dal d. legis. 6.2.2004, n. 37 e dal d. legis. 28.12.2004, n. 310.

⁽²⁾ Dichiarazione da qualificare come negozio giuridico unilaterale recettizio; in tal senso GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1992, 293; e FRAGALI, voce «Ipoteca (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XXII, Giuffrè, 1972, 757, che considerano equipollente alla comunicazione al creditore l'esecuzione della formalità di iscrizione. *Contra* RAVAZZONI, *Le ipoteche*,

Così ancora, se il debitore intende concedere ipoteca e ad un tempo vuole ottenere dal creditore una dilazione dei pagamenti, deve necessariamente ricorrere al contratto di concessione di ipoteca e non più all'atto unilaterale, perché il regolamento d'interessi è più complesso e, come tale, inconciliabile con la struttura semplice del negozio unilaterale.

Se invece le parti intendono esclusivamente limitarsi a concedere ipoteca, rinviando per tutto il resto alle norme previste dal codice civile, allora è da privilegiare l'atto unilaterale in virtù del principio dell'economia dei mezzi giuridici, secondo il quale, laddove un risultato è conseguibile parimenti con una struttura più complessa e con una struttura più semplice, necessariamente è da utilizzare quella più semplice.

Tale principio non trova la sua applicazione soltanto nel diritto sostanziale, dove il corollario più evidente è il principio di conservazione del negozio giuridico di cui all'art. 1367 cod. civ., ma anche nel diritto processuale sia civile che penale in cui è denominato principio dell'economia processuale (artt. 273 e 274 cod. proc. civ., in tema di riunione di procedimenti relativi alla stessa causa o a cause connesse).

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può dunque porre il problema se sia ammissibile realizzare un effetto traslativo non tramite un contratto, bensì unilateralmente, proprio alla luce della libertà di scelta della struttura negoziale che, in alcuni casi, si è visto essere riconosciuta alle parti.

Altre libertà si rinvencono nella determinazione del contenuto contrattuale e nella libertà di creare figure contrattuali atipiche previste dall'art. 1322, commi 1° e 2°, cod. civ., unica norma la cui rubrica è dedicata all'autonomia contrattuale.

Nel comma 1° dell'art. 1322 cod. civ. è sancita la libertà delle parti di determinare il contenuto contrattuale inteso come il regolamento d'interessi che le parti si impegnano ad osservare.

Nel comma 2° della norma, è prevista la libertà contrattuale per antonomasia, e cioè la libertà di introdurre nuove figure contrattuali, definite legalmente atipiche, in quanto non ricevono dal codice civile o da leggi speciali una specifica e particolare disciplina, purché dirette a disciplinare interessi meritevoli di tutela.

In dottrina ci si è chiesti se la libertà di creare figure contrattuali legalmente atipiche sia estensibile anche ai negozi unilaterali.

In passato la struttura del negozio unilaterale era relegata nell'ambito dei negozi tassativamente previsti dalla legge, per cui si riteneva che non si potesse utilizzare un negozio unilaterale non appartenente ad uno dei tipi previsti dalla legge⁽⁴⁾.

Non era quindi ipotizzabile, ad esempio, una libertà concessa ai singoli di scegliere tra una struttura contrattuale e una struttura negoziale unilaterale atipica, posto che il ricorso alla struttura unilaterale era possibile solo quando si utilizzava quella figura nominata, tipicamente prevista dalla legge.

Successivamente si è fatta strada l'opinione secondo cui, anche in materia di negozi unilaterali, purché appartenenti al *genus* dei negozi a contenuto patrimoniale *inter vivos*, è applicabile la facoltà di creare strutture negoziali atipiche, cioè non previste preventivamente dalla legge⁽⁵⁾.

Per quanto concerne gli argomenti di diritto positivo posti a sostegno della tesi secondo cui gli atti unilaterali per definizione sono tassativi e tipici, si è richiamato il disposto dell'art. 1987 cod. civ., che stabilisce che le promesse unilaterali non possono essere se non quelle previste dalle norme successive.

Si è posto a sostegno di questa tesi anche l'art. 458 cod. civ., da cui si evince che il testamento è l'unico atto *mortis causa* ammesso dall'ordinamento.

(4) Per la tesi della tipicità degli atti unilaterali cfr. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, nel *Commentario Utet*, Utet, 1980, 30; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9a ed., Jovene, 2002, 172 ss.

(5) L'opinione, sostenuta in particolare da DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Jovene, 1972, 68 ss., è stata di recente ripresa da BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, 2000, 13 ss.; e PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Esi, 2000, 342 ss., secondo il quale all'atto unilaterale «tra vivi avente contenuto patrimoniale», affrancato dai radicati pregiudizi, deve riconoscersi «l'attitudine a produrre non soltanto effetti obbligatori e "ricognitivi", ma anche effetti reali, inclusi quelli traslativi».

Dalla combinazione di queste due norme, gli artt. 1987 e 458 cod. civ., si è desunta la base normativa della tassatività degli atti unilaterali.

Non necessariamente, però, tutti gli atti unilaterali rientrano nelle promesse unilaterali o nel testamento.

In questa prospettiva è possibile rinvenire nel sistema giuridico qualche dato normativo in cui il legislatore sembra aprirsi verso gli atti unilaterali, disancorandosi dal principio della tassatività.

E così già l'art. 1173 cod. civ., parlando di atto o fatto capace di produrre obbligazioni, sembrerebbe introdurre la possibilità che l'obbligazione possa scaturire anche da un atto unilaterale e non necessariamente da un contratto.

Dall'art. 2004 cod. civ., inoltre, è possibile desumere che il legislatore, già dal 1942, riconosca la libertà di creare titoli di credito non previsti, né disciplinati dalla legge, legittimando così la costituzione di negozi unilaterali atipici.

Anche argomentando *a contrario* dall'art. 2004 cod. civ. emerge questa libertà: la norma, infatti, vieta l'emissione di titoli di credito al portatore al di fuori dei casi previsti dalla legge, per cui, se il titolo di credito contenente l'obbligazione di pagare una somma di denaro non è emesso al portatore, è possibile che venga creato dall'autonomia negoziale.

Coloro che hanno criticato la tesi della tassatività dei negozi unilaterali, avvalendosi anche di argomenti testuali oltre che di teoria generale, hanno utilizzato lo spunto desumibile dai predetti artt. 1173 e 2004 cod. civ., ma soprattutto hanno fermato l'attenzione sul valore precettivo dell'art. 1324 cod. civ. che estrinseca la forza espansiva della disciplina dei contratti in generale ⁽⁶⁾.

Si è in particolare osservato che, se questa disposizione consente l'estensione della disciplina dei contratti a negozi diversi dai contratti stessi, purché però a contenuto patrimoniale ed *inter vivos*, nell'ambito del rinvio all'intera disciplina generale di cui all'art. 1324 cod. civ.,

inevitabilmente è compreso il rinvio all'art. 1322, comma 2°, cod. civ., che autorizza, come si è già detto, i singoli a creare figure contrattuali atipiche.

Se la parte è legittimata a creare anche negozi unilaterali atipici, non si sottrae per ciò stesso ai controlli previsti per i contratti atipici di meritevolezza di tutela *ex art.* 1322, comma 2°, cod. civ.

Ammessa quindi la facoltà di avvalersi di strutture negoziali atipiche anche unilaterali, occorre verificare se vi sono nel nostro sistema giuridico limiti alla predetta facoltà.

2. INVIOLEABILITÀ DELL'ALTRUI SFERA GIURIDICA E TIPICITÀ DEI DIRITTI POTESTATIVI. Nell'ambito dell'autonomia negoziale, intesa come libertà di scegliere la struttura negoziale più adeguata rispetto all'effetto che si vuole conseguire, si pone il problema di stabilire se sia possibile determinare anche il trasferimento di un diritto (reale o di credito), ovvero di un'intera posizione contrattuale, mediante un negozio giuridico unilaterale atipico.

Al riguardo occorre in via preliminare verificare a chi appartiene il diritto (o la posizione contrattuale) da trasferire.

Se il diritto è nella titolarità di colui che intende trasferirlo, vi è la necessità di rinvenire nel negozio unilaterale (eventualmente anche atipico) la funzione economico-sociale che legittimi l'attribuzione, ovvero la causa, anche esterna allo stesso, che giustifichi lo spostamento patrimoniale, inteso quest'ultimo come trasferimento di situazioni giuridiche soggettive attive. In tal caso, il ricorso al negozio giuridico unilaterale atipico è quindi possibile.

