



**Corso di Laurea Magistrale a Ciclo Unico**  
**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**  
*Cattedra di European Business Law*

**I patti di ripartizione non proporzionale dell'utile  
e l'analisi dei profili di compatibilità  
con il divieto di patto leonino**

Chiar.mo Prof. Nicola De Luca

RELATORE

Chiar.mo Prof. Giorgio Meo

CORRELATORE

Paola Nardella Matr. 152033

CANDIDATO

**ANNO ACCADEMICO 2021/2022**

*Ai miei genitori Marilisa e Michele,  
A mia sorella Francesca,  
Alla mia dolce metà Giovanni,  
Al mio angelo custode*

# INDICE

## INTRODUZIONE

### CAPITOLO I – L’ASSEGNAZIONE NON PROPORZIONALE DEGLI UTILI E IL LIMITE DEL DIVIETO DI PATTO LEONINO

#### 1. Introduzione e individuazione dell’ambito di indagine

##### 1.1. Il profilo patrimoniale dei diritti sociali

1.1.1. La decisione di ripartizione nelle società di persone

- a) Regolamento convenzionale
- b) Regolamento suppletivo
- c) Determinazione rimessa ad un terzo

1.1.2. La decisione di ripartizione nelle società di capitali

#### 1.2. Compatibilità delle previsioni alternative con il divieto di patto leonino *ex art. 2265 c.c.*

a) Considerazioni sull’ambito di applicazione del divieto

1.2.1. L’atteggiamento del divieto nelle società di persone

1.2.2. L’atteggiamento del divieto nelle società di capitali

#### 1.3. Il contenuto del divieto

- a) Profilo probabilistico
- b) Profilo quantitativo
- c) Profilo della assolutezza
- d) Profilo della costanza

#### 1.4. Le conseguenze della violazione

1.4.1. Nullità del patto di esclusione totale nelle società di persone

1.4.2. Nullità del patto di esclusione totale nelle società di capitali

### CAPITOLO II – LE SOLUZIONI IN MATERIA DI RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE A LIVELLO INTERNAZIONALE

#### 1. Applicazione del divieto di patto leonino in ambito internazionale

#### 2. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE IN FRANCIA

2.1. Modalità di deroga al principio proporzionale

- a) *Clef de répartition statutaire*
- b) *Clef de répartition extra-statutaire*
- c) Obbligo di contribuzione alle perdite

2.2. Gli *escamotages* della pratica per l'affrancamento del socio dal rischio di impresa e gli orientamenti della giurisprudenza

- a) Assegnazione progressiva dei diritti sociali
- b) *Convention de portage*
- c) *Opération de capital investissement*

2.3. Paesi con lo stesso orientamento

### **3. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE IN INGHILTERRA**

3.1. Modalità di ripartizione sproporzionata

- a) *Profit sharing agreements*
- b) *Articles of distributable profits in the members' agreement*
- c) I confini della discrezionalità: il caso dell'esclusione parziale o totale del partner dagli utili
- d) Conclusioni sul potere discrezionale dei soci
- e) L'esclusione del partner dalle perdite

3.2. Considerazioni della giurisprudenza sulla validità degli *shareholders' agreements* nell'ordinamento giuridico inglese

## **CAPITOLO III – LA RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

### **1. Inquadramento del fenomeno dei patti di ripartizione nel contesto italiano**

1.1. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE NELLE SOCIETÀ DI PERSONE

- a) Del diritto all'utile del socio di società personale
- b) Della teoria di ripartizione non proporzionale come remunerazione della responsabilità personale del socio
- c) Del principio ex art. 2263 c.c.
- d) Della deroga al principio di proporzionalità

1.2. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

- a) Del diritto all'utile dell'azionista ex art. 2350 c.c.
- b) Dei limiti alla discrezionalità statutaria
- c) Delle declinazioni statutarie alla partecipazione agli utili tramite la creazione di privilegi patrimoniali ex art. 2348 c.c.

### **2. Clausole inserite nei patti parasociali**

- a) Considerazioni sull'ambito soggettivo di applicazione
- b) Della tesi dell'applicabilità del divieto di patto leonino alle pattuizioni parasociali

- c) Della tesi della compatibilità dei patti di garanzia degli utili e delle perdite con il divieto di patto leonino

### **3. Clausole per la fissazione di criteri non proporzionali**

3.1. Criterio prioritario

3.2. Criterio preferenziale

3.3. Clausole statutarie di fissazione di un tetto massimo al diritto agli utili ed esame dei profili di compatibilità con il divieto di patto leonino

- a) Limite massimo espresso in misura assoluta

- b) Limite massimo espresso in misura relativa

- c) Limite massimo espresso in relazione al fattore tempo con introduzione di un termine iniziale o finale

- d) Considerazioni sulle clausole cd. di *waterfall*

3.4. Considerazioni del riconoscimento di diritti particolari ai soci

### **CONCLUSIONI E RIFLESSIONI**

**1. Il problema della deroga al principio della proporzionalità fra rischio e potere: profili sistematici dell'assegnazione non proporzionale**

**2. Le prospettive internazionali e gli scenari futuri**

### **BIBLIOGRAFIA**

### **RINGRAZIAMENTI**

## INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha come obiettivo quello di analizzare le problematiche giuridiche sollevate dalla previsione di modalità alternative di ripartizione non proporzionale degli utili e delle perdite collocate in pattuizioni statutarie o extra-statutarie dai soci, esaminando tra le questioni aperte quelle più discusse in dottrina e in giurisprudenza e proponendo, anche mediante un'analisi comparatistica, i possibili approcci a questo tema. L'individuazione dei limiti entro cui tali strumenti di ripartizione possono essere utilizzati, costruiscono un quadro internazionale che mostra chiaramente l'influenza dell'ordinamento di origine, rendendo di fatto tali accordi un argomento decisamente interessante per una ricerca di diritto societario comparato.

Nel primo capitolo viene condotta un'accurata individuazione dell'ambito di indagine per lo studio delle possibilità di predisposizione di clausole di ripartizione non proporzionale. L'impiego di questo strumento è rinvenibile, esplicitamente o no, nella maggior parte dei sistemi di diritto societario. Si tratta di un concetto legato intrinsecamente all'autonomia di cui i soci dispongono per la definizione degli elementi caratterizzanti della società, di cui fa parte la divisione degli utili. Viene illustrato anche che un ulteriore fondamento dell'istituto è insito nel diritto di partecipazione al risultato di esercizio attribuito in capo a coloro che, tramite l'adesione al contratto di impresa e al conferimento di un apporto economico decidano di sopportare su di sé il rischio imprenditoriale derivante dall'esercizio in comune dell'attività economica. Il *focus* riguarda una categoria di diritti patrimoniali definiti dal *contenuto complesso*, proprio perché caratterizzati da una commistione tra profili di natura amministrativa e patrimoniale, che contribuisce a creare confusione con riguardo al posizionamento giuridico.

Per poter procedere all'inquadramento di tale diritto agli utili viene condotta una breve disamina dei meccanismi con cui i soci possono procedere all'approvazione della decisione interna di ripartizione, distinguendo tra le società di persone e quelle di capitali. Proprio la differenziazione dei tipi societari e dei requisiti necessari per il sorgere del diritto agli utili in capo al socio di società personale o all'azionista, consentono di individuare l'elemento dirimente, cioè la natura del diritto agli utili. Tale concetto è analizzato con riferimento alle società di persone, per le quali le norme prevedono la possibilità di decidere sull'applicazione di un regolamento di tipo convenzionale (*ex art. 2262 e 2265 c.c.*), suppletivo (*ex art. 2263 c.c.*) o esterno (*ex art. 2264 c.c.*) e l'applicazione di un diritto automatico esercitabile dal socio in virtù della sola approvazione del rendiconto. Stesso discorso viene svolto con riguardo alle società di capitali, per le quali i fondamenti normativi della discrezionalità decisionale

sono da rinvenire negli artt. 2432 e 2433 c.c., con conseguente sorgere di un diritto subordinato alla delibera assembleare successiva all'approvazione del bilancio di esercizio.

A dire il vero, nel moderno ordinamento societario, il diritto a ricevere una parte degli utili conseguiti è divenuto sempre più importante per i soci e, a differenza delle prerogative amministrative, delle quali la principale applicazione resta il diritto di voto che più facilmente può essere sacrificato in alcune condizioni, le prerogative patrimoniali invece, non paiono in alcun modo sopprimibili, ma solamente modulabili in base alle esigenze dei soci. Proprio con riferimento all'eventualità di sopprimere il diritto di partecipazione ai risultati di gestione, ultimo argomento chiave del primo capitolo è il più pregnante limite all'autonomia dei soci che è il divieto di patto leonino. Esso è definito giuridicamente il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite, attribuendosi quella che figuratamente viene considerata la parte del *leone*.

Lo stesso viene utilizzato come elemento di indagine per far emergere i diversi atteggiamenti alla ripartizione non proporzionale a livello internazionale. La ragione del differente approccio individuato nello studio delle soluzioni internazionali è da rinvenirsi nella storia e nell'influenza subita dall'evoluzione delle tradizioni giuridiche, che hanno portato gli ordinamenti a scegliere se predisporre o meno una norma che condannasse la *societas leonina*.

A conclusione della prima parte della trattazione, si spiega che la *ratio* del divieto è da ricercare in tempi antichissimi. La dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo dibattuto sull'opportunità di ancorare tale fondamento all'incompatibilità con la causa e la funzione economica del contratto sociale, fino a proporre una concezione più unitaria e moderna del divieto di patto leonino come un principio di ordine pubblico, con sfumature di tipo morale e politico, avente lo scopo di garantire che la società venga condotta nell'interesse dei soci, dei creditori e della collettività.

