



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

QUESTIONI CONTROVERSE RELATIVE AGLI AMBITI DI APPLICAZIONE DEL RECESSO *AD NUTUM*

di *Andreina Martinez*¹

Abstract

The issue of the right of withdrawal in society is of no small importance. Regulatory developments, especially in light of the reform of company law, has led to a rethinking of the right of withdrawal, especially with regard to corporations of share capital. However, the focus, in particular, is on the right of withdrawal that may be exercised without just cause, which takes many forms, but that does not seem to unite without distinction all social models, which maintain their own autonomy with regard to the right of exit. This, however, has been questioned by a recent judgment of the Supreme Court, which, on the right of withdrawal exercised even in the absence of a just cause, has united the limited liability company to the company of people, leaving out all the reserves that over the years they were born, in relation to an extension of the hypothesis of withdrawal and relating to the protection of the integrity of the capital, which would be compromised as a result of the liquidation of social participation. This paper aims to focus attention not only on the right withdrawal without just cause in general, but also on the evolution of the right of withdrawal in question, pointing out the differences between the various social models, which appear intrinsic and not ignorable.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il diritto di recesso del socio contro il potere di maggioranza - 3. La fattispecie del recesso *ad nutum* nelle società di capitali – 3. *Segue:* legittimazione al recesso e limiti all'autonomia statutaria – 4. Eventuale prospetta-

¹ Dottoranda di Ricerca in Diritto Commerciale Università degli Studi di Napoli "Federico II"

zione di un'interpretazione analogica dell'art. 2285 c.c. – 5. Parziale equiparazione tra società di persone e società di capitali - 6. Conclusioni

1. Premessa

Il presente contributo ha come obiettivo quello di evidenziare i tratti salienti del recesso *ad nutum* nelle società – soprattutto, di capitali – ponendo preliminarmente l'attenzione sul diritto di recesso quale strumento di difesa dei soci contro il potere della maggioranza societaria.

La configurazione della menzionata ipotesi di recesso ha dato adito, infatti, a numerosi dibattiti focalizzati sulla possibilità di trovare dei tratti comuni a qualsivoglia modello societario, e non di rado, negando che la disciplina del recesso *ad nutum* possa essere comune a tutti i tipi sociali. Con ciò si è voluta sancire, in tale contesto, una netta separazione tra società di capitali e società di persone.

Coloro i quali hanno affermato che le ipotesi di recesso *ad nutum*, previste dall'art. 2285 cod. civ., in materia di società di persone, non potessero valere anche per le società di capitali, hanno fondato tale affermazione sulla diversità ontologica che sussiste tra le due categorie.

Se, da un lato, sembra pacifico valere per tutti i tipi sociali la regola per la quale il diritto di recesso senza giusta causa spetti al socio, allorché la durata della società sia fissata a tempo indeterminato; non è apparso, dall'altro lato, alla dottrina e alla giurisprudenza, altrettanto scontato che anche l'ulteriore causa di recesso, contemplata dall'art. 2285 cod. civ., che prevede che il recesso spetti al socio anche laddove la durata della società – benché non a tempo indeterminato - sia fissata per una durata pari alla vita di uno dei soci, possa legittimare, altresì, i soci di società di capitali.

L'orientamento espresso, soprattutto, dalla giurisprudenza di merito si è attestato sull'evidenza che quest'ultima ipotesi di recesso possa valere solo per le società di persone, senza poter applicare la norma in commento anche alle società di capitali. Ciò non solo per una questione di tecnica normativa, che escluderebbe l'estensione analogica di una previsione avente valenza del tutto eccezionale, ma anche per mancanza di *eadem ratio*.

La *querelle* è sorta in quanto nella pendenza di una durata “eccessiva” della società, che, sebbene non indeterminata, appaia fissata per un tempo che, in concreto, travalica la vita degli stessi soci, si è ritenuto emergere una sovrapposizione logica delle menzionate ipotesi, in quanto la durata della società fissata oltre la vita di uno dei soci, di fatto, è idonea a tradursi in una durata “indeterminata” quantomeno per quel socio.

Pertanto, si è tentato, in virtù di una relazione logica - a nostro avviso condivisibile - di riconoscere l'esistenza del diritto di recesso, *ex art.* 2285, co. 1 seconda parte, cod. civ., anche a soci di società per azioni, fondando tale scelta sulla circostanza che ciò avrebbe permesso a questi di disinvestire la propria partecipazione sociale con “immediatezza” e in assenza di una giusta causa, allorquando si fosse verificata la causa di recesso *de qua*, senza dover ricorrere, ad esempio, all'alienazione delle azioni da ciascuno detenute, al solo fine di poter fuoriuscire dal sodalizio.

In realtà, l'art. 2437 cod. civ., che regola il diritto di recesso in materia di società per azioni, contempla la sola fattispecie della durata a tempo indeterminato, e non anche l'ipotesi della società contratta per tutta la durata della vita di uno dei soci, ovvero quella prevista dall'art. 2285 cod. civ.

In ogni caso, però, pur riconoscendo l'imprescindibilità del preavviso, si è tentato di applicare analogicamente l'ipotesi del recesso *ex art.* 2285 cod. civ. anche ai soci di società di capitali, sostenendo, all'uopo, che avrebbe dovuto ritenersi addirittura nulla, per contrarietà alla regole fondate sulla ragionevolezza e la buona fede (perché abuso del diritto della maggioranza ai danni della minoranza), una clausola statutaria preclusiva del recesso *ad nutum* per il caso in cui la durata della società fosse, non indeterminata, ma fissata per una durata in grado di travalicare la vita di uno dei soci.

