

RDS



Rivista di **DIRITTO**
SOCIETARIO

**Interno, Internazionale
Comunitario e Comparato**

Estratto

Rivista trimestrale - 4/2012



G. Giappichelli Editore – Torino

Contratto di società e recesso: breve chicane attorno all'oggetto sociale [*]

Massimo Bianca

SOMMARIO: 1. Contratto di società e recesso: un equilibrio difficile. – 2. Modifica del contratto sociale e recesso del socio. – 3. Mutamenti dell'oggetto sociale e recesso del socio.

1. Contratto di società e recesso: un equilibrio difficile. – Il recesso dai negozi associativi con comunione di scopo [1], pur non incontrando limiti nell'art. 1373, scongiurati dalla durata del vincolo negoziale [2], si distingue dal recesso dai contratti di scambio in ragione della molteplicità d'interessi coinvolti e delle conseguenze che ne derivano per l'organizzazione comune che, specie se non persegua finalità di natura ideale [3], potrebbe essere compromessa dal venir meno della partecipazione dell'associato.

A ragione di ciò il recesso da tali negozi è spesso tributario di un'apposita regolazione la cui complessità, crescendo di pari passo con quella delle strutture cui è destinata ad applicarsi, finisce per rendere problematici gli stessi rapporti correnti con l'autonomia privata.

I dubbi che ne derivano prescindono dalle finalità perseguite dal negozio associativo, tanto che, ad esempio, è discussa la possibilità di convenire un recesso *ad nutum* dalle associazioni costituite a tempo determinato [4], ma si fanno di certo ancor più stringenti in relazione ai contratti associativi finalizzati all'esercizio di un'attività imprenditoriale [5], dove le ragioni dell'impresa, la cui sopravvivenza dipende dal permanere dell'organizzazione comune così costituita, potrebbero essere messe a repentaglio dall'abbandono dell'iniziativa da parte di uno o più dei suoi partecipanti [6].



[*] Il presente saggio riprende, con alcune variazioni, un analogo contributo destinato agli "Studi in onore di Giovanni Gabrielli".

[1] In merito a tale categoria di negozi, non necessariamente anche plurilaterali, si vedano, ad esempio: FERRO LUZZI, *I contratti associativi* (Milano, 1971), *passim*; GALGANO, "Delle associazioni non riconosciute e dei comitati", in *Commentario Scialoja-Branca* (Bologna, 1976), 11.

[2] Si veda GABRIELLI, *Vincolo contrattuale recesso unilaterale* (Milano, 1985), 107.

[3] In questi stessi termini, tra i tanti, anche TOFFOLETTO, "L'autonomia privata e i suoi limiti nel recesso convenzionale del socio di società di capitali", *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 347.

[4] Per eventuali approfondimenti si vedano, *ex multis*: GABRIELLI (*supra*, n. 2), 116; GALGANO, "Delle persone giuridiche", in *Commentario Scialoja-Branca* (Bologna, 1969), 216; MAFERIA, "Esclusione e recesso nelle associazioni non riconosciute", in DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione dei contratti* (Milano, 1994), 15. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che, pur in presenza di un termine di durata dell'associazione, il recesso *ad nutum* sarebbe comunque legittimo allorché l'ente perseguisse finalità ideali o politiche, a differenza di quel che accadrebbe qualora queste fossero solo economiche, nel qual caso la limitazione del diritto di recesso rientrerebbe nell'autonomia delle parti: Cass., 4 giugno 1998, n. 5476, *Giur. it.*, 1999, 488.

[5] Per un elenco di tali figure negoziali, cui andrebbe oggi però perlomeno aggiunto il "contratto di rete" regolato dall'art. 3, comma 4-ter, della legge n. 33/2009, si veda CETRA, *L'impresa collettiva non societaria* (Torino, 2003), *passim*.