Se invece il diritto da trasferire è proprio quello che il soggetto intende conseguire con la manifestazione unilaterale della sua volontà, e quindi è nella titolarità di altro soggetto, vi sono limiti desumibili dal nostro ordinamento alle «libertà» delle parti nella predisposizione dello strumento giuridico idoneo a realizzare detto effetto?

Il limite esiste ed è insuperabile: è il limite della tassatività dei negozi unilaterali che appartengono alla categoria degli atti di esercizio di diritti potestativi, intesi questi ultimi quali situazioni soggettive attive in cui il titolare ha il potere di incidere sull'altrui sfera giuridica,

⁽⁶⁾ Per tale impostazione si veda DONISI, *op. cit.*, 13 ss.

trovandosi l'altro soggetto in una situazione di mero *pati* ⁽⁷⁾.

Sono tassativi solo gli atti unilaterali che effettivamente sono atti di esercizio di diritti potestativi, perché altrimenti si avrebbe una lesione del principio dell'intangibilità dell'altrui sfera giuridica.

Quest'ultimo principio merita comunque di essere rivisitato ⁽⁸⁾, perché il legislatore prevede casi di interferenza nella sfera giuridica di un terzo senza che questi abbia partecipato alla conclusione del negozio da cui trae origine il relativo regolamento d'interessi. Si pensi all'art. 1411 cod. civ. che prevede il contratto a favore del terzo.

Si ritiene quindi ormai anacronistico parlare di un divieto assoluto di incidenza nella sfera giuridica altrui, perché se l'effetto che ne consegue è favorevole, ben può il soggetto subire l'intromissione nella propria sfera giuridica, purché gli si attribuisca il potere di respingere l'incidenza dell'atto ⁽⁹⁾.

Se dunque i diritti potestativi sono tipici, ne consegue che il legislatore della riforma con l'art. 2437 *sexies* cod. civ. non ha legittimato le azioni riscattabili già ritenute ammissibili nel nostro ordinamento da una parte della dottrina, bensì ne ha reso possibile l'emissione, prevedendo espressamente e necessariamente la norma che autorizza la deroga al principio dell'intangibilità dell'altrui sfera giuridica.

Da ciò consegue che le fattispecie di azioni impropriamente definite riscattabili, previste dalla dottrina e soprattutto utilizzate nella

prassi prima della riforma, laddove prevedano una «facoltà» di acquisto da parte degli azionisti o della società al verificarsi di determinati eventi, presupponevano l'utilizzo di altre strutture negoziali, diverse rispetto a quella del negozio unilaterale recettizio, quali veri e propri patti di opzione ⁽¹⁰⁾, eventualmente a favore di terzi.

In ogni caso è da ribadire che di riscatto in senso tecnico si può parlare solo quando si è in presenza di una fattispecie acquisitiva unilaterale, determinata dalla volontà della parte che ha interesse all'acquisto coattivo ⁽¹¹⁾, volontà legittimata da una espressa previsione normativa.

Non pare quindi possibile far rientrare nella nozione di azioni riscattabili anche fattispecie che prevedano un obbligo all'acquisto ⁽¹²⁾, proprio per l'essenza stessa del riscatto, data dalla modificazione dell'altrui sfera giuridica mediante una dichiarazione di volontà unilaterale che determina un effetto estintivo ed acquisitivo insieme.

Se è dunque necessaria una norma che renda possibile il riscatto, ne consegue che per le società a responsabilità limitata non si possono ipotizzare quote riscattabili in senso proprio.

E ciò perché nella società a responsabilità limitata – maggiormente qualificata da un'accentuata personalizzazione del rapporto associativo – la partecipazione sociale ha una con-

⁽⁷⁾ Per la figura del diritto potestativo si veda: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2004, 61; IUDICA-ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Cedam, 2005, 55; e TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2005, 72. Ovviamente sul punto non si può prescindere da: CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Giuffrè, 1993, 20 ss.; MESSINA, *Diritti potestativi*, *Scritti giuridici*, V, Giuffrè, 1948, 3 ss.; CARIOTA-FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 351 ss.

⁽⁸⁾ Così PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., 424 ss.; e DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 13 ss.

⁽⁹⁾ In tal senso DONISI, *op. cit.*, 68 ss.

⁽¹⁰⁾ Era perciò richiesto il consenso di tutti i soci: cfr. sul punto CARMIGNANI, in *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI - SANTORO, II, Giappichelli, 2003, *sub* art. 2437 *sexies*, 902, che propende per l'estensione a siffatte clausole dei criteri di determinazione del valore delle azioni disposti per il recesso; e CALLEGARI, in *Il nuovo diritto societario, Commentario*, diretto da COTTINO - BONEANTE - CAGNASSO - MONTALENTI, Zanichelli, 2004, *sub* art. 2437 *sexies*, 1445.

⁽¹¹⁾ Sugli «acquisti coattivi» cfr., in generale, CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Jovene, 1977, e, per la particolare fattispecie del diritto all'acquisto, spettante agli eredi affittuari, delle porzioni di fondi rustici ricomprese nelle quote degli altri coeredi, DE MARTINIS, *L'acquisto «coattivo» della proprietà previsto dalla legge n. 97 del 1994*, in *Riv. dir. agr.*, 1994, 401 ss.

⁽¹²⁾ Così, invece, CALVOSA, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, Giuffrè, 1995, 228.

siderazione unitaria⁽¹³⁾ ed è nei «modelli» ipotizzati dal legislatore meno destinata alla circolazione⁽¹⁴⁾; per questo motivo si è ritenuto probabilmente non opportuno prevedere un meccanismo di acquisto coattivo strutturalmente elementare, qual è appunto l'atto di esercizio del diritto potestativo.

3. LA CAUSA DEL NEGOZIO DI RISCATTO NELLA TEORIA DELLE ATTRIBUZIONI. Una volta qualificata la fattispecie di cui all'art. 2437 *sexies* cod. civ. come acquisto di una situazione soggettiva attiva mediante esercizio di un diritto potestativo previsto dalla legge, occorre procedere ad identificarne la causa e le peculiarità.

Il trasferimento di diritti è dunque, come si è detto, ammissibile in via unilaterale, ma, quando avviene nell'esercizio di un diritto potestativo, deve essere necessariamente previsto dalla legge, proprio per il principio dell'intangibilità dell'altrui sfera giuridica.

Questo principio, però, si è visto, non è assoluto perché è ben possibile incidere nella sfera giuridica di terzi, purché gli effetti che per questi ne derivino siano favorevoli e sia loro concesso un potere di rifiuto.

Ne consegue che l'esercizio del diritto di riscatto, la cui *titolarità* è prevista inderogabilmente dalla legge, può determinare effetti favorevoli (attributivi) nei confronti anche di ter-

zi, con l'acquisto di questi ultimi proprio del diritto per cui è concesso il riscatto⁽¹⁵⁾.

Un primo problema da risolvere, circa la causa del negozio di riscatto, consiste nell'accertare se nel nostro ordinamento giuridico la vicenda traslativa, e in modo più ampio la vicenda attributiva, cioè il passaggio di situazioni soggettive da un soggetto ad un altro, si possa attuare anche al di fuori di quel binomio «liberalità-corrispettività» (donazione, vendita o permuta) a cui si è soliti pensare. Dalla soluzione in senso negativo o positivo di questo quesito dipende un problema ancora più ampio, cioè quello della ammissibilità nel nostro ordinamento di negozi gratuiti atipici.

Di solito si ritiene che un contratto traslativo senza corrispettivo debba essere necessariamente riconducibile alla donazione: non sarebbe concepibile il trasferimento di un diritto senza corrispettivo che non fosse animato dallo spirito di liberalità. Probabilmente si perviene a questa conclusione perché si è ancorati all'opinione tradizionale secondo cui l'effetto traslativo, e più ampiamente attributivo, non si può realizzare se non utilizzando due schemi tipici; da un lato, il contratto corrispettivo (si pensi alla permuta e alla vendita), dall'altro, l'atto di liberalità (la donazione): *tertium non datur*. Se invece ci si disancora dalle oscillazioni fra questi due poli, non si può che ritenere ammissibile che un atto attributivo gratuito abbia cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico⁽¹⁶⁾.

(15) Occorre, quindi, nell'ambito della fattispecie dell'acquisto coattivo distinguere tra soggetti legittimati, tra coloro cioè che possono esercitare il diritto, e eventuali soggetti terzi, che beneficiano dell'esercizio, pur non essendo titolari del diritto di riscatto.