Tuttavia, la giurisprudenza di merito² ha respinto tale assimilazione, sostenendo che non può esserci una totale sovrapposizione tra il recesso *ad nutum* *ex art.* 2285 cod.

² v. Tribunale di Napoli, VII sez. civ., 10 dicembre 2008 secondo il quale «La eterogeneità delle disposizioni in tema di società personali rispetto a quelle delle società di capitali, quantomeno con riferimento alle s.p.a., e la completezza normativa delle disposizioni di queste ultime, dettate anche in via di garantire una maggiore tutela del capitale sociale, non si ritiene possano lasciare spazio ad una applicazione per analogia alla norma in oggetto. D'altronde la disciplina dettagliata fissata all'art. 2437 c.c. rivela la preoccupazione del legislatore per l'aspetto della stabilità finanziaria della società, collegata al recesso *ad nutum*: ed in effetti una maggiore ampiezza di tale possibilità, con il conseguente obbligo per la società di rimborsare le quote dei soci receduti, cui è ri-

civ., contemplato in materia di società di persone, ed il recesso *ad nutum* previsto dall'art. 2437 co. 2 cod. civ., previsto nell'ambito delle società per azioni, che si riferisce alla sola ipotesi di fissazione della durata della società a tempo indeterminato.

L'impossibilità di confondere le fattispecie, assimilandole, secondo l'orientamento predetto, sarebbe data dalla constatazione che la salvaguardia della stabilità finanziaria della società di capitali, stante i principi di particolare tutela sottesi alla più rigorosa disciplina del capitale sociale, non può che precludere un'interpretazione estensiva dell'art. 2285 c.c. a favore di una società di capitali, atteso che l'esercizio del recesso da parte di un socio di società di persone non ha dei peculiari riverberi sul patrimonio della società come, invece, accade a seguito dell'esercizio dello stesso diritto da parte di un socio di società di capitali.

Preso atto della posizione della giurisprudenza di merito, che ha negato l'equiparazione, in materia di recesso *ad nutum*, tra società di persone e società di capitali, un recente orientamento della Cassazione³ ha messo in discussione tale sintesi, aprendo la strada per un ripensamento rispetto a quanto affermato sinora dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sostenendo che un'assimilazione esisterebbe quanto meno con riguardo alla società a responsabilità limitata.

Dunque, si ritiene opportuno, con la presente analisi, sottolineare quale è stata l'evoluzione, non solo giurisprudenziale, in merito a tale questione, oltre che riuscire a comprendere quali siano state le motivazioni che hanno indotto la giurisprudenza a rivedere il precedente orientamento.

connessa la perdita della integrità del capitale sociale, ben potrebbe portare alla riduzione del capitale sociale stesso o addirittura allo scioglimento della società, in caso di riduzione al di sotto del minimo di legge. Il differente regime delle società di persone rispetto alla s.p.a., in cui vi è maggiore necessità di tutela del capitale sociale ed ha maggiore rilievo l'investimento rispetto alla partecipazione societaria, rinviene peraltro un contraltare in quelle norme che, nelle s.p.a., non legano le sorti del vincolo sociale alla vita dei soci stessi>>.

³Cass. civ., Sez. I, 22 aprile 2013, n. 9662<<una data oltremodo lontana nel tempo ha, almeno di norma, l'effetto di far perdere qualsiasi possibilità di ricostruire l'effettiva volontà delle parti circa l'opzione fra una durata a tempo determinato o indeterminato della società. Cosicché tale indicazione si risolve o in un mero esercizio delimitativo che equivale nella sostanza al significato della mancata determinazione del tempo di durata della società ovvero in un sostanziale intento elusivo degli effetti che si produrrebbero con la dichiarazione di una durata a tempo indeterminato. Evidente in quest'ultimo caso la necessità di un intervento correttivo dell'interprete che garantisca il riconoscimento della tutela accordata dal legislatore al socio in una società che non preveda una determinazione del tempo della sua durata>>.

2. Il diritto di recesso del socio contro il potere di maggioranza

La materia del diritto di recesso apre scenari multiformi, la cui analisi, spesso insoddisfacente per ciò che concerne gli esiti, tende a muoversi su una piattaforma molto delicata.

La funzione del recesso, spesso sottovalutata – a nostro avviso - *ante* riforma, è sempre stata quella di garantire alla minoranza societaria, assieme al riconoscimento dei diritti di *voice*, una tutela minima che fosse spendibile contro le decisioni assunte dalla “maggioranza” dell’ente societario.

Il diritto di uscita dalla società diventa imprescindibile per coloro i quali si trovino in contrasto con le decisioni d’indirizzo sociale prese dal gruppo dei soci di maggioranza.

Vi è un duplice piano d’interessi che emerge da tale analisi: da un lato, l’interesse ad assumere le decisioni, adottando la regola della maggioranza; e, dall’altro, l’interesse della minoranza a non subirle completamente. Il diritto di recesso ha, quindi, lo scopo di contemperare quello che è l’interesse al principio maggioritario⁴.

La giurisprudenza, oltre che la dottrina, mantiene l’attenzione sulla possibilità (*melius*: il diritto) di *exit* da parte dei soci, ritenendo - non di rado - prevalente l’interesse della società a non disgregare la propria struttura patrimoniale alla luce delle istanze di uscita dal sodalizio da parte dei soci.

La normativa relativa al recesso nelle società di capitali ha subito una trasformazione rilevante a seguito della riforma del diritto societario ad opera del D. Lgs. n. 6/2003.