Si collegano a quest'ultimo concetto, le interessanti prospettive dottrinali riguardanti l'ambito di applicazione della norma intesa come principio. A tal proposito, l'analisi della tesi sulla possibile trasparenza del divieto fa emergere anche la differenza di atteggiamento dello stesso con riguardo al tipo societario e dunque, giustifica la necessità di predisporre un ordine di trattazione netto distinguendo tra società di persone e società di capitali, ragionando di conseguenza tanto sulla collocazione della norma nel codice, quanto sulle conseguenze derivanti dalla violazione. Proprio con riguardo alle società di persone, è stata fornita una particolare accezione del divieto, inteso come strumento per garantire la necessaria responsabilizzazione del socio rispetto al rischio di impresa e

garantire il coinvolgimento nell'attività sociale al fine di incentivarlo al miglior perseguimento degli scopi sociali.

Al fine di poter analizzare in modo approfondito il contenuto del divieto, le caratteristiche insite nella lettera della norma vengono divise, per semplicità di trattazione, in profili inerenti agli aspetti: probabilistico, quantitativo, dell'assolutezza e della costanza.

Nel secondo capitolo lo studio prosegue partendo dalla contestualizzazione del divieto di patto leonino. Viene poi spiegato che la considerazione della norma nella duplice formulazione di esclusione dalla percezione degli utili e dalla sopportazione delle perdite, è apparsa per la prima volta nella codificazione francese, dalla cui influenza è possibile distinguere tra paesi che hanno adottato il divieto e quelli che, invece, non lo hanno fatto. Tuttavia, la mancata previsione del divieto non ha impedito agli ordinamenti di interrogarsi sull'ammissibilità di pattuizioni sociali o extrasociali in sede di ripartizione tramite l'esame della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti.

Sul punto, la natura dell'ordinamento giuridico di riferimento e le disposizioni generali in materia di diritto commerciale relativamente ai margini di discrezionalità affidati ai soci sono dirimenti e mostrano che, nonostante l'importanza a che i soci si pronuncino sulle modalità da attuare in sede di ripartizione, il legislatore ha previsto dei meccanismi garantistici. In considerazione degli effetti discriminanti derivanti da possibili comportamenti opportunistici, si prevede che, come avviene nel caso dell'ordinamento francese e italiano, in assenza di disposizioni debbano comunque essere tutelati gli interessi dei soci tramite l'applicazione di meccanismi suppletivi di ripartizione che seguono la regola della proporzionalità. Da un'attenta lettura delle norme inerenti a tale principio è possibile definire lo stesso come un *paracadute*, progettato per aprirsi automaticamente nel momento in cui venga rilevato che la volontà statutaria dei soci potrebbe violare la natura del contratto sociale, anche se viene fatto salvo il patto contrario dei soci che decidono di disporre diversamente, nel rispetto del divieto di patto leonino (se previsto) o dei limiti più generali di correttezza e buona fede. La contestualizzazione del principio di proporzionalità, laddove previsto affiancato al divieto di patto leonino, comincia nella prima parte del secondo capitolo, con l'analisi della prima soluzione internazionale fornita in tema di ripartizione, la Francia.

Gli strumenti con cui è possibile concretizzare la possibilità di deroga rientrano nell'ambito dell'autonomia decisionale dei soci, e riguardano quelle che in francese vengono chiamate le *clef de répartition* – chiavi di distribuzione - che possono essere collocate in clausole statutarie o extra-statarie. Le principali problematiche che sono state oggetto di discussione e pronuncia della giurisprudenza francese riguardano rispettivamente: per il caso delle clausole statutarie, le



caratteristiche e le forme di vigilanza previste per assicurare la corretta adozione delle decisioni prevenendo abusi da parte della maggioranza; e per le clausole extrasociali, le considerazioni sulla forma degli accordi come modifiche o deroghe allo statuto.

Nonostante le posizioni abbastanza chiare della giurisprudenza e le formulazioni delle norme interessate in materia, non sono mancati gli *escamotages* della pratica per la realizzazione di modalità di affrancamento del socio dal rischio di impresa tramite la predisposizione di accordi esterni alla società, strutturati in modo da non rientrare nella tipologia di patti da considerare leonini. Le tre tipologie di operazioni coinvolte sono: l'assegnazione progressiva dei diritti sociali, la *convention de portage* (accordo di trasferimento) e le *opération de capital investissement* (operazioni di private equity). Proprio con riferimento a ciò, viene straordinariamente attuato dalla *Cour de Cassation* un atteggiamento pragmatico prima non tollerato. Si afferma il principio secondo cui alcune clausole di ripartizione possono convivere con l'oggetto sociale senza causare un impatto significativo sulla partecipazione del socio agli utili o alle perdite, nel caso in cui siano rilevati vantaggi concreti per l'impresa di ricavarne un ruolo in termini di finanziamento dell'economia. I paesi che condividono questo scenario sono quelli che hanno subito l'influenza del *Code Civil* e perciò hanno inserito nell'ordinamento una norma contenente il divieto di patto leonino, che sono: Spagna, Portogallo, Belgio, Grecia, America Latina ed infine, Italia.

Nella seconda parte del secondo capitolo, vengono illustrate le prospettive fornite invece dagli ordinamenti che non hanno previsto il divieto di patto leonino. Esse forniscono una soluzione internazionale del tutto diversa, rinvenibile negli ordinamenti di *common law* e di cui si analizza come esempio l'Inghilterra.

La liceità delle clausole sull'esclusione totale viene in questo caso condotta partendo dal significato intrinseco di *partnership* e, considerato lo scarso interesse delle norme in materia, di cui le uniche si rinvenivano nel *Companies Act* del 2006 e nel *Partnership Act* del 1890, permettono di assumere come punto di partenza un approccio meno rigido. Le modalità di esercizio dell'autonomia decisionale dei soci in termini di modificazioni o restrizioni alla distribuzione dei profitti, possono essere oggetto, anche in questo caso sia di *articles of association* (clausole statutarie), che di *shareholders' agreements* nella forma dei *profit sharing agreements* (clausole parasociali).

Nel caso inglese, le problematiche più interessanti asseriscono al fatto che la divisione degli utili è considerata come la trasposizione economica delle percentuali di responsabilità e di rischio che tutte le parti hanno all'interno dell'impresa e alla natura intrinseca dei rapporti giuridici e commerciali esistenti. L'orientamento della giurisprudenza con riferimento a quest'ultima tematica riflette

l'approccio di lunga data dei tribunali inglesi al fatto che il contenuto dei patti parasociali non si trovi mai in contrasto con gli articoli dello statuto.

Per quanto riguarda invece la predisposizione di clausole particolari nello statuto (cd. *share of profits clauses*) invece, sono dirimenti le affermazioni inerenti ai requisiti per l'esercizio dei poteri discrezionali dei soci, che, nel rispetto del cd. *Braganza duty*, non possono prendere decisioni di ripartizione in modo irrazionale o in malafede, pena la possibilità di contestazione da parte del socio coinvolto.

È interessante apprendere anche come, la letteratura inglese più recente abbia avallato una soluzione liberale per la possibilità di prevedere esclusioni totali del socio dagli utili e dalle perdite, basandosi sul fatto che nessuno dei due è un requisito indefettibile della *partnership*. Dunque, considerando che i limiti previsti in materia hanno un apporto più soggettivo che oggettivo, il principale problema riguarda non tanto la ricerca di eventuali *escamotages* della pratica, dato l'ampio spazio di manovra affidato ai soci, ma piuttosto la necessità di chiarire l'orientamento, ormai favorevole, della giurisprudenza relativamente alla validità degli *shareholders' agreements*, in quanto sede privilegiata in cui i soci collocano le disposizioni alternative di ripartizione.

Questa contestualizzazione internazionale mostra che l'approccio alla distribuzione non proporzionale può essere diversa, più rigida come accade nell'ordinamento francese o più permissiva come per l'ordinamento inglese.

Il terzo capitolo parla del punto di vista dell'ordinamento italiano. La traslazione dell'analisi prende inizio dall'interesse del legislatore alla tutela del socio e delle minoranze, al fine di predisporre un impianto normativo idoneo a evitare comportamenti opportunistici o assolutistici di alcuni soci su altri.

Nel rispetto del divieto di patto leonino, infatti, l'analisi della liceità delle pattuizioni sociali o parasociali in termini di ripartizione e gli strumenti con cui poter attribuire il diritto all'utile, non possono prescindere dalla diversità di atteggiamento dei diritti patrimoniali dei soci con riferimento alle società di persone e a quelle di capitali. Questi due tipi societari, infatti, si differenziano sotto i principali aspetti della possibilità di ripartizione alternativa, legata sia alla natura e al momento in cui il diritto all'utile del socio di società personale o dell'azionista si concretizza, sia agli scopi per cui la ripartizione non proporzionale possa essere impiegata.

Per le società di persone, la *ratio* della ripartizione non proporzionale è inoltre stata discussa criticamente con riguardo alla possibilità di considerare la stessa una modalità di remunerazione della responsabilità personale del socio, fino a far emergere una distinzione riguardo alla considerazione

dell'interesse della società. Mentre nelle società di persone, esso può essere sacrificato per assicurare il perseguimento dell'interesse dei soci con conseguente utilizzo della divisione degli utili come strumento di realizzazione immediata dei profitti, nelle società di capitali avviene il contrario. In queste, infatti, è sempre l'interesse della società a prevalere su quello dei soci, essendo infatti la divisione degli utili solo lo scopo ultimo della società, che può anche servirsi dei risultati di esercizio per perseguire disegni di espansione economica.

Tale diversità di impostazione si riflette anche con riferimento alle modalità concrete di deroga dal principio di proporzionalità. Esse richiedono una più attenta vigilanza sulla forma degli accordi che cerchino di mascherare il divieto di patto leonino nelle società di persone e, sulla verifica degli elementi caratterizzanti delle categorie speciali di azioni che attribuiscono privilegi patrimoniali nel caso delle società di capitali.

Indipendentemente dagli aspetti dirimenti tra società di persone e di capitali, resta il potere dell'autonomia decisionale dei soci di collocare clausole inerenti alla ripartizione anche in patti parasociali. Sono proprio questi ultimi a costituire il *main theme* della seconda parte del terzo capitolo, contenente interessanti spunti di riflessione sull'ambito soggettivo di applicazione e sulla tesi dell'applicabilità del divieto di patto leonino ai patti parasociali.