(16) Si pensi al contratto di sponsorizzazione (e, in particolare, allo sponsor c.d. tecnico) in cui lo sponsor pone in essere un atto attributivo a favore dello sponsorizzato senza corrispettivo, a titolo gratuito, allo scopo di beneficiare della ricaduta pubblicitaria dovuta all'impiego di quei beni da parte dello sponsorizzato. Quindi si tratta di un contratto a titolo gratuito perché manca un corrispettivo nel senso tradizionale del termine, però si è certamente fuori dall'ambito della donazione. Sul problema cfr. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, I, *Le sponsorizzazioni*, Cedam, 1988, 53 ss.

(13) Basti pensare che, diversamente dalle S.p.A., nelle S.r.l. non è ammesso il recesso parziale. In tal senso cfr. MALTONI, *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 310; MORANO, *Analisi delle clausole statutarie in tema di recesso alla luce della riforma della disciplina delle società di capitali*, in *Riv. notar.*, 2003, 305. Ritene, invece, legittimo il recesso parziale qualora previsto da apposita clausola statutaria BUSANI, *S.r.l. La riforma delle società*, Egea, 2003, 376.

(14) Tanto è vero che, in caso di introduzione successiva di limiti alla circolazione delle quote, il diritto di recesso non spetta in ogni caso ai soci, ma — secondo quanto dispone l'art. 2469, comma 2°, cod. civ. — solo «qualora l'atto costitutivo preveda l'intrasferibilità della partecipazione o ne subordini il trasferimento al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi senza prevederne condizioni e limiti, o ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte».

Per risolvere adeguatamente questo problema bisogna necessariamente partire da un'acquisizione ormai non più contestata, cioè bisogna non cadere nell'equivoco di confondere la figura del negozio atipico con quella del negozio astratto: il negozio atipico, in altri termini, non è per ciò stesso astratto, ma ben può essere provvisto di una causa.

Un altro punto importante consiste nell'acquisizione della consapevolezza che la causa, cioè il supporto funzionale di un contratto, va intesa non tanto sul piano astratto, quanto sul piano concreto ⁽¹⁷⁾.

Se allora intendiamo la causa in concreto, e

⁽¹⁷⁾ Per la teoria della causa in concreto, cfr., per tutti, BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 452; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 788. Per la tradizionale ricostruzione della causa del negozio in chiave oggettiva, quale funzione economico-sociale, si veda: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 127 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Trattato Vassalli*, Utet, 1952, 184 ss.; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, 1948, 586; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 159; e MESSINEO, *Il contratto in genere*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XXI, Giuffrè, 1968, 111. La principale obiezione che è stata mossa alla causa in chiave di funzione economico-sociale del negozio si basa, come è noto, sulla constatazione che anche la causa di negozi tipici ben può essere in concreto illecita. Si pensi alla c.d. vendita con patto di riscatto illecita per violazione del divieto del patto commissorio. Sulle c.d. vendite a scopo di garanzia si veda: PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Giuffrè, 1970; ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, 1996. Per l'itinerario giurisprudenziale in tema di divieto del patto commissorio cfr. CASS., 3.6.1983, n. 3800, in questa *Rivista*, 1995, I, 97, con nota di ROPPO; CASS., 12.12.1986, n. 7385, in *Corr. giur.*, 1987, 287, con nota di MARICONDA, *Ancora sull'alienazione in garanzia*; in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 117, con nota di BIANCA, *Il divieto del patto commissorio, un passo indietro della Cassazione*; CASS., sez. un., 3.4.1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, 1427, con nota di REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*; CASS., sez. un., 21.4.1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1821, con nota di COSTANZA, *Sulla alienazione in garanzia e il divieto del patto commissorio*; CASS., 4.11.1996, n. 9540, in *Riv. notar.*, 1998, 1024, con nota di DE MARTINIS, *Estensione del divieto del patto commissorio a fattispecie procedimentali*.

cioè il supporto funzionale del negozio osservato in quella determinata manifestazione di autonomia negoziale, si può giungere alla conclusione che un effetto traslativo possa trovare una sua giustificazione valida sul piano causale, anche se quella causa non si identifichi con una delle figure causali astrattamente e preventivamente individuate dal legislatore, quale per esempio la causa tipica della vendita, della permuta e della donazione.

Se dunque si è disposti a condividere questi passi in avanti della dottrina e della giurisprudenza ⁽¹⁸⁾ – consistenti nello sganciamento della atipicità dalla astrattezza del negozio, nella revisione del concetto di causa, valorizzando la causa in concreto, con possibilità che un atto di autonomia negoziale possa essere sorretto da una causa valida in concreto, anche se questa non coincida con nessuna delle cause astrattamente tipizzate – non si può quindi dubitare che ben possa un atto traslativo essere pienamente valido quantunque atipico ⁽¹⁹⁾. Ben inteso, «causalmente» atipico, perché abbiamo già avuto modo di constatare che, se il negozio determina un effetto traslativo nell'esercizio di un diritto potestativo, deve essere necessariamente previsto dalla legge.

Viene in tal modo gravato il giudice di un onere estremamente delicato, consistente nel pervenire ad una valutazione in concreto del regolamento di interessi al fine di stabilire se quel regolamento risponda ad una funzione meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Si tratta quindi di constatare in concreto se quell'atto di autonomia atipico con effetti traslativi sia provvisto di una causa concreta, idonea a sorreggerlo dal punto di vista giuridico.

Ammessa la possibilità che un negozio traslativo possa essere causalmente atipico, occorre però domandarsi se la causa, che è elemento indefettibile del negozio, debba desumersi necessariamente in via immediata o se la si possa rinvenire anche in via indiretta.

⁽¹⁸⁾ In particolare cfr. CASS., sez. un., 11.1.1973, n. 68, in *Giust. civ.*, 1973, I, 603 ss., e, più di recente, CASS., 6.8.1997, n. 7266, in *Foro it.*, 1997, I, 3179.

⁽¹⁹⁾ Si apre così la strada a contratti atipici non corrispettivi e quindi gratuiti.

Al riguardo, è opportuno ricordare come la Corte di Cassazione sia già intervenuta su problematiche fondamentali della teoria delle attribuzioni, allorché, con due decisioni, la n. 5748 del 30.6.1987 ⁽²⁰⁾ e la n. 9500 del 21.12.1987 ⁽²¹⁾, ha ammesso nel nostro ordinamento la figura del c.d. «pagamento traslativo», dell'atto cioè con il quale si opera il trasferimento di un diritto, dando luogo quindi ad un effetto traslativo, in adempimento di un obbligo preesistente ⁽²²⁾.

In primo luogo, la Corte ha riconosciuto la possibilità anzitutto di un negozio giuridico in grado di operare il trasferimento di un diritto in adempimento di un'obbligazione di dare e quindi ha ammesso la possibilità di un negozio traslativo disancorato dagli schemi tradizionali tipici dei negozi traslativi, e perciò atipico ⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Cass., 30.6.1987, n. 5748, in *Mass. Foro it.*, 1987.

⁽²¹⁾ Con quest'ultima sentenza, Cass., 21.12.1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237 ss., la Supr. Corte ha ammesso che dal contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, di cui all'art. 1333 cod. civ., possano scaturire anche effetti reali. È il caso di notare che, prescindendo dalla ricostruzione in chiave contrattualistica ovvero di negozio unilaterale della figura prevista dall'art. 1333 cod. civ., nella fattispecie analizzata dalla Cassazione con la suddetta decisione, il negozio di trasferimento ben poteva essere atipico, perché l'effetto che ne derivava per il soggetto destinatario della proposta era meramente attributivo.

⁽²²⁾ Più correttamente si dovrebbe discorrere di adempimento traslativo, perché il concetto di pagamento normalmente è adoperato in funzione della esecuzione di una prestazione consistente nella dazione di una somma di denaro.

⁽²³⁾ Tra le principali figure di adempimento traslativo previste dal legislatore, come è noto, rientrano: l'atto di ritrasferimento del bene che il mandatario è tenuto a compiere nel caso in cui abbia acquistato un bene immobile per conto del mandante nel mandato senza rappresentanza di cui all'art. 1706, comma 2°, cod. civ.; il trasferimento dall'onerato al legatario della cosa altrui oggetto del legato previsto dall'art. 651, comma 1°, cod. civ.; il conferimento in natura di beni in società in adempimento dell'obbligo assunto con la stipula del contratto di società di cui all'art. 2253, comma 1°, cod. civ. Per quest'ultima fattispecie cfr. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, 937 ss.

In secondo luogo, ha ammesso che la *causa solvendi* possa costituire idoneo supporto funzionale di un atto traslativo.