Il legislatore del 1942 regolava attraverso un’unica norma, l’art. 2437 cod. civ., l’istituto del recesso, riconoscendo, al riguardo, che esso costituiva *un ottimo strumento di tutela posto a favore del socio dissenziente*. La disciplina di tale diritto amministrativo, non misurabile (non rilevando, dunque, in tal caso, la funzione organizzativa del capitale sociale), previsto a favore

⁴ La regola della maggioranza assume valenza nel momento decisionale dell’assemblea, che è l’organo sociale deliberativo per eccellenza. Tale principio si contrappone alla regola dell’unanimità, in quanto raccogliere il consenso *utis singuli*, se, da un lato, ha un’efficacia garantistica più accentuata; dall’altro, ha l’effetto di paralizzare il funzionamento dell’assemblea e, quindi, la stessa attività sociale. Tuttavia, il principio maggioritario deve trovare il proprio limite nella tutela della minoranza societaria, che si attua attraverso il diritto di *exit*, configurabile nel recesso.

dei soci, era identica per tutte le società di capitali, stante il legame di subordinazione normativo della società a responsabilità limitata rispetto alla società per azioni, dalla quale ne mutuava la disciplina attraverso la tecnica del rinvio.

Il legislatore della riforma ha ampliato le ipotesi di recesso dell'art. 2437 cod. civ., incentivando, in tal modo, gli investimenti da parte dei terzi, rendendo, conseguentemente, più facile il finanziamento delle società attraverso l'ingresso di capitali da parte di nuovi soci.

Al contrario, *ante* riforma vi era una tendenza volta a scoraggiare il predetto diritto di recesso, al fine di tutelare l'integrità del patrimonio sociale (*rectius*: capitale sociale), che avrebbe, invece, subito dei contraccolpi in forza dell'esercizio del diritto in questione, nonché per effetto della liquidazione della partecipazione ai soci receduti.

Dunque, a ben comprendere, in virtù di mere scelte di valore, prevaleva l'interesse alla stabilità finanziaria della società rispetto alla possibilità di incentivare soggetti terzi ad investire propri capitali all'interno della società. Del resto, nessun attento investitore, interessato magari soltanto alla remunerazione dell'investimento, avrebbe potuto scegliere di investire in una società nella quale le possibilità di disinvestimento immediato, o comunque più veloce, gli fossero precluse o anche solo fortemente limitate.

Da un'ipotesi di recesso utilizzato in via del tutto eccezionale, e soltanto in *extrema ratio*, si è poi passati, in maniera innovativa, ad un sistema di *exit* finalizzato, soprattutto, all'incentivazione di tale istituto, con l'ampliamento delle relative fattispecie, e degli investimenti, evitando alla società un eccessivo sovraindebitamento (generato da un disequilibrio tra mezzi finanziari propri e quelli, invece, di terzi "mutuanti") e limitando, altresì, un negativo impatto del recesso sulla stabilità finanziaria della società, prevedendo un procedimento di liquidazione (v. artt. 2437^{quater} cod. civ.) della partecipazione del socio recedente decisamente più adeguato e maggiormente volto a preservare la patrimonialità, e l'esistenza, dell'ente societario.

La riforma del recesso ha, in tal modo, permesso di comporre le opposte istanze relative, da una parte, all'azionabilità del recesso e, dall'altra, alla tutela dell'integrità del capitale sociale.

Le categorie di cause di recesso contemplate attualmente dall'art. 2437 cod. civ. sono tre:

- cause legali ed "inderogabili";
- cause legali ma "derogabili";

- cause “statutarie”, ovvero quelle fissate convenzionalmente dai soci ed inserite nello statuto, la cui modifica comporta una vera e propria modifica statutaria, con tutte le implicazioni annesse (assemblea straordinaria, misura dei *quorum* costitutivi e deliberativi, etc....).

Diverse sono quelle, invece, contemplate dall’art. 2473 cod. civ., che prevede soltanto due categorie:

- le cause legali ed “inderogabili”;

- le cause convenzionali;

ciò in quanto mancano in tale tipo sociale cause legali derogabili.

3. La fattispecie del recesso *ad nutum* delle società di capitali

Oltre le cause di recesso appena menzionate, vi è una particolare ipotesi di recesso data dall’art. 2437 co. 3 cod. civ.⁵, che trova l’omologo anche in materia di società a responsabilità limitata all’art. 2473 co. 2 cod. civ.⁶, e che è rappresentata dalla possibilità di recedere, salvo nel caso in cui le azioni della società siano quotate in un mercato regolamentato, purché se ne dia preavviso entro centottanta giorni⁷ prima, allorché la società sia costituita a tempo indeterminato od in presenza di una delibera che modifichi la durata della società da determinata ad indeterminata⁸.

⁵ Art. 2437 co. 3 cod. civ. <<Se la società è costituita a tempo indeterminato e le azioni non sono quotate in un mercato regolamentato il socio può recedere con il preavviso di almeno centottanta giorni; lo statuto può prevedere un termine maggiore, non superiore ad un anno>>.

⁶ Art. 2473 co. 2 cod. civ. <<nel caso di società contratta a tempo indeterminato il diritto di recesso compete al socio in ogni momento e può essere esercitato con un preavviso di almeno centottanta giorni; l’atto costitutivo può prevedere un periodo di durata maggiore purché non superiore ad un anno>>.

⁷ Quanto al termine di preavviso per l’esercizio di recesso, esso può essere fissato anche in misura maggiore purché esso non ecceda un anno.