[6] Ciò spiega la costante attenzione prestata dal legislatore, essendo davvero rari i negozi associativi nei quali il re-

La sintesi di siffatti interessi, già difficile in relazione ai negozi attinenti a singole fasi dell'attività di imprese pur sempre distinte, quali il contratto di consorzio o il recente contratto di rete [7], diviene ancor più complessa in relazione al contratto di società, dove, com'è universalmente noto [8], non è certo semplice trovare un efficiente punto di equilibrio tra le tendenze centrifughe di chi vorrebbe poterne recedere quanto più possibile liberamente e le opposte tendenze centripete di chi, ad iniziare dalla stessa società, vorrebbe quanto più possibile evitarlo.

Il nostro diritto societario si occupa ampiamente del tema, destinatario di una disciplina che, quasi del tutto autonoma da quella comune [9], accorda all'autonomia privata degli spazi che variano con il procedere dei tipi societari: ampi nelle società di persone ed ancora alquanto estesi nella s.r.l., questi si riducono decisamente nella s.p.a. e, soprattutto, nelle s.p.a. aperte e quotate, la cui rigidità strutturale mal si concilia con una regolazione negoziale del recesso.

I rapporti con l'autonomia privata riguardano vari aspetti della disciplina, quali ad esempio i termini e le modalità di esercizio del recesso o i criteri di liquidazione della partecipazione sociale, ma è chiaro che l'attenzione finisce prima di tutto per focalizzarsi sulla stessa possibilità di aggiungere ai casi già previsti dalla legge delle ulteriori ipotesi di recesso convenzionale.

In quali società consentirlo ed in quali ambiti accordarlo?

Il tema, qui solo accennato, è noto così come lo sono i rischi impliciti in ogni soluzione normativa che si limitasse a sacrificare indiscriminatamente un interesse in favore dell'altro.

Passando brevemente in rassegna i principali argomenti addotti a suffragio delle due opposte tendenze più sopra ricordate, è appena il caso di rammentare che il più celebrato tra quelli addotti a favore di una forte compressione del recesso convenzionale risiede nella preoccupazione che la società possa essere tanto compromessa dalla necessità di provvedere alla liquidazione della quota del socio recedente da andare incontro al suo scioglimento [10].

La possibilità che lo scioglimento del singolo rapporto possa comportare lo scioglimento dell'intera società riguarda tutti i tipi sociali.

Quanto alle società di persone, l'eventualità è considerata nell'art. 2270, secondo comma,

cesso non sia fatto oggetto di apposita disciplina; tra questi il contratto di associazione in partecipazione, non rivedendosi negli artt. 2549 e seguenti c.c. alcuna norma che vi faccia espresso riferimento. Quanto, però, alla possibilità ed agli effetti del recesso si veda DE FERRA, "Associazione in partecipazione", in *Commentario Scialoja-Branca* (Bologna, 1973), 26.

[7] Sul quale, specie per quel che attiene alla sua natura di negozio associativo, si veda MOSCO, "Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete", *Giur. comm.*, 2010, I, 839.

[8] La questione finisce inevitabilmente per essere ricondotta alla nota contrapposizione tra i soci di maggioranza e minoranza, tanto da essere spesso trattata parallelamente a quella riguardante i contigui diritti di *voice* da questi ultimi esercitabili. Nell'obiettivo impossibilità di dare conto dei tantissimi studi editi in materia, si preferisce fare riferimento, per la letteratura giuridica anglofona, alla nota ricerca condotta da A. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty* (Harvard, 1970), *passim*, recentemente ripresa, stavolta però in un'ottica comparatistica europea comprendente, oltre al diritto dell'Unione Europea, anche l'Olanda, la Germania, l'Inghilterra ed il Galles, da P.P. VRIES, *Exit rights of minority shareholders in a private limited company* (Groningen, 2010), *passim*. Per il diritto tedesco si veda anche B. GRUNEWALD, *Gesellschaftsrecht* (VII ed., Tubingen, 2008), 452.