A questo proposito è da osservare che vi sono nel nostro ordinamento dati normativi che inducono a condividere la posizione assunta dalla Supr. Corte nelle citate sentenze: si pensi, in materia di cessione del credito, all'art. 1198 cod. civ., che disciplina la cessione del credito *solvendi causa*, cioè che trova il suo supporto causale nella intenzione di estinguere un precedente rapporto obbligatorio ⁽²⁴⁾.

Nella nostra legislazione è, però, possibile rinvenire casi in cui un effetto traslativo si verifichi senza che sia riconducibile al binomio corrispettività-liberalità e neppure ad una causa *solvendi*: si pensi alle cessioni gratuite di terreni realizzate nell'ambito delle cc.dd. convenzioni di lottizzazione ⁽²⁵⁾, di cui alla l. 17.8.1942, n. 1150, successivamente modificata dall'art. 8 della l. 6.8.1967, n. 765, e alla cessione volontaria del bene in base alla l. 22.10.1971, n. 865 e ora al t.u. sull'espropriazione per pubblica utilità ⁽²⁶⁾, dove il procedimento espropriativo non si conclude con un provvedimento ablativo da parte della Pubblica Amministrazione, ma con la stipula di una convenzione con cui si opera la cessione volontaria del bene da parte dell'«espropriato» a favore dell'Ente ⁽²⁷⁾.

È dunque possibile ipotizzare anche contratti traslativi atipici che non abbiano una *causa solvendi* e che, pertanto, possono essere definiti «autonomi» ⁽²⁸⁾.

⁽²⁴⁾ La causa *solvendi* è dunque in grado di sorreggere una vicenda traslativa perché anzitutto il legislatore ha dimostrato di volerle attribuire questa idoneità funzionale, ammettendo espressamente – come si è visto – la cessione del credito, e quindi un atto traslativo, *solvendi causa*.

⁽²⁵⁾ Sulle convenzioni di lottizzazione cfr. TRAVI, *Piano di lottizzazione e comparti edificatori*, nel *Digesto IV ed.*, Disc. pubbl., XI, Utet, 1996, 147 ss.; e CROSETTI, *Piano di lottizzazione*, nel *Noviss. Digesto it.*, App., V, Utet, 1984, 923 ss.

⁽²⁶⁾ Art. 20 d. legis. 8.6.2001, n. 327.

⁽²⁷⁾ Sul punto cfr. FILANTI, *La cessione sostitutiva d'esproprio*, Giuffrè, 1990; ALPA-BESSONE, *Gli accordi amichevoli conclusi nell'ambito del procedimento ablativo e l'art. 1 della legge 385/1980*, in *Riv. notar.*, 1981, 935 ss.

⁽²⁸⁾ La Supr. Corte è tuttora ben lungi dall'assu-

Se, dunque, il supporto causale di un atto traslativo può ricondursi – come si è visto – all'adempimento di un precedente obbligo, deve riconoscersi che nel nostro sistema giuridico la causa del negozio può anche essere ad esso esterna ⁽²⁹⁾, nel senso che la causa non emerge

mere una posizione concordante in ordine all'ammissibilità di contratti traslativi atipici «autonomi», avendo nello spazio di un anno mutato avviso. Infatti con la sentenza Cass., 9.10.1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, II, 2895, è sembrata propensa ad ammettere la figura, così esprimendosi nella massima: «la configurabilità dei negozi traslativi atipici, purché sorretti da causa lecita trova fondamento nel principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322, 2° comma». Tale decisione ha suscitato in dottrina le più varie reazioni, alcune delle quali veramente dure (per tutte, cfr. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, *ibidem*, 2896 ss.) che hanno indotto l'anno successivo la Cassazione a rivedere questo orientamento liberale nei confronti dei negozi gratuiti atipici. La Supr. Corte, infatti, con la sentenza Cass., 20.11.1992, n. 12401, *ivi*, 1993, I, 2759, ha riportato il discorso nella logica tradizionale, affermando nella massima che «posto che i contratti atipici non possono essere privi di causa, la stipulazione contrattuale con la quale taluno trasferisca ad un altro un bene, senza specificazione del titolo giustificativo, cioè senza corrispettivo o animus donandi, non è assumibile nella nozione di contratto atipico, restando atto nullo per mancanza di causa». Bisognerà dunque attendere un'altra decisione della Cassazione, magari a sezioni unite, per chiarire una volta per tutte il proprio pensiero su questa tematica estremamente delicata dei negozi traslativi atipici, sorretti dalla causa solvendi, oppure cc.dd. autonomi, cioè il cui supporto causale non si identifica neppure nell'adempimento di un'obbligazione preesistente.

⁽²⁹⁾ Sul punto si veda: GIORGIANNI, voce «Causa», in *Enc. del dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 564; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2005, 192; DI MAJO, voce «Causa del negozio giuridico», in *Enc. giur. Treccani*, VI, Ed. Enc. it., 1988, 5, ove si discorre «di attribuzioni patrimoniali che si realizzano attraverso atti o prestazioni cc.dd. «isolate» che di per sé non esprimono alcuna forma di connessione oggettiva con il rapporto economico che si mira a realizzare», attribuzioni queste «che non sono caratterizzate da alcuna funzione oggettiva, nel senso appunto della connessione oggettiva con operazioni economiche-giuridiche, ma dallo scopo che soggettivamente a tali atti imprime il soggetto mentre la giustificazione (oggettiva) di tali prestazioni è posta al

direttamente dal regolamento di interessi negoziale, ma viene colta nella esistenza di un preesistente rapporto giuridico.

Il negozio di riscatto rientra tra i negozi con causa esterna perché, rispetto al precedente rapporto obbligatorio, è destinato a porsi come atto successivo caratterizzato da una causa che non emerge dalla sola dichiarazione di riscatto, in quanto si identifica in un rapporto obbligatorio preesistente che è fuori dal negozio di trasferimento, pur essendone in rapporto di funzionalità ⁽³⁰⁾.

Con il negozio di riscatto, quindi, si determina il trasferimento di una situazione giuridica soggettiva ovvero di un'intera posizione contrattuale, attraverso un negozio unilaterale la cui causa è ad esso esterna e preesistente, e su cui l'attribuzione patrimoniale che ne consegue si poggia ⁽³¹⁾.

di fuori di esse». Per le problematiche connesse alle cc.dd. «prestazioni isolate» cfr. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1981, sub artt. 2028-2042, 180 ss.

⁽³⁰⁾ Il negozio con causa esterna intanto viene compiuto in quanto è destinato proprio ad estinguere o a dare esecuzione al rapporto preesistente, di cui secondo LENER, *Expressio causae e astrazione processuale*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, III, Jovene, 1972, 30 ss., deve essere fatta menzione espressa nel negozio, pur non essendo questo rapporto parte integrante del regolamento di interessi. Si parla al riguardo di «*expressio causae*» indicando con ciò proprio il riferimento racchiuso in questi negozi al rapporto obbligatorio preesistente, alla cui esecuzione essi mirano.

⁽³¹⁾ Il negozio con causa esterna rientra, come è noto, nell'ambito dell'astrattezza c.d. semplice o relativa, la quale, diversamente da quella c.d. piena o assoluta (o anche ermetica) si considera da un lato ammissibile, vigendo il principio della «causalità» dei negozi giuridici, e dall'altro sottratta alla competenza dispositiva dei privati che non possono pertanto avvalersi di tale figura al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge. Si parla al riguardo di «procedimento di semplificazione della fattispecie» in forza del quale la causa del negozio, per esigenze di economia giuridica, non avrebbe una rilevanza giuridica «immediata» e «diretta»: così ASCARELLI, *L'astrattezza nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 393. Contro l'ammissibilità nel nostro ordinamento di una astrattezza sebbene semplice o rela-

Tale negozio è poi anche «autonomo», in quanto la causa esterna che lo sorregge è diversa dall'adempimento di un'obbligazione preesistente.

4. **PECULIARITÀ DEL RISCATTO.** Occorre rilevare come i diritti potestativi, per loro natura, debbano essere esercitati necessariamente mediante atto unilaterale. È infatti da escludere che il soggetto passivo debba o possa fare alcunché ai fini della modificazione della situazione giuridica su cui si innesta il diritto potestativo ⁽³²⁾. Ed è da condividere l'opinione se-

riva peraltro si è affermato che la causa non può essere relegata nell'ambito della «struttura» del singolo atto di autonomia ma deve essere considerata nel contesto dell'«operazione economica» espressa dal negozio; in tal senso TROISI, voce «Negozio giuridico, II, Negozio astratto», in *Enc. giur. Treccani*, XX, Ed. Enc. it., 1990, 5 ss. In contrario si deve ribadire che la causa non può valutarsi se non conformemente alla struttura del singolo negozio giuridico, in quanto quella che eventualmente emerge dall'unitaria operazione economica è una causa differente, inevitabile conseguenza del fenomeno del collegamento negoziale.