⁸ Cfr. Massima del Comitato Triveneto dei Notai H.H.3, *Recesso e Modifica della durata da determinata a indeterminata* <<nel caso di delibera che introduca la durata indeterminata della società, iscritta anteriormente allo scadere del termine precedentemente determinato, ai soci è attribuito il diritto di recesso ai sensi del 3° comma dell’art. 2437 cod. civ., e non ai sensi del 2° comma, lettera a), del medesimo articolo. A ciò consegue che il diritto di recesso può essere esercitato in qualunque momento, anche dai soci che hanno concorso all’approvazione della delibera, e con un preavviso di almeno 180 giorni, o del maggior termine statutariamente indicato. Gli amministratori non sono tenuti agli adempimenti di cui all’art. 2437 cod. civ., anteriormente all’assemblea avente all’ordine del giorno la modifica del termine di durata della società a tempo indeterminato>>.

La facoltà di uscita dalla società a tempo indeterminato consente di evitare l'immobilizzo della partecipazione al capitale di rischio, rientrando, anche tale fattispecie, nella logica generale del recesso.

La legge non prevede, per le società di capitali, l'esercizio del diritto di recesso anche per il caso, previsto in materia di società di persone dall'art. 2285 cod. civ.⁹, in cui la durata della società sia fissata per un tempo equivalente alla vita di uno dei soci.

Se la difficoltà di accettazione di una siffatta ipotesi di recesso si prospetta è proprio in virtù di una rigorosa, nelle società di capitali, disciplina del capitale sociale. Infatti, si osserva, che premessa la polifunzionalità¹⁰ del capitale sociale, esso assolve non solo ad una funzione di garanzia (ex art. 2740 cod. civ.) a favore dei creditori sociali, che, in tal caso, vedrebbero diminuita la garanzia del proprio credito; ma anche ad una funzione produttiva, in quanto una diminuzione del patrimonio sociale (del capitale, quindi, non solo nominale, ma anche reale), dato dalla liquidazione delle partecipazioni sociali dei soci recedenti, potrebbe condurre ad un mal funzionamento dell'attività sociale - o addirittura ad una paralisi della stessa - con la prevedibile conseguenza che la società non sarebbe più in grado di produrre nuova ricchezza attraverso la gestione di quella già posseduta; ovvero, sarebbe costretta a produrla in misura minore, registrando così delle minusvalenze patrimoniali idonee a cagionarle un danno.

3. *Segue*: legittimazione al recesso e limiti all'autonomia statutaria

L'ipotesi legale di recesso *ad nutum*, previsto in caso di società senza termine finale, attribuisce ai soggetti legittimati al relativo esercizio (non solo, quindi, ai soci di minoranza, ma

⁹ Art. 2285 co.1 cod. civ. <<ogni socio può recedere dalla società quando questa è contratta a tempo indeterminato o per tutta la vita di uno dei soci>>.

¹⁰ Così C.CACCAVALE – F. MAGLIULO - F. TASSIANARI – M. MALTONI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, Collana diretta da Giancarlo Laurini, Milano, 2007, 27 ss.. Tra le altre, particolare rilievo dato dalla funzione informativa del capitale, al riguardo cfr. G.MARASA', *Le società, Società in generale*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica e P. Zatti (a cura di), Giuffrè, Milano, 2000, p. 169. Con riferimento, invece, alla funzione organizzativa del capitale sociale si veda tra gli altri C.ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (a cura di) vol. XVI, 1986, 245.

anche a quelli del gruppo di comando) uno *spatium operandi* decisamente più ampio e, secondo alcuni autori¹¹, anche indiscriminato.

La prospettazione di un forte impatto dei recessi a cascata sulla stabilità finanziaria della società ha costretto a disincentivare le ipotesi di fissazione di una durata a tempo indeterminato, in quanto si tratta di un'ipotesi del tutto peculiare che non si innesca solo a favore di quei soci di minoranza, che non sono più d'accordo con le scelte d'indirizzo sociale della maggioranza - magari, volta a riequilibrare quelle asimmetrie di potere all'interno della compagine sociale - ma si tratta di un diritto esercitabile da tutti i soci indistintamente, per il solo verificarsi del caso previsto dal legislatore, ovvero sia allorché la società si configuri *sine die*.

Il diritto di recesso, in generale, è previsto a favore della minoranza societaria, la quale non potendo imporre un diritto di veto sulle determinazioni sociali subisce le decisioni della maggioranza, che possono anche concretizzarsi in un vero e proprio abuso del diritto di voto¹². Ed è proprio, a tal fine, che il legislatore ha fornito uno strumento che, assieme ai diritti di *voice*, rappresenta la tutela minima per i soci di minoranza avverso quelle delibere assunte in violazione di quelle regole generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto sociale¹³, che si presentano - a tutti gli effetti - come ipotesi di abuso della maggioranza a danno della minoranza. Tuttavia, in tali circostanze il recesso non è esercitato in maniera indiscriminata, ma è astrattamente esercitabile solo allorquando vi sia una delibera avente ad oggetto scelte dallo stesso non condivise.

I soci dissenzienti, o quelli che <<non hanno concorso>> all'assunzione della delibera, non hanno la forza contrattuale tale da paralizzare la decisione, o l'attuazione della delibera assunta, ma hanno soltanto la capacità di inibire la medesima; in quanto, in virtù di una scelta fondata su valutazioni di mera opportunità, l'ente societario potrà decidere anche per la re-

¹¹ Tra tutti cfr. A. Bartolacelli, *Profili del recesso ad nutum nella società per azioni*, in *Contratto e Impresa*, 2004, 3, 1128 ss.