[9] Sul punto si veda GALLETTI, "Sulle forme e sulle modalità della dichiarazione di recesso nelle società di capitali", *Giur. comm.*, 1999, II, 245. Secondo TOFFOLETTO (*supra*, n. 3), 352, il maggior punto di contatto tra le due discipline andrebbe individuato nella previsione di un recesso determinativo dalle società di capitali a tempo indeterminato. La questione assume specifico rilievo soprattutto in relazione alla s.r.l., dove, demandandosi, allo statuto il compito di "determinare) quando il socio possa recedere", potrebbe porsi il problema dell'integrazione di un'inespressa volontà contrattuale ad opera della legge che, in tal caso, andrebbe individuata nella più completa disciplina dettata dal Libro Quinto per la s.p.a.: così ZANARONE, "Della società a responsabilità limitata", in *Commentario Schlesinger* (Milano, 2010), I, 808.

[10] Il tema è ampiamente trattato dalla dottrina giuscommerciale, per tutti: DI CATALDO, "Il recesso del socio di società per azioni", in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso (Torino, 2006), 213.

che, seppur in relazione alla sola particolare ipotesi colà prevista, dà facoltà agli altri soci di decidere, in luogo della liquidazione della singola partecipazione, lo scioglimento e la liquidazione dell'intera società.

Quanto alle società di capitali, lo scioglimento dell'intera società è espressamente contemplato per la s.p.a. dall'art. 2437-*quater*, sesto comma, e per la s.r.l. dall'art. 2473, quarto comma; ad ogni buon conto è bene ricordare che tale epilogo potrebbe aver luogo solo una volta esaurite le innovative procedure di ricollocazione della partecipazione lì rispettivamente previste per la sua liquidazione.

Alla anzidetta ragione, tutto sommato endogena in quanto riguardante le sole parti del contratto di società, se ne aggiunge un'ulteriore, concernente, stavolta, i diritti dei terzi creditori, per i quali la liquidazione della quota del socio recedente potrebbe ripercuotersi, specie nelle società di capitali, anche sull'effettiva possibilità di esazione dei loro crediti [11].

Sull'opposto versante, il principale argomento addotto a sostegno di una più ampia previsione del diritto di recesso fa leva sulla possibilità che questo, percepito dall'aspirante socio come una forma di dismissione dell'investimento alternativa alla cessione, possa giocare in favore della sua stessa precedente partecipazione al contratto sociale. A tale proposito va infatti ricordato che la possibilità di farvi ricorso potrebbe assumere rilievo nei casi in cui per il socio non fosse possibile una diversa forma di smobilizzo, si pensi alle società nelle quali vigessero limiti al trasferimento della partecipazione, ovvero tale smobilizzo potesse avvenire solo a condizioni meno convenienti di quelle conseguibili attraverso il recesso, così come spesso accade all'atto della vendita di partecipazioni di modesta entità non negoziate in mercati regolamentati [12].

Tale argomento, comunque via via meno convincente con il progredire dei tipi societari, tanto da essere pressoché irrilevante in relazione alle s.p.a. aperte, non va però sopravvalutato: a tal proposito si è infatti condivisibilmente evidenziato che se per un verso l'ampliamento convenzionale del recesso a casi non previsti dalla legge potrebbe essere oggetto di positiva valutazione da parte dei soci assuntori di modeste partecipazioni, per l'altro verso questo potrebbe destare preoccupazione negli altri soci, comprensibilmente restii ad eseguire cospicui investimenti in imprese la cui conduzione strategica – si pensi all'opportunità di seguire l'andamento del settore deliberando un utile cambiamento dell'oggetto sociale o di favorire la penetrazione in nuovi mercati attraverso un trasferimento della sede all'estero – potrebbe essere negativamente influenzata dall'esigenza di non dare corso a scelte suscettibili di legittimare il subitaneo recesso dei soci di minoranza [13].

[11] In passato tale preoccupazione veniva spesso valorizzata da parte della giurisprudenza a suffragio di un'interpretazione assai restrittiva dell'art. 2437 e, quindi, a giustificazione del rifiuto di omologazione di statuti prevedenti dei casi di recesso più ampi rispetto a quelli stabiliti dalla medesima disposizione: App. Milano, 12 marzo 2002, *Giur. it.*, 2002, 2103.