⁽³²⁾ A tale situazione di soggezione, che caratterizza il rapporto contrattuale facente capo al socio titolare di azioni che possono essere riscattate, subentreranno i suoi eredi automaticamente, per cui è da ritenersi legittima la clausola statutaria che attribuisce ai soci superstiti di una società per azioni, in caso di morte di uno di essi, il diritto di acquistare dagli eredi di *de cuius* le azioni di cui quest'ultimo era titolare. Tale clausola è stata dapprima ritenuta nulla per contrarietà al divieto dei patti successori da App. ROMA, 28.4.1992, in *Giur. it.*, 1993, 448, e poi considerata lecita da CASS., 16.4.1994, n. 3609, *ivi*, 1995, I, 1, 1334, «in quanto il vincolo che ne deriva a carico reciprocamente dei soci è destinato a produrre effetti solo dopo il verificarsi della vicenda successoria e dopo il trasferimento (per legge o per testamento) delle azioni agli eredi, con la conseguenza che la morte di uno dei soci costituisce soltanto il momento a decorrere dal quale può essere esercitata l'opzione per l'acquisto suddetto, senza che ne risulti incisa la disciplina legale della delazione ereditaria o che si configurino gli estremi di un patto di consolidazione delle azioni fra soci, caratterizzandosi, invece, la clausola soltanto come atto inter vivos». In realtà, come si è già detto, il riscatto non ha il suo fondamento tecnico-giuridico in un patto di opzione, patto a cui si era costretti a ricorrere in assenza di una norma

condo cui trattasi di negozio giuridico unilaterale in quanto, sebbene l'atto di esercizio del diritto potestativo finalizzato all'acquisto di un diritto reale sia preordinato dal contenuto del diritto cui dà attuazione, ben può un atto negoziale essere imposto e quindi vincolato negli effetti. Accade, ad esempio, nel regolamento d'interessi posto in essere per adempiere ad un obbligo assunto precedentemente con un contratto preliminare; in quest'ultimo caso, infatti, il negozio definitivo non solo è vincolato nel *quomodo*, ma addirittura nell'*an* ⁽³³⁾. Ciò è importante ai fini della capacità dell'autore del negozio.

Inoltre, la dichiarazione di volontà del titolare del diritto potestativo di riscatto non è normalmente da sola sufficiente a determinare la modificazione della sfera giuridica del soggetto passivo, in quanto per la produzione dell'effetto finale è necessaria la corresponsione di una somma di denaro. Detto elemento ulteriore della fattispecie acquisitiva è giustificato da un'esigenza di tutela del soggetto controinteressato ed è quindi preordinato all'acquisto di un diritto a danno di costui. Esso perciò funziona sostanzialmente come corrispettivo per la perdita o la modificazione della titolarità del diritto e ne condiziona l'efficacia.

I diritti potestativi di riscatto presuppongono necessariamente – come si è visto – una situazione giuridica sulla quale interagire, e perciò vengono qualificati «diritti secondari» ⁽³⁴⁾.

Si ha, nell'acquisto mediante esercizio del diritto potestativo di riscatto, una peculiare tecnica di derivazione dell'acquisto medesimo, che si attua esclusivamente in forza dell'iniziativa dell'acquirente. Tale tecnica di acquisto, basandosi su di una situazione giuridica preesistente, determina la natura derivativa dell'acquisto, con tutto ciò che ne consegue in materia di eccezioni e di diritti che gravano sul bene acquistato unilateralmente. L'acquisto, infatti,

che lo legittimasse, ma nell'art. 2437 *sexies*, e non determina alcun obbligo a carico degli eredi del «riscattato», ma soltanto il subentro in quello stesso stato di soggezione in cui si trovava il loro dante causa.

⁽³³⁾ In tal senso CARPINO, *op. cit.*, 153 ss.

⁽³⁴⁾ Così CARPINO, voce «Diritti potestativi», in *Enc. giur. Treccani*, XI, Ed. Enc. it., 1989, 1.

si compie sulla base di un precedente diritto, che non può non preesistere e dal quale l'acquirente deriva il proprio.

L'acquisto coattivo va distinto dal trasferimento coattivo⁽³⁵⁾, se è vero che esso tende a soddisfare prevalentemente interessi privatistici, ai quali, tuttavia, possono essere collegate finalità di carattere pubblico. I trasferimenti coattivi, invece, hanno la funzione di realizzare sempre un interesse pubblico⁽³⁶⁾. Ne consegue una diversificazione delle suddette figure anche in ragione della loro natura, in quanto l'acquisto coattivo «si verifica mediante un atto giuridico anch'esso di carattere sicuramente privatistico»⁽³⁷⁾, mentre il trasferimento coattivo non è soltanto un atto unilaterale, ma è anche un atto amministrativo; ha perciò natura pubblicistica e non privatistica⁽³⁸⁾.

L'acquisto coattivo, inoltre, avviene a titolo derivativo, mentre il trasferimento coattivo avviene a titolo originario⁽³⁹⁾: da ciò discende

⁽³⁵⁾ Sul punto non si può prescindere da PUGLIATTI, *Introduzione ad una teoria dei trasferimenti coattivi*, in *Ann. Messina*, Giuffrè, V, 1930-1931, 45 ss.; ID., voce «Acquisto del diritto», in *Enc. del dir.*, I, Giuffrè, 1952, 512.

⁽³⁶⁾ Cfr. CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, cit., 151. Secondo l'a. «le differenze» tra acquisto coattivo e trasferimento coattivo «si colgono invece sul piano funzionale e, di riflesso, su quello strutturale. Alla base di ogni trasferimento coattivo sta sempre un interesse pubblico, che, a volte può attuarsi per mezzo di un interesse privato; ma anche in questa seconda ipotesi la rilevanza dell'interesse pubblico si manifesta attraverso l'intervento dell'organo pubblico, il cui atto, come estrinsecazione di un potere *ad hoc*, è la vera causa giuridica del trasferimento. Negli acquisti coattivi, invece, anche se in talune ipotesi (...) una finalità di carattere genericamente pubblico può aver spinto il legislatore a dettare quella data disciplina, si rimane pur sempre nell'ambito degli interessi privati».

⁽³⁷⁾ CARPINO, *op. cit.*, 152.

⁽³⁸⁾ Sull'argomento cfr. SILVESTRI, voce «Trasferimenti coattivi», in *Enc. del dir.*, XLIV, Giuffrè, 1992, 979 ss.

⁽³⁹⁾ VIRGA, *Diritto amministrativo*, I, I principi, Giuffrè, 2001, 356 ss.; in particolare, secondo l'a. «l'acquisto da parte dell'espropriante avviene a titolo originario e non già a titolo derivativo; da ciò conseguono (...) importanti conseguenze: a) la validità o meno del titolo, in base al quale l'espropriato ha

che il riscattante acquista il bene nel medesimo stato in cui si trova nel patrimonio del riscattato, e cioè con ogni peso eventualmente gravante su di esso. Così, nel caso di azioni riscattabili gravate da diritti di terzi o pesi⁽⁴⁰⁾, l'esercizio del diritto di riscatto determina un acquisto coattivo delle stesse con tutti i diritti o i pesi di cui il socio riscattato le aveva gravate⁽⁴¹⁾.

La «secondarietà» del riscatto ha, inoltre, implicazioni importanti anche in tema di forma e cedibilità del diritto.

Il negozio di riscatto, infatti, in quanto presuppone un precedente rapporto su cui si innesta, deve rispettare necessariamente gli stessi requisiti formali di questo rapporto e, pertanto, nel caso che qui si analizza delle azioni riscattabili, deve essere espresso in forma scritta. Vige, infatti, nel nostro ordinamento il principio della simmetria delle forme negoziali, in base al quale ai negozi secondari si deve applicare lo stesso formalismo richiesto per i negozi primari⁽⁴²⁾.

conseguito il bene non ha alcuna incidenza sull'efficacia del trasferimento coattivo; b) l'espropriante acquista il bene libero da ogni peso (servitù, ipoteca, ...) gravante sul bene; gli eventuali diritti dei terzi sul bene si risolvono nell'indennità».

⁽⁴⁰⁾ Si pensi agli usufruttuari, ai creditori pignorati o pignoranti.