¹² Così, Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, 1, II, 86 <<La figura dell'abuso di potere rappresenta un limite al principio maggioritario vigente nel diritto societario, comprimendo l'esercizio del potere di maggioranza, quando è a esclusivo detrimento della minoranza. E', infatti, principio generale del nostro ordinamento, anche al di fuori del campo societario, quello di non abusare dei propri diritti; in diversi settori, il legislatore fa divieto di comportamenti che siano esclusivo frutto di intenti emulativi o di approfittamento conseguente ad una posizione di supremazia>>.

¹³ Il dovere di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., svolgono una funzione "integrativa" del contratto sociale <<tali norme sono applicabili ai rapporti tra maggioranza e minoranza e hanno funzione integrativa del contratto sociale, nel senso di imporre il rispetto di quegli equilibri di interessi che le parti avrebbero pattuito se avessero previsto tutti gli sviluppi dei loro rapporti futuri e li avessero disciplinati con un accordo ispirato al particolare modello di comportamento etico recepito dall'ordinamento societario>>, Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Foro Italiano*, Rep. 1996, voce *Società*, n. 559.

voca della delibera che ha legittimato il recesso, se quest'ultimo appare in concreto eccessivamente oneroso per la società stessa. Pertanto, anche la liquidazione dei soci receduti è eventuale, in quanto la revoca della delibera toglie efficacia al recesso, ancorché già esercitato. Dispone, al riguardo, l'art. 2437**bis** co. 3 cod. civ., che <<il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se, entro novanta giorni la società revoca la delibera che lo legittima>>. Alquanto discusso è il termine a far tempo dal quale la delibera possa essere poi revocata. Sembra prevalente, tuttavia, la tesi¹⁴ secondo la quale il *dies a quo* sarebbe coincidente con il momento del concreto esercizio del recesso.

Altro discorso è atto a valere per il recesso *ad nutum* previsto dall'art. 2285 cod. civ., che avrebbe luogo anche in presenza di una fissazione della durata che, sebbene non indeterminata, sia pari o travalichi, addirittura, la vita di uno dei soci.

La questione si presenta già delicata, nelle società di capitali, con riferimento al diritto di recesso *ad nutum* in presenza di una società la cui durata appare indeterminata, in quanto esso non rappresenta una forma di tutela per “alcuni” soltanto dei soci appartenenti alla compagine sociale, ma è, al contrario, un congegno posto a favore dell'intera compagine sociale, e ciò implica che “tutti” siano legittimati ad esercitare il recesso in caso di società senza durata.

¹⁴G.F.CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, Diritto delle società* 2, VII ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2009, 500; M. STELLA RICHTER, *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, in *Consiglio Nazionale del Notariato. Studi e materiali. Anno III*, Milano, 2004, 214; S. PESCATORE, *La società per azioni*, in *La riforma del diritto societario*, (a cura di) Buonocore, Torino, 2003, 116. Cfr., altresì, la massima del Comitato Triveneto dei Notai I.H.10, *Revocabilità della dichiarazione di recesso*, <<La dichiarazione di recesso è revocabile una volta pervenuta alla società. Il valore della partecipazione da liquidare deve essere effettuato con riferimento a detta data. Da tale momento inoltre decorrono: a) il termine per la liquidazione della partecipazione; b) il termine per adottare le eventuali delibere di revoca o di scioglimento>>.

*Contra*A.PACIELLO, *Art. 2436, Società di capitali*, in *Commentario*, (a cura) di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1119, secondo il quale il ripensamento della società, e, dunque, la revoca, potrebbe intervenire fino al momento della liquidazione della partecipazione al socio receduto, come momento ultimo in cui si conclude l'intera vicenda; A. BUSANI, *S.r.l., il nuovo ordinamento dopo il D.Lgs. 6/2003*, Milano, 2003, 375; V. SALAFIA, *Il recesso dei soci nelle società di capitali*, in *Società*, n. 4/2006, 417 ss., secondo il quale il *dies a quo* decorrebbe dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera che ha legittimato il recesso; V. DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum* G,F. Campobasso, Torino, 2006, III, 247, il quale afferma che la revoca della delibera possa ricorrere dalla scadenza del termine previsto per l'esercizio del diritto di recesso.

Emblematico è l'orientamento della dottrina al riguardo: il Comitato Triveneto dei notai, con la massima H.H.3, rubricata *Recesso e modifica della durata da determinata a indeterminata*, afferma che «nel caso di delibera che introduca la durata indeterminata della società...[...] ai soci è attribuito il diritto di recesso ai sensi del comma 3° dell'art. 2437 cod. civ. ...[...]. A ciò consegue che il diritto di recesso può essere esercitato in qualunque momento, anche dai soci che hanno concorso all'approvazione della delibera...[...]».

Ciò, a ben vedere, permette di qualificare tale recesso come una potenzialità dei soci con forte impatto negativo sulla società, la quale potrebbe giungere ad uno stato di patologia patrimoniale tale da costringere la medesima ad innescare un procedimento di scioglimento, previa messa in liquidazione dell'intera società. In tale caso, il recesso perderebbe efficacia ed i soci receduti, in fase di liquidazione, sarebbero rimborsati alla stregua dei soci non receduti, sempre in maniera postergata rispetto ai creditori sociali. Infatti, gli stessi, in tal momento, non avrebbero più diritto alla liquidazione della quota, ma diritto alla quota di liquidazione.