[12] Nel testo il termine *exit* viene utilizzato per identificare ogni modalità di smobilizzo della partecipazione e, quindi tanto in relazione al vero e proprio recesso, quanto in relazione alla cessione della partecipazione sociale. Sul punto P.P. VRIERS (*supra*, n. 8), 5.

[13] I costi complessivamente connessi al recesso, tra i quali non sono quelli conseguenti alla liquidazione della quota ma, prima ancora, quelli generabili dall'elevata conflittualità che ne accompagna in genere l'utilizzo, sono ben evidenziati, ad esempio, da: P. TRIMARCHI, "Transfert uncertainty and the cost of disruption", *International Review of Law and Economics*, 23, 2003, 49; P.P. VRIERS (*supra*, n. 8), 6.

2. Modifica del contratto sociale e recesso del socio. – I principi plutocratici governanti le società di capitali fanno sì che, a differenza di quel che accade nelle società di persone, dove ogni modificazione del contratto sociale presuppone di norma, così come nella generalità dei contratti, il consenso di tutte le parti, nella s.p.a. e nella s.r.l. i soci detentori della maggioranza del capitale possano imporre a quelli di minoranza ogni propria decisione, finanche quelle riguardanti la modificazione dell'atto costitutivo.

Tale regola, per quanto temperata dalla necessità di far precedere la decisione da un formale confronto dialettico, finisce per riconoscere al socio di maggioranza un così incisivo “potere di modifica del contratto” [14] che questo, per non far venire meno ogni interesse all'investimento da parte dei sottoscrittori di modeste frazioni del capitale sociale, deve trovare bilanciamento nell'attribuzione in loro favore di un contrapposto “potere di recesso” [15].

Posto che l'individuazione di un efficiente punto di equilibrio tra gli anzidetti poteri è tanto complessa da non potere essere affidata all'autonomia privata, verosimilmente già dappprincipio alterabile dalle diverse forze espresse in sede di trattativa, è ricorrente l'idea che la legge debba farsi carico di tale compito assicurando ai soci di minoranza uno standard minimo di tutela non suscettibile di negoziazione; tutti gli ordinamenti di diritto societario convergono da tempo in questa direzione, consentendo il recesso del socio solo in presenza di quelle modificazioni del contratto sociale che potrebbero più fortemente incidere sull'assetto d'interessi e sulle finalità dell'investimento da questi apprezzati all'atto dell'assunzione della partecipazione.

Dal punto di vista strutturale le modificazioni del contratto sociale capaci di assumere tale rilievo possono essere raggruppate in tre categorie omogenee.

La prima comprende i cambiamenti suscettibili di determinare la variazione del contesto normativo di riferimento: si pensi, ad esempio, alle profonde conseguenze derivanti dal mutamento del tipo sociale o dal trasferimento della sede sociale all'estero [16].

La seconda concerne i cambiamenti che dal punto di vista più strettamente contrattuale potrebbero maggiormente incidere sui rapporti tra i soci: si pensi, sempre a titolo d'esempio, alla modificazione, diretta o indiretta, dei diritti di voto o dei diritti di partecipazione agli utili.

La terza riguarda l'attività d'impresa esercitata attraverso la società e, quindi, il cambiamento del suo oggetto sociale.

Ognuna delle tre categorie è stata interessata dalla riforma societaria dello scorso decennio, ma non è troppo azzardato ipotizzare che le più grandi novità abbiano riguardato soprattutto il rapporto corrente tra oggetto sociale e recesso.

In precedenza, è appena il caso di ricordarlo, l'art. 2437 c.c. si limitava a prevedere che nella s.p.a., ma la norma era espressamente richiamata anche per la s.r.l., avessero diritto di recedere i soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il “cambiamento dell'oggetto della società”.