⁽⁴¹⁾ *Contra* MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Ipsoa, 2004, 116. Secondo l'a. dall'efficacia reale delle clausole statutarie «ne deriva che, a seguito dell'espletamento della procedura di riscatto, chiunque divenga acquirente delle azioni riscattate (gli altri soci, i terzi o la società), acquista le azioni libere da qualsiasi diritto o peso di cui il socio riscattato possa averle gravate». L'affermazione non può condividersi perché un conto è l'indubbia efficacia reale delle clausole statutarie, e quindi la loro opponibilità a terzi, altro è il modo in cui avviene un acquisto, se cioè a titolo originario o derivativo. Ragionando diversamente, inoltre, nessuno avrebbe interesse ad acquistare un qualsiasi diritto (non solo di garanzia) sulle azioni riscattabili che avrebbero così, e ciò non pare proprio ammissibile, un valore di mercato a parità di condizioni notevolmente inferiore a quello delle azioni non riscattabili.

⁽⁴²⁾ Il c.d. principio della simmetria delle forme negoziali, elaborato con specifico riferimento al problema della forma dei negozi risolutivi, deve ritenersi applicabile anche ai negozi secondari in gene-

Inoltre, proprio perché diritto secondario, non è possibile la sua cessione indipendentemente dall'intero rapporto giuridico cui inerisce. Come, infatti, la dottrina ha già rilevato in tema di vendita con patto di riscatto, la trasmissione del diritto di riscatto è ammissibile solo mediante cessione dell'intera posizione contrattuale cui il diritto di riscatto accede⁽⁴³⁾.

Dalla «secondarietà» del riscatto ne consegue, dunque, la sua «accessorietà» nel senso che quest'ultimo, come si è visto, non può essere ceduto indipendentemente dal rapporto giuridico cui inerisce.

Volendo quindi riassumere le osservazioni fin qui svolte, il negozio di riscatto può essere qualificato come *il negozio giuridico unilaterale previsto dalla legge, formale e con causa esterna, incedibile separatamente dalla posizione contrattuale cui inerisce, che determina un effetto acquisitivo derivativo, condizionato al pagamento di una somma di denaro, anche eventualmente a favore di terzi*.

5. DISCIPLINA DELLE AZIONI RISCATTABILI. Dispone l'art. 2437 *sexies* cod. civ. che «le disposizioni degli articoli 2437 *ter* e 2437 *quater* si applicano, in quanto compatibili, alle azioni o categorie di azioni per le quali lo statuto prevede un potere di riscatto da parte della società o dei soci. Resta salva in tal caso l'applicazione della disciplina degli articoli 2357 e 2357 *bis*». La norma, per la sua laconicità, pone non pochi problemi interpretativi.

Il primo consiste nello stabilire se sia possibile prevedere un potere di riscatto del tutto libero ovvero se debba essere necessariamente collegato a circostanze specifiche⁽⁴⁴⁾.

re. Sulla questione della forma dei negozi risolutivi cfr. RAVAZZONI, *La forma dei contratti risolutivi del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1992, 855 ss.; e GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Giappichelli, 1998, 111 ss.

⁽⁴³⁾ PELOSI, voce «Vendita con patto di riscatto», in *Enc. del dir.*, XLVI, Giuffrè, 1993, 523.

⁽⁴⁴⁾ Propende per la possibilità che il riscatto non debba essere ancorato a situazioni specifiche, oggettive e predeterminate MAGLIULO, *op. cit.*, 111 ss., seppure nel rispetto del principio di parità di trattamento tra i soci, ravvisando in tal caso una condizione risolutiva meramente potestativa che, diversa-

Al riguardo occorre rilevare come l'art. 39 della seconda direttiva comunitaria⁽⁴⁵⁾, nella parte in cui impone che lo statuto stabilisca le «condizioni» e le «modalità» del riscatto e in quella in cui prevede per quest'ultimo l'obbligo di pubblicazione nel registro delle imprese, non sia stato recepito dal legislatore della riforma del diritto societario, poiché l'art. 2437 *sexies* nulla stabilisce al riguardo.

Occorre allora chiedersi se tale dimenticanza sia dovuta ad una precisa scelta del legislatore ovvero se le predette disposizioni della direttiva che, come si è visto, non sono state recepite, debbano comunque ritenersi applicabili.

In realtà il problema è necessariamente connesso con quello della causa del negozio di riscatto. Infatti, le situazioni oggettive e predefinite, al cui verificarsi è possibile esercitare legittimamente il diritto di riscatto, identificano la causa in concreto perseguita nell'attribuzione di un siffatto potere.

In altri termini, un riscatto attribuito liberamente senza la previsione di alcun presupposto, non avrebbe una causa che lo giustificerebbe. Deve pertanto ritenersi essenziale, per la validità delle azioni riscattabili, la previsione statutaria di circostanze specifiche che ne legittimino l'esercizio.

Si pensi alle clausole che facciano dipendere il riscatto dal superamento di determinate so-

mente da quella sospensiva, sarebbe da ritenersi ammissibile nel nostro ordinamento. Tale ricostruzione non può condividersi in quanto l'esercizio del potere di riscatto non determina la risoluzione del rapporto sociale ma un acquisto derivativo unilaterale delle azioni che determina il subingresso nel rapporto sociale, anche contro la volontà del soggetto che ne è titolare. Altri ritengono, invece, che il riscatto debba essere sempre vincolato a situazioni obiettive e predeterminate in quanto altrimenti «potrebbe agevolmente tradursi in uno strumento di sopraffazione a danno delle minoranze indesiderate, le quali potrebbero, col meccanismo del riscatto, venire allontanate dalla società»: così CALVOSA, *Sulle c.d. clausole di riscatto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, 115 ss.; e, nello stesso senso, CALLEGARI, *op. cit.*, 1445 ss.

⁽⁴⁵⁾ Direttiva n. 77/91 del 13.12.1976, in tema di costituzione e di salvaguardia del capitale sociale, successivamente modificata dalla direttiva n. 92/101.

glie di partecipazione al capitale sociale, allo scopo di ridurre la partecipazione alla soglia prevista; o a quelle che consentano il riscatto a titolo di sanzione per l'inadempimento della prestazione accessoria ovvero per lo svolgimento di attività concorrente; o ancora alle clausole che legittimino il riscatto al cambiamento del gruppo di comando ⁽⁴⁶⁾.

Vi sono quindi «condizioni», al cui verificarsi è possibile esercitare il diritto di riscatto, che devono essere necessariamente previste dallo statuto, ed altre, meglio definibili come «modalità», che invece è solo opportuno prevedere.

È il caso ad esempio del termine entro il quale è possibile esercitare il riscatto; o ancora della forma ⁽⁴⁷⁾ che deve avere la dichiarazione di riscatto e della sua efficacia. Quest'ultima infatti potrebbe statutariamente essere condizionata sia sospensivamente che risolutivamente al versamento entro un determinato termine ⁽⁴⁸⁾ della somma pari al valore di liquidazione delle azioni riscattate.

D'altra parte potrebbe anche accadere che i soci non si rendano neppure conto del verificarsi della condizione da cui dipende il valido esercizio del diritto di riscatto: si pensi all'esercizio del socio di attività concorrente. È dunque opportuno prevedere e disciplinare nello statuto un meccanismo con cui la società, e segnatamente l'organo amministrativo, informi (con raccomandata, telefax, via e-mail, ecc.) il socio della possibilità di esercitare il diritto di riscatto.

Ma è anche necessario assicurare che i soci

vengano a conoscenza dell'avvenuto esercizio del diritto di riscatto.

A tali esigenze di conoscibilità sia delle cause che legittimano il riscatto che dell'avvenuto riscatto si può far fronte prevedendo statutariamente a carico degli amministratori l'obbligo di depositare la comunicazione dell'avveramento del presupposto che legittima il riscatto ⁽⁴⁹⁾ e quella dell'esercizio del riscatto delle azioni presso il competente registro delle imprese ⁽⁵⁰⁾, proprio come previsto dalla seconda direttiva ⁽⁵¹⁾.

Il deposito, in particolare, renderebbe opponibile il riscatto ai soci ⁽⁵²⁾, e potrebbe anche

⁽⁴⁹⁾ Si pensi alla morte del socio.

⁽⁵⁰⁾ Il deposito presso il registro delle imprese è d'altra parte l'unica forma di comunicazione possibile per le azioni al portatore.