Si tratta infatti di due tematiche particolarmente discusse in dottrina, che conducono anche al discorso sulla compatibilità dei patti di garanzia degli utili o delle perdite con riferimento al divieto di patto leonino. Ciò implica un ragionamento sul fatto che una eventuale confusione tra patto esonerativo, e quindi leonino, e patto meramente traslativo del rischio sia dovuta al tentativo di materializzare la logica dell'accezione moderna del divieto di cui all'art. 2265 c.c. in termini di deresponsabilizzazione del socio.

Con non poche difficoltà dottrinali e giurisprudenziali si è giunti ad affermare nella terza ed ultima parte del capitolo, la validità dei patti parasociali e delle clausole statutarie di ripartizione, formalizzate dai soci tramite la predisposizione di criteri basati su parametri che rendano la ripartizione prioritaria, preferenziale o basata su un tetto massimo raggiungibile. Questa prospettiva prevede di considerare la natura dei diritti patrimoniali anche come metodo di organizzazione alternativo della società, possibile tramite l'attribuzione di diritti in senso accrescitivo o riduttivo ai soci.

# CAPITOLO I

## L'ASSEGNAZIONE NON PROPORZIONALE DEGLI UTILI E IL LIMITE DEL DIVIETO DI PATTO LEONINO

**SOMMARIO:** 1. INTRODUZIONE E INDIVIDUAZIONE DELL'AMBITO DI INDAGINE – 1.1. Il profilo patrimoniale dei diritti sociali – 1.1.1. La decisione di ripartizione nelle società di persone – a) Regolamento convenzionale – b) Regolamento Suppletivo – c) Determinazione rimessa ad un terzo - 1.1.2. La decisione di ripartizione nelle società di capitali – 1.2. La compatibilità delle previsioni alternative con il divieto di patto leonino *ex art. 2265 c.c.* – a) Considerazioni sull'ambito di applicazione del divieto – 1.2.1. L'atteggiamento del divieto nelle società di persone – 1.2.2. L'atteggiamento del divieto nelle società di capitali – 1.3. Il contenuto del divieto – a) Profilo probabilistico – b) Profilo quantitativo – c) Profilo della assolutezza – d) Profilo della costanza – 1.4. Le conseguenze della violazione – 1.4.1. Nullità del patto di esclusione totale nelle società di persone – 1.4.2. Nullità del patto di esclusione totale nelle società di capitali

### 1. Introduzione e individuazione dell'ambito di indagine

#### 1.1. Il profilo patrimoniale dei diritti sociali

La divisione degli utili è uno degli elementi essenziali della società insieme al conferimento del socio e all'esercizio in comune dell'attività economica, anche la giurisprudenza più recente è concorde in tal senso<sup>1</sup>. Questi concetti sono strettamente legati tra loro e considerati nel complesso, rappresentano il motivo per cui una società viene costituita. I conferimenti effettuati dai soci in sede costitutiva rappresentano infatti, i contributi degli stessi alla formazione del patrimonio iniziale della società per lo svolgimento dell'attività di impresa. Tuttavia, il patrimonio sociale può essere definito anche come un insieme di rapporti giuridici, attivi e passivi, che fanno capo alla società e che costituiscono la garanzia generica (art. 2740 c.c.) principale od esclusiva dei creditori della società<sup>2</sup>. Attorno al

---

<sup>1</sup> Trib. Sciacca, Sez. I, 6 dicembre 2021, n. 478: «*La prova dell'esistenza di una società di fatto, in mancanza di prova scritta del patto sociale, può essere fornita con ogni mezzo, anche tramite presunzioni semplici; sotto tale profilo, sono considerati elementi costitutivi del patto sociale l'esercizio in comune di un'attività economica, l'esistenza di un fondo comune, la ripartizione degli utili e delle perdite e la affectio societatis o la presenza di un vincolo di collaborazione in vista di detta attività nei confronti dei terzi*».

<sup>2</sup> CAMPOBASSO G.F., Diritto commerciale, vol. II, Diritto delle società, Torino, 2018, p. 8 e ss.

patrimonio, infatti, ruotano le figure principali dei soci e dei creditori, titolari per eccellenza di posizioni giuridiche soggettive legate alla partecipazione nella realtà societaria e tra le quali se ne riconoscono alcune dal contenuto esclusivamente patrimoniale, ossia corrispondenti ad interessi di natura economica. Le situazioni soggettive attive a contenuto patrimoniale attengono da una parte alla remunerazione dell'investimento durante la vita della società (*diritto alla partecipazione agli utili*<sup>3</sup>) e d'altra parte alla liquidazione della quota in caso di scioglimento della società o di recesso da parte del socio (*diritto alla quota di liquidazione*); quelle passive, invece, riguardano l'incidenza delle perdite sul valore della partecipazione sociale.

Al fine di comprendere quanto può essere effettivamente oggetto di distribuzione, è preliminarmente opportuno precisare che l'utile è rappresentato dalla effettiva eccedenza che si verifica nel patrimonio sociale rispetto ai conferimenti iniziali, e che si determina per effetto della gestione sociale. Solamente l'incremento effettivo, e cioè il guadagno realizzati mediante l'esercizio dell'attività di impresa, può essere destinato alla ripartizione tra i soci e sottratto alla garanzia dei creditori. Pertanto, l'incremento effettivo del patrimonio sociale si ha solo nel caso in cui le eventuali perdite verificatesi negli esercizi precedenti siano colmate e perciò ne deriva che: «se anche in un dato esercizio si siano realizzati degli utili, ma questi siano assorbiti dalle perdite di esercizi precedenti, viene meno ogni possibilità di distribuzione degli utili, e con essa ogni diritto del socio di pretenderla»<sup>4</sup>. In conclusione, è necessario verificare «l'effettiva distribuibilità dell'utile risultante dal patrimonio netto, quest'ultimo va dunque contestualizzato nel sistema di norme – legali e statutarie<sup>5</sup> – di riferimento»<sup>6</sup>. In base a quanto precisato con riferimento all'individuazione della parte di utile distribuibile, ne deriva che in base all'art. 2303

---

<sup>3</sup> Gli utili sono un concetto interessante da analizzare con riferimento alla teorizzazione del concetto di partecipazione ai risultati di esercizio. Essi vengono prodotti dalla società e sono costituiti dalla somma eccedente del patrimonio netto rispetto al capitale sociale nominale e delle eventuali riserve, oltre che delle perdite di esercizio. A questa definizione è infatti collegato il concetto di diritto agli utili, in relazione alla cui portata e funzione si registrano due differenti teorie, in grado di far emergere gli effetti derivanti dalla natura stessa del concetto e che sono: da una parte, la teoria della produttività, che sottolinea gli aspetti microeconomici di incentivazione attivati dalla partecipazione agli utili e, dall'altra parte, la teoria della stabilità, che esamina gli effetti macroeconomici di stabilizzazione della domanda (e v. alcuni spunti presenti in *Treccani.it., Enciclopedia delle scienze sociali, voce Partecipazione agli utili, 2022*, consultabile su [www.treccani.it](http://www.treccani.it)). In conclusione, il diritto agli utili è riconducibile ad un concetto evolutosi nel tempo, la cui primissima applicazione risale al 1795, quando Albert Gallatin - che in seguito sarà segretario di Stato al Tesoro degli Stati Uniti sotto la presidenza di Thomas Jefferson - istituì una forma di partecipazione agli utili alla Pennsylvania Glass Works. Contratti di questo tipo trovarono diffusione sempre più progressivamente fino ad essere incardinati in schemi di partecipazione ai profitti, poi analizzati dalle teorie economiche dei tempi recenti.

<sup>4</sup> GENGHINI L., *Le società di persone*, II edizione, Padova, 2021, p. 200

<sup>5</sup> FIGÀ TALAMANCA G., *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Milano, 1997, p. 216. Sul punto, *la distribuzione ai soci presuppone infatti che il risultato dell'esercizio sia proiettato sul piano della situazione patrimoniale, confrontandosi con i vincoli di destinazione della ricchezza a servizio del programma sociale imposti dalla legge o dall'atto costitutivo*.

<sup>6</sup> TRONCI L., *Distribuzione di utili e riserve, Profili patrimoniali e finanziari*, Giuffrè Editore, 2017, p. 5

c.c., nelle società di persone non possa procedersi a ripartizione di somme tra i soci se non per *utili realmente conseguiti*. Sul punto la norma precisa che, se si verifica una perdita del capitale sociale, *non può farsi luogo a ripartizioni di utili fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente*. Coerentemente, nelle società di capitali accade che l'utile che può essere distribuito è quello che residua dopo l'assolvimento dei vincoli di legge e di statuto. La determinazione dell'utile distribuibile avviene a seguito dell'operazione di sottrazione degli accantonamenti legali e statutari dall'utile di esercizio. Successivamente – come verrà precisato più avanti - la destinazione dell'utile così individuato nelle società di capitali, è una scelta discrezionale che compete all'assemblea che approva il bilancio<sup>7</sup>. Procedendo dunque, lo scopo dell'analisi è quello di ispezionare i profili patrimoniali che possono derivare dalla partecipazione societaria, assumendo anche che, la situazione soggettiva riconoscibile in capo al socio rispetto al risultato di esercizio, è una posizione che inevitabilmente riflette i caratteri funzionali dell'organizzazione societaria<sup>8</sup>. Ricapitolando, la rilevanza di concetti quali il calcolo analitico della quota suscettibile di distribuzione e i caratteri organizzativi scelti dalla società in sede di costituzione, portano a ragionare su un concetto ulteriore, quello relativo al motivo dell'illegittimità di ogni affievolimento della pretesa incorporata nell'espressione *diritto agli utili*, attraverso pattuizioni da parte dei soci (nella forma di clausole statutarie o di patti parasociali) che intendano modificare la possibilità di decisioni in merito alla distribuzione degli utili.