Tale locuzione, tanto rigida da non lasciare apparentemente spazio ad alcuna diversa interpretazione se non, forse, quella concernente la possibilità di non reputare variato – sì da escludere che ciò possa legittimare il recesso del socio – un oggetto sociale solo ampliato o ristretto [17], è

[14] In ordine a siffatto “potere” si veda TANTINI, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni* (Padova, 1973), 158.

[15] In giurisprudenza è in effetti frequente l'affermazione che il recesso fungerebbe, per appunto, da contrappeso al principio maggioritario: per tutte Cass., 8 novembre 2005, n. 21641, *Riv. dir. comm.*, 2005, III, 279.

[16] Sul punto BENEDETTELLI, “Il trasferimento della sede sociale all'estero”, *Riv. soc.*, 2010, 1251.

[17] Il tema fu ampiamente trattato in vigore dell'originaria disciplina codicistica, soprattutto in ragione del fatto che, mente la giurisprudenza appariva generalmente incline ad un'applicazione particolarmente rigorosa della norma (si veda per tutte la notissima Cass., 29 ottobre 1971, n. 3050, *Foro it.*, 1972, I, 2604), la dottrina ne postulava una più sostanziali-

oggi sostituita da norme tanto elastiche da essere generalmente considerate delle vere e proprie clausole generali di diritto societario [18].

Un primo esempio è rinvenibile nell'art. 2437 che nella sua nuova formulazione consente all'azionista di recedere solo quando la modifica dell'oggetto sociale consenta un cambiamento "significativo" dell'attività della società.

Un secondo esempio può trarsi dall'art. 2473 che, pur stabilendo una generale facoltà di recesso in favore del quotista che non abbia prestato consenso alla formale modifica dell'oggetto sociale, sicché ogni delibera di modifica parrebbe legittimarlo [19], riconosce il medesimo diritto anche al socio che, espressosi ai sensi dell'art. 2479, non abbia acconsentito al compimento di operazioni che, di fatto, lo abbiano comunque "sostanzialmente" modificato.

Infine, l'art. 2497-*quater* consente il recesso dalle società soggette alla direzione e coordinamento di un'altra società ogni qualvolta quest'ultima abbia cambiato il proprio oggetto sociale consentendo l'esercizio di un'attività che "alteri in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali" della società eterodiretta.

Prescindendo, quanto a quest'ultima ipotesi, dalle pur interessanti considerazioni d'ordine sistematico ispirate dal constare che in essa il recesso è legittimato dalla modifica di un contratto diverso da quello in relazione al quale il diritto è esercitato, nel successivo paragrafo ci si intratterrà brevemente sui rapporti correnti tra le tre diverse clausole generali di diritto societario [20] utilizzate dal legislatore per stabilire quando la modifica intercorsa possa legittimare il recesso del socio.

3. Mutamenti dell'oggetto sociale e recesso del socio. – Stante il tema proposto, è bene iniziare col ricordare che, proprio perché si tratta di clausole generali, sarebbe evidentemente inutile provare a stabilire a priori ed una volta per tutte quando un'attività d'impresa possa rispettivamente dirsi "significativamente" o "sostanzialmente" cambiata e quando siffatti cambiamenti siano tali da comportare l'esercizio di un'attività tanto diversa dalla precedente da alterare "sensibilmente" anche le condizioni economiche e patrimoniali delle società eterodirette.

Al contrario, può essere proficuo indagare brevemente se alle diverse scelte lessicali con cui il legislatore ha inteso esprimere le sue opzioni corrispondano poi, dal punto di vista applicativo, delle concrete differenze.

A tale proposito è bene rammentare che ciascuno dei tre avverbi appena ricordati ha molteplici significati, non sempre coincidenti.

Il primo, "significativamente", esprime la misura della variazione e cioè, dato un determinato oggetto sociale, che determinato deve per appunto essere per volontà di legge, quale sia

stica: sul punto si rinvia, anche per le ampie citazioni, a GRIPPO, "Il recesso del socio", in *Trattato Colombo-Portale* (Torino, 1993), 6*, 133.