La gravosità di un diritto di recesso *ad nutum* come quello menzionato permette di intuire che la volontà del legislatore è volta a restringere l'ambito di applicazione del diritto di recesso *de quo*, evitando un situazione di *default* alla società che deve rimborsare (*rectius*: liquidare) i soci receduti, a seguito di una mera istanza da parte degli stessi. Stante tale esigenza, appare solare la ragione per la quale non sembra possibile estendere un'ulteriore causa di recesso *ad nutum*, come quella contemplata dall'art. 2285 cod. civ. sopradetta, anche alle società di capitali, nelle quali il fattore patrimoniale appare di importante rilievo e la cui integrità ha necessità di essere preservata anche da recessi *cd. liberi*.

4. Eventuale prospettazione di un'interpretazione analogica dell'art. 2285 c.c.

Il recesso *ex art. 2437 co. 2 cod. civ.* in realtà è un recesso libero, senza giusta causa, in quanto la ragione per la quale è previsto sconta una legittimazione a monte.

Il legislatore ha ritenuto ammissibile l'ipotesi di inserimento a maggioranza di una durata a tempo indeterminato della società, garantendo però il recesso a vantaggio di tutti i soci, af-

finché essi non rimangano “prigionieri” all’interno della società, ma siano messi – al contrario - in condizione di disinvestire la propria partecipazione in qualsiasi momento.

Da una lettura attenta della predetta norma, non sembra emergere alcun riferimento all’ipotesi di recesso per il caso di durata della società che ecceda la vita di uno, o più, dei soci. Il legislatore è chiaro nell’affermare che, nelle società di capitali, il recesso senza necessità di una giusta causa può avere valenza solo allorquando la società sia *sine die*, sin dall’inizio o anche a seguito di una modifica statutaria.

Questo, infatti, è l’unico caso contemplato dalla legge per tale categoria di società.

Il riferimento alla durata determinata, ma ultra vitalizia si rinviene nell’ordinamento societario solo in materia di società di persone all’art. 2285 co. 1 cod. civ., norma per la quale non solo i soci possono recedere *ad nutum* in caso di società contratta a tempo indeterminato, ma possono farlo anche quando la durata sia fissata *per tutta la vita di uno dei soci*.

Dunque, da un’interpretazione meramente letterale e comparatistica, e forse anche superficiale, a parer nostro, potrebbe concludersi - in maniera probabilmente eccessivamente semplicistica - che l’ipotesi di cui all’art. 2285 co. 1 e quella dell’art. 2437 co. 2 cod. civ. non possono “evidentemente” sovrapporsi.

Tuttavia, si ritiene che l’analisi appaia molto più complessa rispetto a quella appena prospettata, in quanto occorre analizzare non solo le peculiarità delle due discipline, ma anche la *ratio* del recesso, per entrambe le disposizioni.

La giurisprudenza di merito ha posto la propria attenzione su un dato notorio che è quello della diversità ontologica delle società di persone rispetto alle società di capitali¹⁵. Nelle società di persone, la disciplina del capitale sociale è meno rigorosa, non vi sono norme volte alla tutela dell’effettività e dell’integrità dello stesso ed, inoltre, la possibilità di disinvestire (*rectius*: trasferire) le proprie partecipazioni appare del tutto frustrata dalla circostanza che per l’entrata di soggetti terzi in società occorre una modifica dell’intero contratto sociale (*rectius*: dei patti sociali), in quanto si tratta di una partecipazione caratterizzata fortemente dalla componente personalistica, e non è sufficiente un mero atto di cessione, come avviene per le società di capitali.

Per tale ragione, l’esigenza di una più flessibile dismissione della partecipazione sociale è maggiormente avvertita nelle società di persone. Inoltre, se non fosse previsto tale procedi-

¹⁵ cfr. Tribunale di Napoli, VII sez. civ., 10 dicembre 2008, cit.

mento si avrebbe una violazione di quel principio secondo il quale non è ammessa nel nostro ordinamento la perpetuità dei vincoli¹⁶.

Nelle società di capitali, invece, allargare le ipotesi di recesso oltremodo avrebbe dei riverberi sul capitale sociale, la cui integrità è salvaguardata dalla relativa ed attenta disciplina, che detta le regole finalizzate al suo mantenimento (es. artt. 2446 e 2447 cod. civ., in materia di riduzione per perdite). Inoltre, secondo alcuni autori¹⁷ la durata a tempo indeterminato ben si concilierebbe con la struttura che è connaturale alle società di capitali, le quali potrebbero pianificare, con maggiore efficienza, la propria attività dal punto di vista finanziario.

Tuttavia, un'ottimizzazione dei capitali, in un'ottica di lungo periodo, non permette da parte della società di accogliere di buon grado delle istanze di recesso che costringano l'ente ad attingere alle proprie risorse finanziarie, frustrando, in tal modo, le proprie prospettive imprenditoriali. Questa, appena prospettata, è, tuttavia, solo una delle ragioni per le quali non si vuole ampliare l'ambito di operatività del recesso, stante l'incidenza dello stesso sulla stabilità finanziaria della società.

Ciò ha indotto le società a propendere per una durata a tempo determinato, sebbene fissata per tutta la vita di uno o più soci.

Stante i numerosi dubbi interpretativi generati da tale prassi, ci si è più volte interrogati sull'eventuale estensione analogica della disciplina *ex art.* 2285 co. 1 cod. civ. alle società di capitali.