⁽⁵¹⁾ *Contra* GALLETTI, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI, II, Cedam, 2005, sub art. 2437 *sexies*, 1637, nt. 9, sull'assunto che «in forza del principio di tipicità delle iscrizioni (...) è possibile che il riscatto non sia mai pubblicato». In realtà il principio di tipicità delle iscrizioni è valido nei limiti in cui si pretenda di conseguire un determinato effetto previsto dalla legge: si pensi all'accessibilità all'informazione da parte dei terzi interessati (pubblicità «notizia»); all'opponibilità ai terzi degli atti e dei fatti così resi conoscibili (pubblicità «dichiarativa»); alla produzione di effetti dell'atto pubblicizzato, per le parti e per i terzi (pubblicità «costitutiva»). Se, invece, l'effetto che si vuol conseguire è, per così dire, minore ovvero diverso da quello che la legge riconnette ai casi in cui è prevista l'iscrizione presso il registro delle imprese, ben può l'autonomia negoziale prevedere ulteriori fattispecie soggette a tale forma di pubblicità. E ciò proprio alla luce dell'art. 2193 cod. civ. da cui si evince *a contrario* che i fatti che si riferiscono a un'impresa, che sono stati iscritti in forza di un'iscrizione non prescritta dalla legge, possono produrre effetti anche nei confronti dei terzi unicamente quando si provi che questi ne hanno avuto conoscenza. Sul registro delle imprese cfr., per tutti, RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1996; e MARASÀ-IBBA, *Il registro delle imprese*, Utet, 1997.

⁽⁵²⁾ Effetto questo legittimo e conforme al principio di tipicità delle iscrizioni, così come precisato nella nota precedente, dal momento che i soci sono parte del contratto di società, mentre dal detto deposito non deriverebbe alcun effetto nei confronti dei terzi.

⁽⁴⁶⁾ Per un'analisi delle clausole di «riscatto», tali come si è visto impropriamente qualificate in assenza di una precedente espressa previsione normativa, si veda CALVOSA, *op. cit.*, 231 ss.

⁽⁴⁷⁾ Nel silenzio dello statuto ritiene che possa trovare applicazione analogica l'art. 2437 *bis* cod. civ., e pertanto il riscatto debba essere esercitato mediante lettera raccomandata, MAGLIULO, *op. cit.*, 117.

⁽⁴⁸⁾ In mancanza di detto termine dovrebbe ritenersi legittimo l'esercizio del riscatto solo ove accompagnato dal versamento della somma necessaria alla liquidazione delle azioni «riscattate» entro il termine generale previsto dallo statuto per l'esercizio del riscatto.

determinare – qualora ciò sia previsto dallo statuto – il momento in cui il riscatto ha effetto. Sarebbe anzi opportuno prevedere che il deposito sia unico, per tutte le dichiarazioni di riscatto, da effettuarsi a cura dell'organo amministrativo entro un determinato lasso di tempo, una volta che sia decorso il termine previsto per l'esercizio del diritto di riscatto: in tal modo si avrebbe un unico momento in cui avverrebbero i singoli trasferimenti coattivi, con evidente semplificazione delle fattispecie, per nulla improbabili, di esercizio del diritto di riscatto congiuntamente da parte di più soci.

Potrebbe accadere che esercitato il diritto di riscatto, ed avvenuta la comunicazione alla quale eventualmente è subordinata l'efficacia dello stesso, le azioni «riscattate» vengano alienate a terzi in buona fede.

In questo caso il terzo, pur derivando il suo diritto da *non domino*, acquisterà le azioni e, ai sensi dell'art. 2355, comma 3°, cod. civ., avrà diritto ad ottenere l'annotazione del trasferimento nel libro dei soci e ad esercitare i diritti sociali qualora si dimostri possessore delle azioni in base a una serie continua di girate.

La previsione statutaria di azioni riscattabili deve pertanto necessariamente essere collegata ad un diverso sistema di circolazione delle azioni, pena – come si è visto – la possibile inefficacia del riscatto in caso di alienazione delle azioni «riscattate» successiva all'esercizio del riscatto stesso.

Né può invocarsi la disposizione prevista in materia di recesso analoga dall'art. 2437 *bis*, comma 2°, cod. civ., secondo il quale «le azioni per le quali è esercitato il diritto di recesso non possono essere cedute e devono essere depositate presso la sede sociale»⁽⁵³⁾.

Nel nostro caso, infatti, oltre al mancato richiamo della summenzionata norma da parte dell'art. 2437 *sexies* cod. civ., non è in questione il comportamento del soggetto attivo, di cui cioè cui compete il riscatto, come nel caso del recesso, ma di quello che lo subisce e che, anche volutamente, si sottrae all'effetto della privazione coattiva delle azioni con la successiva loro alienazione.

È allora evidente che la previsione statutaria

delle azioni riscattabili, proprio allo scopo di assicurare una reale efficacia al riscatto in tal modo previsto, deve opportunamente essere accompagnata dalla esclusione dell'emissione dei titoli azionari ovvero dalla previsione di tecniche di legittimazione e circolazione diverse che siano compatibili con il meccanismo del riscatto come sopra delineato⁽⁵⁴⁾.

Qualora, infatti, si opti per la non emissione dei titoli azionari, il trasferimento delle azioni tra le parti avverrà secondo la disciplina della cessione del contratto (artt. 1406-1410 cod. civ.), che troverà applicazione sia pure con i dovuti adattamenti⁽⁵⁵⁾, mentre, ai sensi dell'art. 2355, comma 1°, cod. civ., avrà effetto nei confronti della società dal momento dell'iscrizione nel libro dei soci.

L'art. 2437 *sexies* cod. civ. prevede poi un potere di riscatto da parte della società o dei soci per cui ci si potrebbe porre il quesito se lo statuto possa riconoscere un potere di riscatto anche a terzi.

In realtà si è già detto che il diritto di riscatto, quale diritto potestativo, deve essere necessariamente previsto da una norma giuridica che consente ai soggetti di farvi ricorso nell'estrinsecazione della loro autonomia negoziale. Pertanto, non vi è alcun dubbio che il riscatto non possa essere riconosciuto a terzi, proprio per la chiara dizione della norma che ha consentito solo alla società e ai soci di utilizzare questa particolare tecnica di acquisto coattivo; in ossequio anche al carattere della normale accessorialità del diritto di riscatto – che evidentemente mancherebbe nel caso in cui venga riconosciuto al terzo siffatto potere – e al principio dell'intangibilità dell'altrui sfera giuridica, se non nei limiti in cui al terzo derivino effetti favorevoli per il suo patrimonio. Ciò significa

⁽⁵⁴⁾ Il legislatore della riforma ha infatti previsto la possibilità di escludere l'emissione delle azioni, come risulta dall'art. 2346, comma 1°, cod. civ., secondo cui «la partecipazione sociale è rappresentata da azioni; salvo diversa disposizione di leggi speciali lo statuto può escludere l'emissione dei relativi titoli o prevedere l'utilizzazione di diverse tecniche di legittimazione e circolazione».

⁽⁵⁵⁾ Non sarà necessario, ad esempio, il consenso degli altri contraenti previsto invece dall'art. 1406 cod. civ.

⁽⁵³⁾ Così invece MAGLIULO, *op. cit.*, 117.

che le parti possono legittimamente prevedere, sia direttamente nello statuto che successivamente all'atto di esercizio del diritto, ⁽⁵⁶⁾ che il riscatto possa essere esercitato sia dalla società ⁽⁵⁷⁾ sia dai soci a favore di terzi, purché si tratti in quest'ultimo caso ovviamente di azioni interamente liberate.

Occorre a questo punto chiarire il dettato dell'art. 2437 *sexies* cod. civ., prima parte, laddove recita «le disposizioni degli articoli 2437 *ter* e 2437 *quater* si applicano, in quanto compatibili» alle azioni riscattabili ⁽⁵⁸⁾.

Iniziando dall'art. 2437 *ter* cod. civ. ⁽⁵⁹⁾ biso-

⁽⁵⁶⁾ Con dichiarazione che è da assimilarsi a quella che il socio può fare in sede di aumento del capitale sociale alla società che le azioni vengano intestate a terzi. Per quest'ultima fattispecie si veda CASS., 1° 8.1994, n. 7160, in *Giust. civ.*, 1995, I, 761; in questa *Rivista*, 1995, I, 695, secondo cui «costituisce un contratto in favore del terzo per il quale non è richiesto alcun requisito particolare di forma, e non donazione indiretta, il negozio intercorso tra il socio e la società con il quale il primo, in occasione della sottoscrizione di un aumento di capitale sociale e anteriormente alla emissione delle relative azioni, rinuncia alla intestazione delle stesse azioni a proprio favore e dispone che le azioni siano emesse a nome di un terzo».