[18] Costruzione sistematica oramai alquanto ricorrente in dottrina ed efficacemente sintetizzata sia da DENOZZA, "Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale", sia da LIBERTINI, "Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive", entrambi consultabili all'indirizzo www.orizzontideldirittocommerciale.it

[19] Va peraltro detto che ad onor del vero in dottrina sono state avanzate in proposito due diverse soluzioni: d'un lato quella, sostenuta ad esempio da ZANARONE (supra, n. 9), 789, secondo la quale, stante il tenore letterale della norma, ogni modifica legittimerebbe il recesso del socio; dall'altro quella, sostenuta tra gli altri da STELLA RICHTER jr., "Diritto di recesso e autonomia statutaria", *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 405, ad avviso della quale il recesso sarebbe legittimato dalle sole modificazioni che siano, come nella s.p.a., significative.

[20] Sul ruolo delle clausole nel diritto societario si veda soprattutto GAMBÀ, *Diritto societario e ruolo del giudice* (Padova, 2008), *passim*.

l'ampiezza della modificazione in esso intervenuta. Per quanto l'avverbio *evochi*, nel linguaggio corrente, una valutazione connotata da una certa soggettività – sarebbe infatti facile aggiungere che ciò che ha significato per qualcuno potrebbe non averlo per qualcun altro – va escluso che tale apprezzamento possa variare da socio a socio, come se un cambiamento dell'oggetto sociale significativo per uno possa non esserlo per altri: in linea di principio, fatta al più eccezione per il solo caso in cui vi fossero soci possessori di azioni correlate più significativamente interessati dalla modificazione, si tratta di una valutazione da condursi tenendo esclusivamente conto delle caratteristiche della diversa attività economica prevista attraverso la modifica e del corrispondente gradiente di rischio.

Semmai, sarebbe da chiedersi cosa accada nel caso in cui una consecuzione di modeste modifiche, ciascuna tale da non legittimare un recesso, porti nel complesso ad una modifica significativa (si pensi ad una modifica complessiva che attraverso più modifiche successive espandesse l'originaria area dell'attività sociale, riguardante la produzione di stoviglie, aggiungendo ad essa delle altre attività consecutivamente finite, prima la produzione di suppellettili, poi di complementi d'arredo ed infine di lampade) che se operata attraverso un più subitaneo passaggio (si pensi ad una modifica che aggiungesse all'originaria attività, riguardante sempre la produzione di stoviglie, la produzione di lampadari) lo avrebbe invece legittimato: l'ipotesi potrebbe configurare una sorta di abuso, tanto da legittimare comunque il recesso del socio in esito all'ultima modificazione.

Il secondo avverbio, “sostanzialmente”, è ancor più polisenso del precedente: per un verso, infatti, il significato potrebbe pressoché coincidere con quello dell'avverbio *testé* esaminato, essendo evidente che si potrebbe in tal modo esprimere una misura della variazione, sicché la modifica non sarebbe sostanziale se non alterasse l'essenza dell'attività; per l'altro verso, però, potrebbe concernere la modalità attraverso la quale questa variazione avviene, sicché la modifica sarebbe sostanziale, ancorché quantitativamente modesta, già solo in quanto non adottata secondo le forme per essa prescritte.

La dottrina si esprime in favore della prima soluzione osservando che la norma, oltreché riecheggiare, sul piano lessicale, il precedente art. 2361 [21], sembrerebbe soprattutto far leva, anche alla luce del successivo art. 2479, il quale prescrive che le operazioni capaci di comportare una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale debbano essere adottate tramite formali deliberazioni, sulla nota distinzione corrente tra le modificazioni “dirette” dell'oggetto sociale, quelle assunte attraverso una vera e propria modifica statutaria e legittimanti per ciò solo il recesso ai sensi del medesimo art. 2473, e le modificazioni “indirette”, quali sarebbero quelle indotte dal compimento di operazioni capaci d'implicarne, per appunto, una modifica sostanziale [22].