### **1.1.1. La decisione di ripartizione nelle società di persone**

La decisione interna della società avente ad oggetto la ripartizione dell'utile di esercizio deve essere analizzata tenendo conto della complessità dello strumento di accertamento degli esiti dell'attività sociale e della presenza o meno di un utile distribuibile. In tema, il punto nodale caratterizzante della disciplina delle società di persone<sup>9</sup> è la norma di cui all'art. 2262 c.c., in virtù della quale il legislatore

---

<sup>7</sup> Cass., 11 marzo 1993, n. 2959 che si riferisce espressamente al concetto di utile di bilancio, quale valore che può far sorgere in capo al socio un diritto di tipo individuale, dichiarando che «*In tema di società per azioni, il diritto individuale del singolo azionista a conseguire l'utile di bilancio sorge soltanto se e nella misura in cui la maggioranza assembleare ne disponga l'erogazione ai soci, mentre, prima di tale momento, vi è una semplice aspettativa, potendo l'assemblea sociale impiegare diversamente gli utili o anche rinviarne la distribuzione*».

<sup>8</sup> SFAMENI P., *Azioni di categoria e diritti patrimoniali*, Giuffrè Editore, 2008, p. 21 secondo cui la rilevanza organizzativa dell'esercizio sociale e, dunque anche dell'utile di esercizio, pone «*in stretto rapporto il bilancio di esercizio con la distribuibilità dell'utile relativo, imporrebbe di ritenere indisponibile la regola circa la periodicità (i.e. esercizio per esercizio) della deliberazione in ordine alla destinazione del risultato del periodo stesso; quale che sia la direzione finale impressa al risultato medesimo (distribuzione o accantonamento)*».

<sup>9</sup> PREITE F. – BUSI C., *Trattato società di persone*, Torino, 2015, p.316 e ss. Interessante a tal proposito il discorso dottrinario relativo alle società semplici, in cui la regola della distribuzione degli utili è oggetto di discussione con riguardo alla possibile rilevata coincidenza tra l'utile di esercizio e l'utile di bilancio in sede di ripartizione. Alcuni hanno sostenuto che il 2262 c.c. volesse riferirsi all'utile di esercizio e anche se, la tesi secondo cui nelle s.s. l'utile sarebbe del tutto distribuibile, non appare comunque condivisibile. Questo perché

precisa che *salvo patto contrario ciascun socio ha diritto di percepire la sua parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto*<sup>10</sup>, cioè del documento contabile con cui si riassumono i risultati di gestione, che viene redatto dagli amministratori e successivamente approvato dai soci<sup>11</sup>. Più precisamente, ogni volta che dal rendiconto emergano utili, il socio di società personale ha, pertanto, un diritto immediato a percepirli<sup>12</sup>, senza che la loro distribuzione debba passare per il fulcro preventivo di una deliberazione che ciò disponga. Analizziamo ora nel dettaglio le modalità di ripartizione dei guadagni e delle perdite di cui i soci dispongono.

**a) Regolamento convenzionale.** Il principio fondamentale in tema di ripartizione degli utili e delle perdite è che la determinazione della parte di ciascun socio è rimessa innanzitutto alla volontà dei soci. Un solo limite la legge pone al riguardo: non è consentito escludere alcuno dei soci dalla partecipazione agli utili o dalla contribuzione alle perdite (art. 2265 c.c., sul quale si tornerà in seguito). Con il rispetto del detto limite, i soci sono liberi di adottare un regolamento contrattuale o extrasociale che deroghi alla proporzionalità: possono così stabilire che a conferimenti uguali, corrisponda una diversa partecipazione negli utili o nelle perdite o che a conferimenti diseguali corrisponda una partecipazione uguale; così come possono stabilire che la parte di ciascun socio nei guadagni, sia diversa da quella che allo stesso socio spetta nella sopportazione delle perdite.

Pertanto, con riferimento alla portata del diritto del socio alla percezione degli utili, basti dire che la discrezionalità da parte della società, e per essa da parte degli amministratori, appare dunque ridotta alla possibilità di intervenire per quanto riguarda i criteri di valutazione e di accertamento dell'utile<sup>13</sup>

---

è altamente improbabile che il legislatore non abbia considerato l'estremo rischio che sarebbe derivato dalla previsione di distribuzione di utili diversi da quello di bilancio. Se ciò fosse concesso infatti, distribuire tali somme equivarrebbe a distribuire parti del capitale stesso, portando pertanto alla riduzione delle risorse disponibili per la gestione dell'attività e, *in extremis*, anche al pagamento di eventuali creditori. È possibile concludere questa breve digressione precisando l'importanza della corretta determinazione degli utili in modo che possa essere garantita la conservazione del capitale.

<sup>10</sup> Cass., 5 giugno 1985, n. 3356 secondo cui il diritto che sorge in capo al socio a seguito dell'approvazione del rendiconto da parte dell'amministratore ha ad oggetto una somma di denaro, avente la natura di un credito di valuta e pertanto, ove resti insoddisfatto, a prescindere dalle cause dell'inadempimento dell'obbligato, «non è suscettibile di automatico adeguamento per effetto della sopravvenuta svalutazione monetaria, salvo restando il risarcimento dell'eventuale maggior danno, ai sensi e nei limiti di cui all'art. 1224, co. 2 c.c.».

<sup>11</sup> COTTINO G., *Le società di persone*, Zanichelli Editore, 2019, p.125 secondo cui: «il rendiconto è un documento contabile che per le società in accomandita semplice e le società in nome collettivo è un vero e proprio bilancio; mentre per quanto riguarda la società semplice, esso stenta a tradursi entro gli schemi di un riassunto in forma aritmetica delle entrate e delle uscite come la parola rendiconto usata dal legislatore parrebbe a prima vista evocare».

<sup>12</sup> Cass. Sez I, 31 dicembre 2013, n. 28806 secondo cui: «nelle società di persone, il diritto del singolo socio a percepire gli utili è subordinato, ai sensi dell'art. 2262 c.c., alla approvazione del rendiconto, situazione contabile che equivale, quanto ai criteri di valutazione, a quella di un bilancio e non è surrogabile dalle dichiarazioni fiscali della società».

<sup>13</sup> Cass. 4 luglio 2018, n. 17489, (conforme alla Cass. del 2013) secondo cui: «nelle società di persone il diritto del singolo socio di percepire gli utili è subordinato, ai sensi dell'art. 2262 c.c., all'approvazione del rendiconto, situazione contabile che equivale, quanto ai criteri di valutazione, a quella di un bilancio e non è surrogabile dalle dichiarazioni fiscali della società».

in sede di rendiconto, ma una volta che dal rendiconto emerga un utile, il socio ha diritto di pretendere la sua parte<sup>14</sup>. In altri termini, l'interesse individuale del singolo socio a partecipare all'attribuzione degli utili accertati dal calcolo del profitto della società<sup>15</sup> prevale, se non diversamente pattuito, su qualsiasi altro interesse di gruppo, quale ad esempio potrebbe essere l'autofinanziamento<sup>16</sup>. Con riferimento a quest'ultimo concetto, infatti, è possibile comprendere come la decisione dei soci circa la distribuzione degli utili o la loro eventuale ritenzione (per garantire l'autofinanziamento) riguarda principalmente l'opportunità o la necessità di assegnare una remunerazione che sia adeguata al capitale proprio. In conclusione, soltanto i soci, possono rinunciare alla divisione degli utili, ma a tal fine è necessario che vi sia il consenso unanime dei medesimi. La dottrina precisa che, in definitiva, l'interpretazione della formula del diritto agli utili è diversa nelle società di persone e in quelle di capitali, e questo corrisponde ad una sostanziale diversità di situazioni soggettive. Nelle società di persone, infatti, il diritto agli utili del socio è un diritto a pretendere in proprietà esclusiva i beni corrispondenti alla quota che si aveva in proprietà collettiva, e cioè un diritto alla divisione.

**b) Regolamento suppletivo.** In base a quanto appena affermato riguardo alla portata del diritto del socio di richiedere la propria quota di utile, occorre preliminarmente chiarire che, in assenza di ulteriori specificazioni da parte dei soci, la norma dettata all'art. 2263 c.c. ha una funzione meramente suppletiva, nel senso che *le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti. Se il valore dei conferimenti non è determinato nel contratto, esse si presumono eguali.* Inoltre, la norma dispone che, *se il contratto determina soltanto la parte di ciascun socio nei guadagni, nella stessa misura si presume che debba determinarsi la partecipazione alle perdite.* Pertanto, la norma deve essere interpretata come contenente sia una presunzione circa la ripartizione degli utili e delle perdite una volta conosciuto l'importo dei conferimenti effettuati dai soci,

---

<sup>14</sup> GENGHINI L., Le società di persone, II edizione, Padova, 2021, p. 201

<sup>15</sup> Trib. Milano, 11 settembre 2003, Giur. comm. 2004, II, p. 434 secondo cui: «*il diritto del socio a percepire la sua parte di utili è sottoposto alla condizione che gli utili di esercizio siano accertati sulla base delle scritture contabili esistenti e non contestate e che il bilancio o il rendiconto approvato ne prevedano l'effettiva distribuzione. Prima di tale momento, le somme corrispondenti agli utili spettano alla società: esse possono essere destinate ai soci soltanto se la società ne disponga*».