L'orientamento della giurisprudenza di merito, già richiamato, a tale riguardo, ha sottolineato che l'interesse della società al mantenimento della propria stabilità patrimoniale non può che prevalere sull'interesse dei singoli soci all'aspirazione (*melius*: diritto) di uscire dalla società "liberamente" e che non può applicarsi alle società di capitali una norma che ha una propria valenza soltanto all'interno delle società di persone.

Pertanto, mancando un *eadem ratio* che accomuni le società di persone a quelle di capitali, in ambito di recesso *ad nutum*, non sembra possibile estendere la disciplina prevista per la prima a favore della seconda.

¹⁶ v. N. ABRIANI, nota a Trib. Cassino, 4 ottobre 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 669; L.GENGHINI – S.SIMONETTI <<Si tratta di una norma inderogabile, in quanto costituisce applicazione del principio generale secondo cui non sono ammessi vincoli contrattuali perpetui>>; così anche V.BUONOCORE-G.CASTELLANO-R.COSTI, *Società di persone*, in *Casi e Materiali*, Milano, 1978, 1095.

¹⁷ Cfr. D. GALLETTI, *Art. 2437 (Diritto di recesso)*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, II, 1518.

Del resto, non trascurabile è anche il dato per il quale l'art. 2285 cod. civ., avendo portata eccezionale, sarebbe insuscettibile di interpretazione analogica.

Un'osservazione appare, a nostro avviso, però necessaria: se l'indeterminatezza del termine rappresenta un dato "oggettivo", nel senso che in presenza di una società a tempo indeterminato questa si presenterà per qualsiasi soggetto come una società *sine die*; può affermarsi, altresì, che una società, la cui durata - sebbene a tempo determinato - sia pari alla vita di un socio, o addirittura travalichi la medesima, si presenterà con un requisito di indeterminatezza di natura soggettiva. Ciò in quanto per il socio, la cui vita funge da punto di riferimento per la durata del sodalizio, la società si presenterà indeterminata allo stesso modo.

Tale evidenza permette di far emergere l'imprescindibile sovrapposizione "soggettiva" delle ipotesi, in quanto il socio in entrambi i casi resterà prigioniero della società a causa della misura della durata della stessa.

5. Parziale equiparazione tra società di persone e società di capitali

Un orientamento recentissimo sembrerebbe, infatti, aver sovvertito l'orientamento giurisprudenziale precedente¹⁸, anche se solo con riferimento alle s.r.l.

Al riguardo, la Cassazione ha affermato che «di fronte a una durata della società fissata in epoca lontana e tale da oltrepassare qualsiasi orizzonte previsionale, non solo della persona fisica ma anche di un soggetto collettivo, sussistano le stesse ragioni che hanno indotto il le-

¹⁸Così, Tribunale di Terni, 28 giugno 2010 «l'esercizio del diritto di recesso da parte del socio di società a responsabilità limitata è consentito esclusivamente nei casi in cui l'atto costitutivo non preveda alcuna durata, senza equiparare a tale ipotesi quella di società con durata determinata sebbene molto lunga».

gislatore ad attribuire il diritto di recesso nelle società contratte a tempo indeterminato¹⁹>>. La sentenza della Suprema Corte parte dalla considerazione che la s.r.l., essendo caratterizzata da una particolare centralità che riveste la persona del socio all'interno del sodalizio, può essere assimilabile alle società a base personalistica; di tal che, ricorrerebbe una *eadem ratio* anche per ciò che attiene al recesso *ad nutum*.

La logica sottesa sarebbe individuabile sempre in quella particolare tutela riconosciuta ai soci di minoranza di disinvestire la propria partecipazione, allorquando i soci di maggioranza abbiano deciso di protrarre “*sine die*”, o in virtù di una durata che esprima un' indeterminazione soggettiva, il progetto sociale.

Infatti, la Cassazione è chiara nell'affermare che laddove la durata sia fissata in una data lontana nel tempo questa equivale a mancata determinazione del termine di durata del sodalizio e, dunque, è da considerarsi alla stregua di una durata indeterminata.

L'equiparazione tra le due ipotesi, secondo la Corte si evincerebbe con maggior rigore, laddove la fissazione di una data “quasi” indeterminata non sia giustificata da un progetto imprenditoriale né ricollegabile alla natura dell'oggetto sociale.

Anche un orientamento della giurisprudenza di merito, che aveva anticipato la pronuncia della Cassazione, si era espresso in tale direzione, affermando che <<nell'ipotesi in cui il termine di durata di una società a responsabilità limitata, previsto dall'atto costitutivo, sia superiore alla normale durata della vita umana, la società debba considerarsi come contratta a tempo indeterminato, con conseguente facoltà, per i soci, di recedere “ad nutum”²⁰>>.

6. Conclusioni

Può affermarsi, alla luce delle considerazioni svolte finora, che per lungo tempo la tesi della dottrina e della giurisprudenza di merito ha prevalso, esprimendo un chiaro orientamento relativo ad una naturale incompatibilità parziale della fattispecie di recesso di cui

¹⁹Cass. civ., Sez. I, 22 aprile 2013, n. 9662.

²⁰Tribunale di Roma, 19 maggio 2009, in *Foro Italiano*, 2010, 12, 3567.

all'art. 2437 co. 3 cod. civ. (art. 2473 co. 2 cod. civ.) e quella prevista dall'art. 2285 co. 1 cod. civ.