L'anzidetta lettura appare convincente, ancorché non si possa fare a meno di osservare che in tal modo non si tiene conto della possibilità, in effetti tutt'altro che remota, che tali operazioni possano essere state semplicemente attuate dall'organo amministrativo [23], non di rado coincidente con il socio di maggioranza, senza essere state sottoposte al preventivo vaglio dei soci, tra i quali, ovviamente, anche quelli di minoranza.

Anche a voler ritenere che nel ricorrere di una simile situazione, evidentemente frutto di una prevaricazione del socio amministratore, il socio di minoranza possa comunque recedere – sa-

[21] Così ZANARONE (*supra*, n. 9), 791.

[22] In questo senso REVIGLIONE, *Il recesso nella società a responsabilità limitata* (Milano, 2008), 277.

[23] Per un'ampia e puntuale disamina di tali eventualità si veda GALLETTI, “La trasformazione dell'impresa ad opera dell'organo amministrativo”, *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 657.

rebbe infatti facile obiettare che, proprio perché a torto nemmeno richiestogli, egli non avrebbe prestato alcun “consenso” – il problema di fondo resterebbe quello della tempestività del recesso e cioè del suo esercizio entro il termine per esso prestabilito. A tale ultimo proposito deve infatti tenersi conto che, stante l’iniziale dettato dell’art. 2473, che demanda all’autonomia privata la fissazione delle “modalità” di recesso, nella prassi statutaria è ricorrente il richiamo all’art. 2437, primo comma, il quale prevede, per l’eventualità in cui il recesso tragga origine da un fatto diverso da una deliberazione, un termine di trenta giorni “dalla sua conoscenza da parte del socio” [24].

Nel caso di specie il recesso andrebbe quindi esercitato non entro trenta giorni dall’operazione, bensì dalla sua conoscenza da parte del socio, evento che potrebbe persino non sopravvenire, giacché non è in effetti detto che il socio abbia modo di saperlo, o che il socio, abusando del corrispondente diritto di recesso, potrebbe assumere essere avvenuto in un qualsiasi secondo momento, magari anche a distanza di anni dal compimento dell’operazione.

Il terzo avverbio, “sensibilmente”, ha un significato assai simile al precedente avverbio “significativamente” sicché è anzitutto da chiedersi se la variante lessicale, di per sé non trascurabile stante la complessiva sistematicità che dovrebbe caratterizzare ogni codificazione, sia frutto di un’effettiva volontà di differenziazione o, più semplicemente, di un mancato coordinamento.

Fermo restando che, com’è tutto sommato evidente, anche in questo caso il termine esprime l’esigenza di misurare l’ampiezza dell’alterazione direttamente prodotta dal cambiamento dell’oggetto sociale della capogruppo sulle condizioni economiche e patrimoniali della società satellite, va detto che nel linguaggio corrente i due avverbi, benché per appunto simili, non sono identici: infatti, se è “sensibile” tutto ciò che viene avvertito, ovverosia tutto ciò che supera la soglia sensoriale di un dato soggetto, non è detto che ciò che avverte abbia per questi anche “significato”. In altre parole, può darsi che la modificazione dell’oggetto sociale della capogruppo vari in modo percepibile le condizioni economiche e patrimoniali della società eterodiretta, ma non è detto che, per quanto percepita, la variazione sia anche significativa: quale logico corollario dovrebbe giungersi alla conclusione che ogni percepibile variazione legittimerebbe il recesso del socio, anche a prescindere, quindi, dalla sua obiettiva rilevanza.

Tale lettura però, per quanto suffragata dalla stessa etimologia delle espressioni utilizzate dal legislatore, non sembra riscuotere successo presso gli interpreti, essendo in effetti alquanto diffusa l’opinione che “sensibile” sia sinonimo di “rilevante” [25].