<sup>16</sup> L'autofinanziamento è un fenomeno patrimoniale che riguarda essenzialmente il capitale proprio, inteso come accrescimento del capitale per effetto di un processo di ritenzione degli utili netti di esercizio, cioè quello definito dalla differenza tra utili conseguiti e quelli distribuiti nel periodo di tempo preso in considerazione. La decisione di autofinanziamento può essere sollecitata da diversi motivi, necessari o volontari in base alle condizioni economiche e alle prospettive di risultato dell'impresa. Lo scopo principale di questa operazione è quello di favorire lo sviluppo dell'impresa tramite un finanziamento interno che è formato dalle riserve di ritenzione di utili. In definitiva, si tratta di una forma di risparmio che può aiutare l'impresa ad accrescere il proprio capitale e, nel lungo termine ad una graduale espansione delle proprie dimensioni.



sia la presunzione inversa che permette di determinare i conferimenti qualora sia noto solamente il criterio di ripartizione degli utili<sup>17</sup>.

c) **Determinazione rimessa ad un terzo.** A completamento della disciplina in materia delle modalità per decidere sulla ripartizione degli utili nelle società di persone deve essere analizzato anche l'art. 2264 c.c., il quale dispone che *la determinazione della parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite può essere rimessa ad un terzo*. Considerato che si tratta di una norma avente ad oggetto la determinazione di uno degli elementi più rilevanti del contratto di società, nella realtà dei fatti questa ipotesi teorica viene difficilmente applicata. In questo caso, le parti decidono di rimettersi all'equo apprezzamento del terzo o comunque, al suo mero arbitrio. Nel primo caso, potrebbe pure accadere che la determinazione del soggetto estraneo alla società sia sostituita da quella del giudice, quando manifestamente iniqua o erronea; nel secondo caso di mero arbitrio invece, l'impugnazione – *che non può essere proposta dal socio che ha volontariamente eseguito la determinazione del terzo* (art. 2264, co. 2 c.c.) – presuppone la prova della malafede del terzo.

### 1.1.2. La decisione di ripartizione nelle società di capitali

Per quanto riguarda il procedimento interno di approvazione sulla ripartizione degli utili, diversamente da quanto precisato con riferimento alle società di persone, nelle società di capitali la disciplina prevede che sia l'assemblea che approva il bilancio a dover deliberare sulla decisione di ripartizione, avendo, in questo caso una maggior discrezionalità decisionale riguardo il riparto. Premettendo che, ai sensi dell'art. 2432 c.c. *le partecipazioni agli utili eventualmente spettanti ai promotori, ai soci fondatori e agli amministratori sono computate sugli utili netti risultanti dal bilancio, fatta deduzione della quota di riserva legale*, è necessario dire che la successiva decisione di distribuzione degli utili ai soci è *adottata dall'assemblea che approva il bilancio*. Secondo l'art. 2430 c.c. *dagli utili netti annuali deve essere dedotta una somma corrispondente almeno alla ventesima*

---

<sup>17</sup> Cass., 20 marzo 2001, n. 3980 secondo cui: «*il criterio di ripartizione dei guadagni e delle perdite, stabilito dal comma 2 dell'art. 2263 c.c. per il socio che ha conferito la propria opera, vale anche all'atto dello scioglimento della società limitatamente al socio predetto per la determinazione della quota da liquidare a questo o ai suoi eredi. Pertanto, se nel contratto sociale sia riconosciuta, ai soci che conferiscono soltanto il loro lavoro, parità di diritti nella ripartizione dei guadagni e delle perdite, siffatto criterio deve seguirsi anche all'atto dello scioglimento del rapporto sociale nella liquidazione della quota al socio uscente. Se, viceversa, manchi una tale determinazione convenzionale, il valore della quota già spettante al socio conferente la propria opera è, ai fini della sua liquidazione, fissato dal giudice secondo equità, assumendo a base la situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si è verificato lo scioglimento*».

In tema anche la sentenza Cass., Sez. I, 15 marzo 1961, n. 580 secondo cui: «*sempreché sia immune dai vizi logici e giuridici, è incensurabile in Cassazione l'apprezzamento del giudice di merito in ordine alla esistenza di una società di fatto. Se è vero che la lettera dell'art. 2263 c.c. concerne solo la presunzione circa la misura della ripartizione tra i soci dei guadagni e delle perdite una volta che sia conosciuto l'importo dei conferimenti di ciascun socio, tuttavia ciò non esclude che la retta interpretazione della norma possa includere anche una presunzione inversa, da valere, cioè, per il caso in cui siano note le misure dei profitti e delle perdite e non siano note, invece, gli apporti dei singoli soci*».

*parte di essi per costituire una riserva, fino a che questa non abbia raggiunto il quinto del capitale sociale.*

Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che, in tema di società per azioni, «il diritto individuale del singolo azionista a conseguire l'utile di bilancio sorge soltanto se e nella misura in cui la maggioranza assembleare ne disponga l'erogazione ai soci, mentre, prima di tale momento, vi è una semplice aspettativa, potendo l'assemblea sociale impiegare diversamente gli utili o anche rinviarne la distribuzione all'interesse della società»<sup>18</sup>. È da questa differenza, infatti, che si desume che, per le società di capitali, a differenza di quelle di persone, non sussista un diritto individuale alla distribuzione periodica; in altri termini, non basta perciò che un utile sia realizzato affinché i soci possano pretendere la percezione. Infatti, nelle società di capitali l'approvazione del bilancio di esercizio non determina di per sé l'insorgere di un *diritto individuale* dei soci all'immediata assegnazione della propria parte degli utili. Per il conseguimento degli utili non è dunque sufficiente l'approvazione del bilancio da cui risultino utili *realmente conseguiti* (art. 2433, co. 2, c.c.), ma è necessario pure che l'assemblea deliberi la distribuzione degli utili sotto forma di dividendi. «Il diritto dei soci è, cioè, un diritto agli utili e non al dividendo»<sup>19</sup>. Per concludere, riprendendo il discorso relativo alla natura delle situazioni soggettive già condotto con riferimento alle società di persone, è possibile dire che, diversamente da quanto accade per queste, nelle società di capitali il diritto agli utili del socio non è un diritto a pretendere beni corrispondenti alla quota che si aveva già – come precisato sopra – ma piuttosto si tratta di un diritto di pretendere dalla società il compimento di quell'atto di devoluzione, per effetto del quale si attua il trasferimento di un bene dalla società al socio<sup>20</sup>.

## **1.2. La compatibilità delle previsioni alternative con il divieto di patto leonino ex art. 2265 c.c.**

Le disposizioni finora analizzate con riferimento agli strumenti con cui i soci possono disporre riguardo alla ripartizione degli utili o delle perdite hanno chiarito l'intento del legislatore di lasciare che i soci decidano quale regolamento attuare, grazie all'autonomia decisionale di cui per natura sono dotati. Tale possibilità mette i soci – sia delle società di persone che di quelle di capitali - nella posizione di godere di una libertà, più o meno ampia, nell'applicazione di metodi di ripartizione non proporzionale in sede di distribuzione dell'utile. Poiché i rapporti in cui i soci potrebbero venire a

---

<sup>18</sup> Cass., 11 marzo 1993, n. 2959

<sup>19</sup> GENGHINI L., *Le società di persone*, II edizione, Padova, 2021, p. 200

<sup>20</sup> CUCINELLA G., *Codice commentato delle società*, a cura di Abriani N. e Richter M.S., Artt. 2247.2483 c.c., Milano, 2010, Società di persone, *sub* art. 2262, p. 128

trovarsi a seguito da tali identificazioni potrebbero tradursi in disparità di trattamento, la legge pone come principale limite alla discrezionalità di cui sopra il divieto stabilito nell'art. 2265 c.c. inerente al patto leonino. Quest'ultimo è giuridicamente definito *il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite*. In altri termini, a nessun socio è consentito fare la parte del leone, prevedendo esclusioni di partecipazione totale di altri soci o proprie, in sede di distribuzione dell'utile.

Il fondamento del divieto di patto leonino è discusso. In primo luogo, la *ratio* di questa norma pare principalmente essere collegata alla natura stessa del contratto sociale<sup>21</sup>, il quale esige che l'attività economica segua il suo naturale decorso e che la partecipazione dei soci avvenga per tutti allo stesso modo, senza pertanto consentire eventuali sopraffattori intenti di alcuni soci su altri, al fine di assicurare che la distribuzione si realizzi nel rispetto del coinvolgimento di tutti i soci aventi diritto, e non solo di alcuni. È per questo, infatti, che con riferimento alle società di capitali, un ulteriore limite all'autonomia statutaria dei soci è dato dal divieto di discriminare gli azionisti appartenenti alla stessa categoria<sup>22</sup>. Secondo questa teoria, dunque, il fondamento del divieto di patto leonino è ravvisabile nell'incompatibilità del patto stesso con la causa del contratto sociale e con la funzione economica del contratto di società, vista come comunità di persone cooperanti per lo svolgimento di una data attività economica, al fine del conseguimento di un guadagno, e sottoposte ad un'alea comune. Sul punto la giurisprudenza afferma con determinazione che *la ratio della nullità del patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite, sta nel contrasto del patto stesso con l'essenza della società, in quanto non è possibile essere soci senza essere al tempo stesso partecipi dei risultati dell'attività sociale*<sup>23</sup>. Completa questa teoria, infatti, la concezione secondo cui non è solo la

---

<sup>21</sup> Osserva infatti RAGUSA MAGGIORE G., Trattato delle società, I – Le società in generale, Le società di persone, CEDAM Padova, 2000, pp. 274 – 275, che «sono ovvie le ragioni di tale nullità, che affonda le radici nella causa stessa del contratto di società», poiché «un patto del genere trasformerebbe il contratto di società in un contratto di associazione in partecipazione», per cui l'inserimento di un patto leonino provocherebbe, ad avviso dell'Autore, «la nullità del rapporto sociale limitatamente al socio escluso dalla partecipazione agli utili o alle perdite, secondo il principio della nullità parziale del contratto, di cui all'art. 1419 cod. civ.», mentre «per il resto non c'è motivo di travolgere l'intero assetto contrattuale, a meno che si tratti di un socio la cui presenza sia determinante per l'esistenza della società».

Nel senso che la ragione della nullità sia da rinvenirsi nel contrasto del patto con l'essenza della società, altresì, FERRARA JR. G. – CORSI F., Gli imprenditori e le società, Milano, 2006, p. 252 ss., che infatti sottolinea come «non si può esser soci senza essere per ciò stesso partecipi dei risultati dell'attività sociale: d'altro canto è contraddittorio che un socio sia escluso dal partecipare ai guadagni, che corra il rischio di perdere il conferimento senza una utilità corrispondente, o che sia completamente escluso dalle perdite, per modo che possa conseguire un utile senza rischiare nulla» e che «la ragione della nullità non può non essere identica nelle due ipotesi».