⁽⁵⁷⁾ In questo caso con il negozio a favore del terzo non si potrà ovviamente porre in essere una donazione indiretta, stante il limite ontologico per le società lucrative di compiere vere e proprie liberalità.

⁽⁵⁸⁾ Sul problema delle azioni riscattabili quali azioni di categoria cfr. MAGLIULO, *op. cit.*, 114.

⁽⁵⁹⁾ Detta norma dispone che «il socio ha diritto alla liquidazione delle azioni per le quali esercita il recesso».

Il valore delle azioni è determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione contabile, tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni.

Il valore di liquidazione delle azioni quotate su mercati regolamentati è determinato facendo esclusivo riferimento alla media aritmetica dei prezzi di chiusura nei sei mesi che precedono la pubblicazione ovvero ricezione dell'avviso di convocazione dell'assemblea le cui deliberazioni legittimano il recesso.

Lo statuto può stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione, indicando gli ele-

gna rilevare che sicuramente i primi quattro commi sono integralmente compatibili con le azioni riscattabili e pertanto devono ritenersi applicabili.

Anche il comma 5° dell'art. 2437 *ter* deve ritenersi applicabile seppure, ovviamente, con alcuni adattamenti.

In particolare deve ritenersi che i soci singolarmente, qualora il riscatto sia ad essi attribuito, e l'assemblea chiamata ad autorizzare il riscatto, qualora questo sia previsto a favore della società, debbano essere posti nella condizione di conoscere il valore delle azioni da riscattare.

In caso di riscatto previsto in favore dei soci occorrerà come si è già detto, mancando una delibera che legittima il riscatto, comunicare ai soci il verificarsi del presupposto a cui è subordinato l'esercizio del riscatto, indicandone, opportunamente, già il valore di liquidazione allo scopo di consentire ad essi di valutarne la convenienza ed eventualmente, ove vi sia disaccordo, di fare opposizione – in caso di riscatto – alla stessa.

La comunicazione del verificarsi dei presupposti che legittimano il riscatto dovrà poi essere fatta dagli amministratori a tutti i soci titolari del diritto di riscatto, proprio per assicurare l'ineludibile principio di parità di trattamento dei soci nonché di correttezza e buona fede nei rapporti giuridici.

Sarà quindi opportuno disciplinare nello statuto la comunicazione del verificatosi presup-

menti dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione.

I soci hanno diritto a conoscere la determinazione del valore di cui al secondo comma del presente articolo nei quindici giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea; ciascun socio ha diritto di prenderne visione e di ottenerne copia a proprie spese.

In caso di contestazione da proporre contestualmente alla dichiarazione di recesso il valore di liquidazione è determinato entro novanta giorni dall'esercizio del diritto di recesso tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente; si applica in tal caso il primo comma dell'articolo 1349».

posto (si pensi alla morte di un socio), a carico dell'organo amministrativo, disciplinandone la forma, le modalità (lettera raccomandata, telefax, avviso tramite e-mail), i tempi e tutte le altre circostanze opportune.

Anche l'ult. comma dell'art. 2437 *ter* è interamente applicabile e la contestazione della determinazione del valore delle azioni è pertanto possibile soltanto all'atto della dichiarazione di riscatto.

Inoltre, la contestazione della determinazione dovrebbe spettare, nel silenzio dello statuto, sia al socio che subisce il riscatto che al socio che lo esercita, nel caso ovviamente in cui ritenga eccessiva la valutazione degli amministratori; tale facoltà non sembra estensibile, neppure statutariamente, alla società dal momento che la valutazione è comunque ad essa riferibile.

Più problematico appare il rinvio che l'art. 2437 *sexies* cod. civ. fa all'art. 2437 *quater* cod. civ. ⁽⁶⁰⁾ relativo al procedimento di liquidazione.

⁽⁶⁰⁾ Secondo cui «gli amministratori offrono in opzione le azioni del socio recedente agli altri soci in proporzione al numero delle azioni possedute. Se vi sono obbligazioni convertibili, il diritto di opzione spetta anche ai possessori di queste, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio.

L'offerta di opzione è depositata presso il registro delle imprese entro quindici giorni dalla determinazione definitiva del valore di liquidazione. Per l'esercizio del diritto di opzione deve essere concesso un termine non inferiore a trenta giorni dal deposito dell'offerta.

Coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni che siano rimaste non optate.

Qualora i soci non acquistino in tutto o in parte le azioni del recedente, gli amministratori possono collocarle presso terzi; nel caso di azioni quotate in mercati regolamentati, il loro collocamento avviene mediante offerta nei mercati medesimi.

In caso di mancato collocamento ai sensi delle disposizioni dei commi precedenti entro centottanta giorni dalla comunicazione del recesso, le azioni del recedente vengono rimborsate mediante acquisto da parte della società utilizzando riserve disponibili anche in deroga a quanto previsto dal terzo comma dell'articolo 2357.

In assenza di utili e riserve disponibili, deve essere convocata l'assemblea straordinaria per deliberare

Un'interpretazione letterale della norma potrebbe far ritenere che esercitato il riscatto gli amministratori debbano offrire in opzione le azioni al socio «riscattante».

In realtà, non vi è spazio ad alcuna offerta in quanto, come si è visto, il riscatto determina un acquisto «coattivo» automatico che prescinde da qualsiasi successivo procedimento da parte dell'organo amministrativo della società.

Se non è dunque possibile, per l'essenza del diritto di riscatto e quindi per le sue peculiarità, ritenere direttamente applicabili alle azioni riscattabili le disposizioni di cui all'art. 2437 *quater* cod. civ., occorre domandarsi che senso ha il rinvio che a tale norma fa, sia pure «in quanto compatibile» l'art. 2437 *sexies* cod. civ.

In realtà il rinvio opera solo nel caso in cui l'esercizio del diritto di riscatto, previsto dallo statuto in favore della società, determini un acquisto superiore al dieci per cento del capitale sociale; per l'eccedenza quindi non si avrebbe alcun acquisto «coattivo» di azioni ma solo un'offerta di queste ai soci – a tutti i soci – in opzione, con il meccanismo previsto dall'art. 2437 *quater* cod. civ.

Sarà pertanto possibile che, in caso di mancato esercizio del diritto di opzione da parte dei soci, tali azioni – per cui inizialmente come si è detto sia stato inefficacemente esercitato il diritto di riscatto da parte della società – siano collocate presso terzi; in mancanza, che vengano acquistate da parte della società utilizzando riserve disponibili e quindi eccedendo il limite della decima parte del capitale sociale; in assenza di utili, che debba essere convocata l'assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale, ovvero lo scioglimento della società.

E ciò perché per assicurare una reale parità di trattamento dei soci e il rispetto del divieto di acquisto – anche «coattivo» – da parte della società di azioni che superino la decima parte del capitale sociale, non sarebbe stato possibile prevedere un riscatto da parte della società

la riduzione del capitale sociale, ovvero lo scioglimento della società.

Alla deliberazione di riduzione del capitale sociale si applicano le disposizioni del comma secondo, terzo e quarto dell'articolo 2445; ove l'opposizione sia accolta la società si scioglie».

esercitabile solo per alcune azioni e non per altre ⁽⁶¹⁾.

Alla luce delle considerazioni che precedono può dunque leggersi l'ultima parte dell'art. 2437 *sexies*, secondo cui «resta salva in tal caso l'applicazione della disciplina degli articoli 2357 e 2357 *bis*», nel senso che ove la società, per impossibilità di collocare le azioni presso terzi, proceda in presenza di utili all'acquisto di azioni proprie in eccedenza rispetto al decimo del capitale sociale, ai sensi dell'art. 2347 *quater*, comma 5°, cod. civ., la stessa dovrà procedere all'alienazione delle azioni acquistate in eccedenza entro tre anni, costituendo questo un ulteriore caso speciale di acquisto delle proprie azioni, oltre quelli previsti dall'art. 2357 *bis* cod. civ.

Ragionando diversamente, infatti, il rinvio a quest'ultimo articolo non avrebbe alcun senso, dal momento che l'obbligo di alienazione, seppure entro un anno dall'acquisto, per le azioni che superano la decima parte del capitale sociale acquistate dalla società, è già previsto dall'art. 2357 cod. civ.

(61) Neppure il sistema del sorteggio avrebbe assicurato quella effettiva parità di trattamento che, invece, il meccanismo dell'art. 2347 *quater* assicura. Basti pensare che il sorteggio potrebbe condurre alla esclusione dalla società di quei soci le cui azioni siano state tutte sorteggiate: così GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, nel *Trattato dir. comm.*, a cura di GALGANO, XXIX, Cedam, 2003, 143.