L’anzidetta conclusione può essere tutto sommato condivisa ma, si badi, non in virtù della supposta identità tra questi due aggettivi, certamente già smentita dalla loro stessa etimologia, ma in considerazione del fatto che, a differenza di quel che si è visto accadere nelle disposizioni precedentemente esaminate, nelle quali si parlava di “modifica”, stavolta il legislatore si riferisce ad una vera e propria “alterazione”, termine che nel linguaggio corrente evoca l’idea di un “cambiamento” tanto accentuato da essere già di per sé “rilevante”.

Insomma, in applicazione della nota proprietà commutativa una “alterazione sensibile” è uguale ad una “modifica rilevante” o se si preferisce “significativa”: il sistema non va incontro a delle fastidiose aporie ed il risultato è sempre lo stesso.

[24] Va peraltro aggiunto che ad avviso di una larga parte della dottrina la norma richiamata nel testo, in assenza di una diversa disciplina statutaria, troverebbe, per ciò solo applicazione; in proposito si rinvia all’ampio resoconto che di tale orientamento fornisce ZANARONE (*supra*, n. 9), 811.

[25] Così PENNISI, “La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi”, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso (Torino, 2006), III, 939.

Le società cooperative a mutualità non prevalente e la (presunta) unitarietà del fenomeno cooperativo nella riforma del diritto societario

Peter Agstner

SOMMARIO: 1. Inquadramento del problema. – 2. La mutualità non prevalente nella riforma del diritto societario: la (afferzata) unitarietà del tipo cooperativo alla luce della disciplina positiva. – 3. *Segue*. Il raffronto con la disciplina delle banche popolari. – 4. La mutualità non prevalente e l'art. 45 Cost. – 5. Proposte di recupero delle cooperative diverse

1. Inquadramento del problema. – Il legislatore della riforma, in materia di società cooperative, ha propugnato un tipo di società cooperativa che, pur distinguendosi nei due sottotipi delle cooperative a mutualità prevalente e delle cooperative a mutualità non prevalente (quest'ultime dette anche cooperative c.d. diverse), doveva essere caratterizzato da un'inattaccabile unitarietà tipologica in ragione della connotazione funzionale in senso necessariamente mutualistico (artt. 2511 e 2515, 2° comma, c.c.).

In questo senso si esprime il § 15 della Relazione ministeriale al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ove si legge che “la riforma presuppone, pur nelle distinzioni in essa introdotte, un fenomeno ancora oggi giuridicamente unitario, diversificato o diversificabile solo dall'interno del fenomeno, sulla base di eventuali e non necessarie opzioni statutarie e gestionali”; o ancora che la riforma si caratterizza per il permanere “di una concezione sostanzialmente unitaria della cooperazione, con diversificazioni interne al fenomeno in termini di maggiore o minore meritevolezza, ma mai di inclusione o espulsione dalla fattispecie” [1].

La correttezza di una simile affermazione di principio è stata ampiamente valutata in dottrina con riferimento alle cooperative a mutualità prevalente. Senza volere oltremodo approfondire questa tematica, che fuoriesce dal campo della presente indagine, è difficilmente revocabile in dubbio che vari indici normativi (artt. 2511; 2512-2514; 2520, 2° comma; 2521, 2° comma; 2545; 2545-*sexies* c.c.) esprimano una tipologica caratterizzazione in senso mutualistico delle cooperative a mutualità prevalente [2].

[1] Così, “Relazione”, in VIETTI-AULETTA-LO CASCIO-TOMBARI-ZOPPINI (a cura di), *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori. Testi e materiali* (Milano, 2006), 269, 266.

[2] Cfr., fra i tanti, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, in OLIVIERI-PRESTI-VELLA (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Società di capitali e cooperative* (Bologna, 2003), 307-309; BASSI, *sub* 2511, in *Commentario MARCHETTI-BIANCHI-CHEZZI-NOTARI* (Milano, 2007), 3 ss.; ID., “Profili generali della riforma delle cooperative”, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* (Torino, 2007), IV, 565 ss.; BUONOCORE, “Rapporto mutualistico e

378-88-3482642.3

Rivista di Direzione
Societaria
1972-8243