<sup>22</sup> SFAMENI P., Azioni di categoria e diritti patrimoniali, Giuffrè Editore, 2008, p. 75 e ss. Secondo quanto sostenuto sul punto dall'autore, «la libertà di deviazione dal principio di uguaglianza proporzionale in relazione ai profili patrimoniali tipici trova dei limiti, come avverte l'art. 2348 c.c., solo in disposizioni di legge».

<sup>23</sup> Cass., 22 giugno 1963, n. 1686

divisione degli utili ad essere considerabile come elemento essenziale del contratto di società, ma anche la partecipazione alle perdite, come dimostra proprio anche l'art. 2265 c.c. che vieta il patto leonino.

La disposizione proibitiva così introdotta richiama un concetto che trova le sue origini in tempi antichissimi rispetto a quelli in cui ci troviamo attualmente, risalenti all'epoca della società romana e ancor di più quella medievale<sup>24</sup>. Perciò, non stupisce il fatto che le modalità di espressione formale di tale divieto di siano modificate nel corso del tempo, diversamente dall'impostazione della norma, che ha conservato lo scopo principale di considerare la partecipazione di tutti i soci alle perdite e ai guadagni in modo non tanto connaturale al contratto di società, ma quanto più inerente ad imposizioni di legge esistenti per ragione di ordine morale, volte a salvaguardare i contraenti economicamente più deboli<sup>25</sup>. Sul punto, è possibile dire che la dottrina ha espresso ulteriori orientamenti rispetto alla *ratio* di tale istituto. Da un lato, vi è chi fa risiedere la *ratio* della norma distinguendo tra *a*) il patto di esclusione dalla partecipazione agli utili, nullo per mancanza di causa rinvenibile nello scopo-fine del contratto di società *ex art. 2247 c.c.*, e *b*) il patto di esclusione dalla partecipazione alle perdite, anch'esso nullo per illiceità della causa in quanto risulterebbero violate le disposizioni in materia di convenzioni usurarie. Questo orientamento si è poi evoluto progressivamente fino a individuare nell'art. 2265 c.c. una *ratio* più unitaria, rintracciabile in un principio di ordine pubblico – di tipo morale e politico - ed economico avente lo scopo di garantire che la società venga condotta nell'interesse dei soci, dei creditori e della collettività. La tesi secondo cui la norma sia connessa ad interessi di natura anti-usuraria ha riscosso per lungo tempo ampio consenso tanto in dottrina quanto in giurisprudenza<sup>26</sup>, mentre restava minoritaria la tesi (solo parzialmente contraria) secondo cui il divieto sarebbe posto a presidio del principio di uguaglianza delle prestazioni dei soci. Solo successivamente, si è cominciata ad affermare la tesi secondo cui l'intento del legislatore è quello di considerare la partecipazione sociale e quella alle perdite come un tutto inseparabile, cosicché possa dedursi che la legge ha voluto che il socio fosse necessariamente partecipe del rischio sociale, per ragioni di politica economica. L'unitarietà di questi

---

<sup>24</sup> L'art. 2265 c.c. può inoltre essere considerato come la trasposizione moderna dell'abrogato art. 1719 del Codice civile del 1865. Il concetto di esenzione di taluno dei soci trova significativo eco nei primissimi approfondimenti sul tema che risalgono all'epoca della giurisprudenza teorica formatasi nel Regno d'Italia e nel codice abrogato del 1865. La disposizione che viene citata era fin da quei tempi considerata la riproduzione italiana del principio già esistente nell'ordinamento francese, precisamente collocato nel codice Napoleone ed era formulato in questo modo: «È nulla la convenzione che attribuisce ad uno dei soci la totalità dei guadagni. Parimenti è nulla la convenzione, per cui i capitali o effetti posti in società da uno o più soci si dichiarassero esenti da qualunque contributo nelle perdite».

<sup>25</sup> Si pronuncia in tal senso SRAFFA A., Patto leonino e nullità del contratto sociale, in Riv. dir. comm., 1915, I, p. 956 ss., secondo cui «la norma possiede un carattere eminentemente etico, in contrasto con l'intero ordinamento positivo del nostro diritto delle obbligazioni, ed in natura anti usuraria». Le stesse conclusioni in merito saranno condivise anche da altri.

<sup>26</sup> Si vedano, tra le altre, Cass. 22 giugno 1963, n. 1618, in Giust. civ., 1963, I, p. 2040 ss.; Cass. 25 marzo 1966, n. 787, in Giust. civ., 1966, II, p. 570; Cass. 12 settembre 1970, n. 1401, in Mass. Foro it., 1970, c. 461.

due concetti – definiti in dottrina come *due facce della stessa medaglia* – starebbe nella specularità dei divieti, finalizzati, in prospettive opposte a garantire il buon funzionamento della società. Pertanto, in un sistema societario in cui l'autonomia contrattuale attribuisce ai soci la libertà di determinare la proporzione della rispettiva partecipazione agli utili e alle perdite, il divieto di patto leonino rappresenta il limite a tale autonomia, finalizzato «da un lato, ad impedire « per ragioni di politica economica » la partecipazione di un socio in conflitto o in difetto di interesse; dall'altro, a garantire che, per quanto nella multiforme varietà di soluzioni determinate dall'esercizio dell'autonomia contrattuale, sia comunque mantenuta una correlazione sia pure minima tra potere di gestione e rischio di impresa»<sup>27</sup>. Pertanto, le considerazioni di ordine etico, anti-usurario ed unitario alla base dell'estensione dell'originaria proibizione di *societas leonina* al patto di esclusione di taluno dei soci dai guadagni o dalle perdite sono spunto di riflessione per quanto riguarda l'attuale interpretazione che, a seguito delle intervenute modifiche legislative, è possibile attribuire alla funzione del suddetto divieto. Dopo averne compreso la *ratio*, cerchiamo ora di analizzare la portata effettiva di tale divieto, con riferimento ai soggetti che potrebbero essere influenzati dalla sua relativa attuazione.

**a) Considerazioni sull'ambito di applicazione del divieto.** Pur essendo il divieto collocato in materia di società di persone, vi è una parte della dottrina – come si avrà modo di precisare tra poco – che ritiene che il divieto di patto leonino possa essere considerato un principio generale e come tale, risulti possibile applicarlo a tutti i tipi societari, comprese le società di capitali. D'altra parte, però, vi è chi ritiene che il patto leonino non possa applicarsi indistintamente anche alle società di capitali in quanto l'applicazione del divieto debba essere circoscritta «alle sole società di persone, alle s.a.p.a., in caso di promesse di esonero delle perdite fatte dall'accomandatario, oltre che nelle s.r.l. ove vi siano soci d'opera»<sup>28</sup>.

In realtà si tratta di un concetto estremamente controverso, ma comunque il tentativo di considerare la norma di cui all'art. 2265 c.c. come un principio generale è spunto di riflessione e pare, in un certo senso, giustificato dal fatto che una delle *ratio* attribuita al divieto di patto leonino sia quella che considera lo stesso anche come uno strumento a presidio di interessi ben più profondi, in grado di sottolineare come «l'imputazione dei risultati attivi e passivi della gestione sociale costituisce dunque elemento connaturale alla partecipazione sociale in virtù dell'istanza di vertice ad una sana e corretta

---

<sup>27</sup> TORSELLO M., Saggio sulla partecipazione a scopo di finanziamento e patto leonino parasociale, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 904

<sup>28</sup> SPOLIDORO M.S., Clausole put e divieto di società leonina, in *Riv. soc.*, 2018, p. 1285 ss.

amministrazione dell'ente»<sup>29</sup>. Analizzando più nello specifico le due linee di pensiero relative alla possibilità di considerare il divieto di patto leonino come un principio generale applicabile a tutti i tipi societari, partiamo dalla tesi favorevole, sostenuta dalla recente giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>30</sup> che ha ritenuto che la norma dettata all'art. 2265 c.c. sia *transtipica* e pertanto valga per tutte le società, non solo quindi per le società di persone per le quali è esplicitamente dettata o richiamata<sup>31</sup>. Sul punto la dottrina chiaramente afferma: il rischio di capitale limitato per definizione alla quota di capitale di cui il socio è titolare, può essere ulteriormente attenuato in via convenzionale, mediante clausole statutarie o patti parasociali diretti a graduare diversamente l'incidenza delle perdite sulle prospettive partecipazioni<sup>32</sup>, salvo però il limite generale rappresentato dal divieto di patto leonino enunciato all'art. 2265 c.c. ma ritenuto pacificamente applicabile anche alle società di capitali<sup>33</sup>. Per arrivare alla conclusione nel senso della transtipicità la corte ha svolto un ragionamento che si basa essenzialmente sull'idea che vi siano norme imperative per conformità al tipo contrattuale, cioè perché imposte dalla natura tipica del contratto, e la legge non ammetterebbe dunque una società leonina proprio perché in contrasto con la definizione di società. Come si legge in un passo della motivazione, *se la societas è l'unione di più patrimoni al fine del raggiungimento dello scopo comune di suddividere i risultati dell'intrapresa economica, si pone in contrasto con questa causa tipica la totale esclusione di uno o più soci – quali soggetti titolari di una quota del capitale sociale – da quei risultati*; e più avanti la sentenza chiarisce che *il legislatore ha ammesso unicamente il contratto tipico di società – pur nei differenti schemi formali integrati da ciascun tipo predisposto dalla legge – al cui modello causale i soci non possono apportare deroghe idonee a snaturarne la funzione di contratto associativo. In questa prospettiva, dunque, si afferma che, essendo la ratio del divieto quello di preservare la purezza della causa societatis, lo stesso deve essere considerato come transtipico*. Sebbene le affermazioni della giurisprudenza siano estremamente chiare sul punto, non sono mancate altrettante

---

<sup>29</sup> PREITE F. – BUSI C., Trattato società di persone, Torino, 2015 p. 372 e ss.