In particolare, di tale teoria si possono evidenziare tre punti chiave:

- le società di persone e le società di capitali fondano il loro diritto di recesso *ad nutum* in virtù di una diversa *ratio*, la quale è espressione di una diversità ontologica delle categorie societarie alle quali ci si riferisce, e ciò determina una non perfetta sovrapposizione delle norme relative al recesso *de quo*;

- l'interesse della società alla stabilità finanziaria prevale sull'interesse all'*exit* del socio, ritornando così ad una visione, che era prevalente *ante* riforma, tradizionalmente istituzionalistica²¹ delle società (non contrattualistica²², secondo l'orientamento, invece, più moderno);

- data la tutela relativa all'integrità del capitale sociale, l'unico modo che esiste per salvaguardare la stabilità finanziaria della società è quella per la quale la volontà di disinvestimento

²¹ La teoria istituzionalistica – sorta in Germania dopo la prima guerra mondiale e, poi, diffusa anche in Italia – permette di collocare l'interesse della società in una posizione di supremazia rispetto a quello dei soci, che appare al contrario subordinato e marginale. Ciò in ragione di una visione (ispirata a logiche fasciste) dell'impresa – anche in forma societaria – rivolta all'efficienza e alla produttività nazionale, come valore supremo. Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. IV, Padova, 2010, 215, secondo il quale «L'interesse dell' "impresa in sé" viene presentato come un interesse superiore, transcendendo l'interesse di tutti i soci, compresi fra questi gli stessi soci di maggioranza»». Pertanto, aderire alla tesi istituzionalistica ha permesso di inquadrare l'abuso del potere di maggioranza come particolare espressione della fattispecie di eccesso (o sviamento) di potere configurabile nell'ipotesi di atto amministrativo. In tal senso, anche la giurisprudenza, al riguardo cfr. Cass., 20 giugno 1958, n. 2148, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1, 204; Cass., 25 ottobre 1958, n. 3471, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 1, 869 «L'ente societario si pone non come punto di riferimento di una comunione di interessi di cui sono soggetti i soci e soltanto i soci, sibbene come la personificazione di un interesse superiore distinto come tale da quello dei singoli soci, oggetto come tale di una autonoma tutela giuridica»»

²²La concezione contrattualistica della società si fonda sull'autonomia statutaria e sull'art. 2247 cod. civ. che evidenzia quale meccanismo genetico proprio l'aspetto contrattualistico. Ciò si evincerebbe anche nella fase patologica, allorché si violino le regole di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto sociale, si v. Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387 in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, 1, II, 86, con nota di G. Frisoli, *La clausola generale della buona fede in ambito societario*.

Sulla critica alla teoria istituzionalistica e all'eccesso di potere si veda A. PASQUINO, *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, in *L'eccezione di dolo generale*, (a cura di) L. Garofalo, Padova, 2006, 329. Relativamente alle prime riflessioni sul tema dell'eccesso di potere cfr. F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1926, I, 178 ss..

passi attraverso l'alienazione delle partecipazioni, che non incide sul capitale sociale, e non, invece, per il recesso.

Tuttavia, non ci si può esimere dall'osservare che, sebbene il citato orientamento, ha separato nettamente, nell'analisi della questione, le società di persone da quelle di capitali, gli orientamenti più recenti - sopra citati - sovrappongono perfettamente le ipotesi di recesso *ad nutum* ex art. 2285 cod. civ. e quella *ex art.* 2473 co. 2 cod. civ. , in materia di s.r.l.. Dunque, in tal modo, limitando l'equiparazione delle fattispecie solo con riferimento alla società a responsabilità limitata, riconoscendo valore al riscatto dalla società per azioni che tale tipo sociale ha avuto a seguito della riforma del diritto societario, ed evidenziando così il suo tratto personalistico che spesso permette di connetterla normativamente alle società di persone per medesima logica giuridica.

Dunque, le conclusioni a cui è giunta la Cassazione sembrano, a parere di chi scrive, decisamente più condivisibili, in quanto la tesi precedente non è stata in grado di spiegare la diversità delle ipotesi: ovverosia, il profilo meramente oggettivo e quello, assolutamente, soggettivo.

Del resto, l'aspetto volontaristico della vicenda sociale non può non rilevare nell'analisi della disciplina. Ciò, a ben vedere, è comprensibile in quanto il soggetto che intende investire in un determinato contesto societario deve poter valutare l'opportunità dell'investimento in prospettiva, analizzando *a priori* anche le possibilità di uscita dal sodalizio. Se le ipotesi di disinvestimento si riducono in presenza di dati rilevanti per il socio, quale può essere uno scioglimento rinviato a dopo la vita del socio stesso, l'interesse a partecipare all'ente societario può diventare nullo. Tale certezza deriva dalla circostanza che il socio è consapevole che, dato il principio per il quale il rimborso del conferimento non può avvenire se non nel momento in cui avviene lo scioglimento della società, egli potrà disinvestire la propria partecipazione solo attraverso un atto di cessione, divenendo nel frattempo "prigioniero" delle dinamiche societarie.

Si rilevi, poi, che la società a responsabilità limitata, essendo una società "chiusa" al mercato - a differenza, ad esempio, delle società quotate - offre minori possibilità di disinvestimento, con ciò determinando una distanza netta, in tal senso, dalla società per azioni. Questo appare sufficiente a giustificare la scelta della Cassazione in controtendenza rispetto al precedente orientamento, che poneva le società di capitali - con riferimento al recesso ad *nu-*

tum de quo – sullo stesso piano senza cogliere, in alcun modo, quelle differenze che, invece, si palesano in maniera chiara ed appaiono estremamente tangibili, se si osserva il diritto delle società di capitali in maniera particolarmente analitica.