<sup>30</sup> Cass., 4 luglio 2018, n. 17498

<sup>31</sup> ABRIANI N., Il divieto di patto leonino, Milano, 1994, p. 33 e ss.; ABRIANI N., La struttura finanziaria delle società di capitali nella prospettiva della riforma, in Riv. Dir. Comm., 2002, I, p. 131 e ss.; SFAMENI P., Azioni di categoria e diritti patrimoniali, Milano, 2008, p. 71 e ss. BARCELLONA E., Clausole di put & call a prezzo predefinito fra divieto di patto leonino e principio di corresponsività, Milano, 2004, p. 24 e ss.

<sup>32</sup> GAMBINO, Azioni privilegiate e partecipazione alle perdite, in Giur. comm., 1979, I, p. 379 secondo cui: «E le ragioni di ordine pubblico economico che hanno indotto il legislatore a configurare la partecipazione alle perdite quale elemento essenziale dello status socii anche nelle società a base capitalistica sono state puntualmente colte dalla dottrina nell'esigenza che «alla partecipazione alle decisioni e quindi alla possibilità di indirizzare la gestione sociale [...] corrisponda necessariamente una assunzione di rischio e, per conseguenza, sul piano giuridico di responsabilità, sia pure nei limiti della quota».

<sup>33</sup> ABRIANI N., La struttura finanziaria delle società di capitali nella prospettiva della riforma, in Riv. Dir. Comm., 2002, I, p. 131 e ss.

motivazioni dottrinarie nel senso opposto, che hanno affermato invece che il divieto di patto leonino non sia affatto una norma transtipica, che essa sia sì imperativa e d'ordine pubblico, ma sia propriamente da circoscrivere alle società di persone<sup>34</sup> e che essa abbia un significato particolare per le società di persone in cui alcuni soci, o tutti, prestino un conferimento d'opera<sup>35</sup>. Secondo questa impostazione, ne deriva inoltre che se il divieto è applicabile alle società di capitali, questo può accadere al massimo solo per le s.a.p.a., con riguardo a promesse di esonero dalle perdite fatte dall'accomandatario, oppure nelle s.r.l., dove vi siano soci d'opera, escludendo che possano esserci altri casi. Sebbene non sia semplice chiarire sul punto, sicuramente i profili di discussione che derivano da queste affermazioni lasciano intendere le potenzialità della disposizione ad influenzare diversi aspetti della vita societaria e più specificamente, i diritti patrimoniali dei soci. In conclusione, pare scontato interrogarsi sulla necessità di considerare le esigenze pratiche delle attività commerciali e degli strumenti escogitati nella prassi, fino a chiedersi se il patto leonino debba prima o poi essere oggetto di nuova considerazione alla luce dell'attuale panorama normativo societario. Per capire ciò, è necessario tuttavia procedere all'analisi del divieto considerando ordinatamente le disposizioni in materia coinvolte a seconda del tipo societario preso in considerazione.

### 1.2.1. L'atteggiamento del divieto nelle società di persone

Per quanto riguarda l'atteggiamento del divieto con riferimento alle società di persone va certamente sottolineato che, in tal senso suggerisce anche la collocazione stessa dell'art. 2265 del c.c., situato nel capo II, sezione II riguardante i rapporti tra i soci della società semplice<sup>36</sup>, la forma più elementare

---

<sup>34</sup> Che il patto leonino non potesse applicarsi indistintamente alle società di capitali era in realtà già stato messo in dubbio, in commento a Cass., 30 maggio 1941 (in Riv. dir. comm., 1942, II, 305 ss.), da GRAZIANI A., Patto leonino e contratto di garanzia, in Giur. comp. dir. comm., VI, 1941, 120 ss.

<sup>35</sup> SPOLIDORO M.S., Clausole put e divieto di società leonina, in Riv. Delle società, n. 5/6, 2018, p. 1295 e ss.

<sup>36</sup> DE LUCA N., Nota a Cass. Civ., 04 luglio 2018, n. 17498, Il socio "leone". Il revirement della Cassazione su opzioni put a prezzo definito e divieto del patto leonino, p. 9, secondo cui proprio la collocazione di tale divieto fornisce un indizio nel senso che sussiste un limite all'autonomia privata nella possibilità di qualificare "partecipazione" ciò che – anche solo nei rapporti con gli altri soci – non lo è. Per questa ragione, infatti, *si addita il divieto di patto leonino quale regola generale atta alla definizione tipologica dell'investimento societario: quando questo si qualifica come azionario, o comunque, come partecipativo, al titolare non possono essere riservati diritti tali da neutralizzare del tutto il rischio di investimento; e viceversa, non può qualificarsi azionario o, comunque, partecipativo un investimento che lo statuto intenda sottrarre ai rischi che devono connotare le azioni*. Da questa prospettiva deriva il corollario secondo cui, *poiché il divieto del patto leonino è regola che si impone per disciplinare i rapporti tra i soci, e cioè tra coloro che si devono assumere il rischio dell'attività economica comune, la stessa non ha ragione di limitare l'autonomia privata quando si tratti di disciplinare rapporti non tra soci, bensì tra soci ed altri investitori*. Perciò, per definizione non dovrebbe contrastare con il divieto del patto leonino l'attribuzione di un'opzione put a prezzo definito ad un soggetto che non debba qualificarsi come socio o azionista, in quanto lo strumento rappresentativo dell'investimento è riconducibile ad altra tipologia di investimento societario, conosciuta e legittimata dall'ordinamento, e segnatamente in materia di società per azioni, a quella delle obbligazioni o degli strumenti finanziari ex art. 2346, comma 6, c.c.

dell'organizzazione in forma societaria e che trova uguale applicazione con riguardo alle società in nome collettivo e in accomandita semplice (cfr. artt. 2293 e 2315 c.c.). Il divieto di esclusione di un socio dagli utili risulta enfatizzato in modo diverso rispetto alla stesura iniziale dell'articolo risalente al codice del 1865, infatti, l'attenzione del legislatore viene focalizzata unicamente sulla riscontrata necessità di garantire che i soci ricevano quanto di loro spettanza dalla ripartizione finale. In virtù di ciò, si comprende che il divieto nasce con lo scopo di preservare la causa sociale del contratto stesso, in prevalenza della tesi secondo cui l'esclusione è sostanzialmente incompatibile sia con gli elementi essenziali del contratto di società che con l'attività economica esercitata in comune *allo scopo di dividerne gli utili*. Proprio questo è il fondamento alla base dell'allora preponderante corrente di pensiero, che alla luce delle considerazioni suesposte, ha considerato l'altresì detto patto di esonero come un accordo prevaricatorio posto in essere dal socio cd leone, e come tale paternalisticamente avversato dal legislatore.

Ne deriva che, la partecipazione agli utili o alle perdite, qualunque che sia stata la regolamentazione scelta, non può ridursi ad una mera apparenza prova di qualsiasi contenuto sostanziale: infatti, cadrebbe pertanto sotto il divieto sia l'ipotesi in cui la partecipazione sia del tutto irrisoria, sia quella in cui la partecipazione rappresenti una mera possibilità astratta e perciò irrealizzabile. La validità di tali patti viene meno quando, considerati i risultati che eventualmente potranno essere raggiunti e delle perdite che potranno verificarsi, in concreto la partecipazione degli altri soci agli utili sia addirittura annullata o ridotta ad una mera ipotesi o, invece, nel caso in cui le perdite gravino esclusivamente su di essi. Infine, la nullità del patto leonino – su cui si preciserà tra poco – deve affermarsi sia che questo trovi la propria fonte nello stesso contratto sociale (nella forma di una clausola statutaria<sup>37</sup>), sia che si attui attraverso un'autonoma convenzione (nella forma di un patto parasociale).

Con riferimento alle società di persone poi, è interessante comprendere come il divieto sia stato analizzato anche nella prospettiva della necessaria responsabilizzazione del socio rispetto al rischio di impresa, che risulterebbe ridotto nei confronti dei soci individuati come titolari del patto di esclusione. Il contesto inerente alla considerazione di una relazione tra il potere gestorio e il rischio imprenditoriale porta ad interpretare il precetto normativo come uno strumento per garantire il coinvolgimento del socio nell'attività sociale, al fine di incentivarlo al miglior perseguimento degli scopi sociali e

---

<sup>37</sup> Cass., 21 gennaio 2000, n. 642 secondo cui: «*Le clausole di esclusione dagli utili o dalle perdite è valida quando sia bilanciata dall'esonero del socio dall'obbligo di sopperire al fabbisogno finanziario della società, posto a carico degli altri soci. Il cosiddetto patto leonino, vietato ai sensi dell'art. 2265 c.c., presuppone la previsione della esclusione totale e costante del socio dalla partecipazione al rischio di impresa o dagli utili, ovvero da entrambi. Esulano, pertanto, da tale divieto le clausole che contemplino la partecipazione agli utili e alle perdite in una misura difforme da quella inerente ai poteri amministrativi, sia che condizionino in alternativa la partecipazione o la non partecipazione agli utili o alle perdite al verificarsi di determinati eventi giuridicamente rilevanti*».



contestualmente, alla prudente vigilanza sugli affari ad essi collegati. Si tratta infatti di una peculiarità che è insita ancor di più nel funzionamento di questo tipo societario direttamente inteso, a fronte della pressoché tendenziale coincidenza tra la posizione del socio e quella dell'amministratore, diversamente accade per le società di capitali in cui queste posizioni tendono ad essere dissociate tra loro a causa del diritto di *voce* esercitabile dai soci in assemblea, in cui appunto è delegata la nomina degli organi di amministrazione.

È interessante vedere come alla luce di queste considerazioni, sia stata proposta una rilettura dell'art. 2265 c.c. come una «norma chiave nell'architettura tipologica del contratto sociale, configurandosi come una disposizione di ordine pubblico economico diretta a tutelare il buon funzionamento delle società come enti economici collettivi e a garantire una regolare ed equilibrata formazione della loro volontà»<sup>38</sup>. A fronte della dimostrata correlazione tra rischio e potere di gestione, si potrebbe sostenere che il fondamento dell'art. 2265 c.c. sia ravvisabile prevalentemente – ma c'è chi afferma non esclusivamente - nelle società di persone, nelle quali pare emergere in modo non indifferente<sup>39</sup> la sovrapposizione fisiologica fra qualità di socio, carica di amministratore e relativa responsabilità illimitata. La disciplina dell'attività sociale si caratterizza infatti, per l'ampio spazio lasciato alle parti con l'autonomia negoziale di cui queste dispongono. In assenza di particolari disposizioni a riguardo, il legislatore fornisce dei principi che prevedono rispettivamente che: ogni socio illimitatamente responsabile<sup>40</sup> è investito del potere di amministrazione (art. 2257 c.c.) e di rappresentanza (art. 2266 c.c.) della società; è per contro necessario il consenso di tutti i soci per le modificazioni del contratto sociale (art. 2252 c.c.). Questo modello legale non ha però carattere rigido; i principi enunciati hanno infatti in larga parte carattere dispositivo e trovano applicazione solo se i soci non hanno diversamente disposto nell'atto costitutivo. L'idea di fondo, che certamente domina questo aspetto della disciplina

---

<sup>38</sup> ABRIANI N., Il divieto di patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 44 e ss., nello stesso senso anche G. Oppo, Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società, in Riv. Dir. Civ., 1987, 587, secondo cui «*se il socio è privato dell'utile o esonerato dalle perdite, di riflesso l'interesse della società è minacciato dalla partecipazione di chi non ha più l'interesse tipico di socio*».

<sup>39</sup> Si tratta di una eventualità non indifferente appunto, ma non unica. Secondo le disposizioni normative previste in materia di organi di amministrazione delle società di persone, la possibilità di delegare la gestione degli aspetti amministrativi societari esiste sia per le società semplici che per quelle in nome collettivo, nei confronti di un solo socio.

<sup>40</sup> Per le società di persone, è data la possibilità di prevedere il beneficio della responsabilità limitata a favore dei soci tramite espressa pattuizione nel contratto sociale, seppur con le limitazioni previste dalla legge in virtù del quale nelle società semplici sia consentito solo per i soci che non amministrano e a condizione che il patto abbia avuto pubblicità in modo idoneo. Lo stesso si prevede per le società in accomandita semplice, per le quali in questo caso il socio accomandante può beneficiare fino a che non compia atti di gestione. In tal senso GALGANO F., Trattato di diritto civile, Padova, 2011, p. 40 giustifica la eventuale decadenza del beneficio in quanto «*È, in tal modo, normativamente realizzata, nelle società di persone, quella correlazione tra potere economico e rischio economico che l'economia classica teorizza come elemento equilibratore dell'intero sistema produttivo: il rischio di impresa, ossia il rischio di perdere la propria ricchezza, è destinato ad operare come contrappeso del potere economico e, di conseguenza, quale garanzia del suo buon esercizio*».

delle società di persone, è che i soci sono liberi di modellare il funzionamento della società nel modo che ritengono più opportuno e proficuo in quanto di regola rischiano anche il proprio patrimonio personale<sup>41</sup>.

### 1.2.2. L'atteggiamento del divieto nelle società di capitali

Passando all'analisi del divieto con riferimento alle società di capitali è possibile dire che, secondo quanto brevemente accennato sopra, il legame tra proprietà e amministrazione è solo eventuale. Viene pertanto in rilievo il fatto che, in questo tipo societario, il potere di gestione può essere affidato anche a soggetti che non hanno alcuna partecipazione nella società di cui detengono le redini societarie. Alla luce dei diversi fattori e caratteristiche coinvolti nelle società ivi presentate, bisogna desumere che la trasposizione del divieto di patto leonino non è facile, dovendo a tal punto avere riguardo, soprattutto con riferimento alla società per azioni, del fatto che la visuale interpretativa necessita di uno spostamento dal socio all'azione, essendo quest'ultima elemento incorporante delle posizioni giuridiche del relativo titolare. Pertanto, non è il socio a non poter essere estromesso dalla partecipazione agli utili ma l'azione, che rappresenta in questo caso l'unico referente con il quale l'operazione finale di riparto viene in relazione. La valutazione di conformità della clausola statutaria con il divieto in oggetto deve essere condotta guardando non tanto alla posizione giuridica individuale del socio titolare ma quanto più alla considerazione oggettiva e complessiva della partecipazione azionaria<sup>42</sup>. Con riguardo invece al discorso inerente al rapporto tra potere gestorio e rischio, nelle società di capitali lo stesso può essere definito di tipo unilaterale. Difatti, colui che può essere partecipe nella gestione degli affari sociali, non può essere escluso dalle alee inerenti all'andamento dell'impresa, per il solo fatto che «il socio capitalista, se non partecipa direttamente alla gestione sociale, ha tuttavia [...] il potere di influire sulle scelte decisionali, in primo luogo esercitando il proprio diritto di voto, [...] egli non può essere escluso dal rischio di capitale» e ancora «ciò che l'ordinamento non tollera è che a determinare la volontà sociale concorra, in modo potenzialmente decisivo, un soggetto sul quale non grava alcun rischio imprenditoriale»<sup>43</sup>. Dunque, sebbene questa impostazione abbia ottenuto dalla

---

<sup>41</sup> CAMPOBASSO G.F., Diritto commerciale, vol. II, Diritto delle società, Torino, 2018, pp. 87 e ss.

<sup>42</sup> DE ACUTIS M., Le azioni di risparmio, Giuffrè, Milano, 1981, p. 120 secondo cui: «*Conseguentemente una categoria azionaria che esenti le relative azioni da ogni incidenza del saldo attivo e/o passivo determinerà in ogni caso la violazione del divieto, anche se in concreto non vi sia alcun socio escluso dagli utili e/o dalle perdite, risultando ogni membro della compagine titolare anche di azioni ordinarie che, come tali godono della partecipazione all'utile e sopportano l'incidenza delle perdite*».

<sup>43</sup> ABRIANI N., Il divieto di patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative, Giuffrè Milano, 1994, p. 73 e ss.

dottrina e dalla giurisprudenza una adesione abbastanza ampia nel complesso, una sua interpretazione eccessivamente rigorosa potrebbe condurre all'estrema situazione per cui, i soci privi della prerogativa di essere amministratori o di influire in qualche modo sull'andamento gestorio potrebbero essere legittimamente estromessi dalla partecipazione agli utili o alle perdite. Tuttavia, va da sé che tale conclusione non è condivisibile, proprio perché l'art. 2265 c.c. stesso lascia dedurre senza alcun dubbio che la partecipazione deve riguardare la posizione di tutti i soci, indistintamente considerati e senza dover, a tale scopo assumere rilievo indirizzante ed escludente la posizione giuridica da questi detenuta per quanto riguarda l'amministrazione eventuale dell'ente.

In questo modo, si viene a precisare che, attraverso tale ragionamento, ogni socio, per il solo fatto di essere tale, deve necessariamente sottostare al rischio imprenditoriale insito in tale posizione giuridica, compresa la conseguente possibilità per lo stesso di godere dei risultati positivi derivanti dall'attività economica e patendo altresì il possibile risultato negativo.<sup>44</sup> Il divieto di patto leonino, riconsiderato come elemento complementare della *causa societatis*, assume un significato pregnante per l'interpretazione del tutto attuale del più volte citato art. 2265 del c.c.

Una volta ricondotta tale *ratio* alla causa del contratto sociale, si comprende il motivo per cui sia nata la linea di pensiero che considera il divieto di patto leonino come un principio generale di diritto e come tale, perciò, in grado di operare nei confronti tanto delle società di persone quanto in quelle di capitali. In generale, comunque, è possibile dire che il divieto di patto leonino pone un concreto limite oltre il quale l'autonomia negoziale dei soci non può spingersi nel derogare al tradizionale principio di proporzionalità previsto in sede di ripartizione degli utili o delle perdite, in stretta correlazione con l'entità della partecipazione e della misura dei rispettivi diritti patrimoniali coinvolti. Sicché, il diritto all'utile o l'incidenza delle perdite possono essere connessi ad una partecipazione in misura maggiore o minore rispetto a quella proporzionale, ma non potranno essere del tutto soppressi perché considerati elementi essenziali per l'esistenza di partecipazioni sociali regolari, e solo nel rispetto di tale limite, pertanto, le parti potranno prevedere degli strumenti di ripartizione del risultato attivo o negativo che occorra. Le annotazioni così enunciate paiono condurre dunque ad una ulteriore disamina del contenuto e della portata di una norma che trova attualmente spazio nel diritto positivo e alla considerazione della stessa in quanto – teoricamente - espressione di un principio generale il cui prevalente scopo sia quello

---

<sup>44</sup> AA. VV., *Diritto delle società*, Manuale breve, Milano, 2012, p. 48, in cui si afferma che «la nullità di questi patti, sancita dall'art. 2265 c.c., è da ricollegarsi alla loro stessa incompatibilità con la causa stessa del contratto di società»; non condivisibile in modo esclusivo appare pertanto l'affermazione secondo la quale il divieto risponderebbe anche «all'esigenza di evitare che l'esclusione di uno o più soci dalla partecipazione agli utili (o alle perdite) incida negativamente sulla corretta amministrazione della società». Come già emerso, infatti, se quest'ultima fosse la ratio unica della disposizione dovrebbe concludersi che la partecipazione agli utili e alle perdite debba connotare esclusivamente la posizione di chi può influire sull'amministrazione.

di completare la definizione stessa di contratto sociale, alla luce del quale per ogni tipologia formalistica prescelta debba limitarsi l'autonomia negoziale avente ad oggetto la determinazione del contenuto patrimoniale delle partecipazioni in misura non proporzionale.

### 1.3. Il contenuto del divieto

In base a quanto detto finora, si è chiarito l'atteggiamento estremamente intollerante del legislatore nei confronti della predisposizione di clausole che possano violare il divieto di patto leonino, in quanto considerato una deviazione strutturale della causa societaria, che al contrario non può subire modificazioni snaturanti del rapporto per tutta la sua durata. Venendo ora ad una interpretazione esegetica del più volte citato art. 2265 c.c., il testo enuncia che l'oggetto della disposizione riguarda le sole pattuizioni che abbiano lo scopo di escludere in modo assoluto il socio da *ogni partecipazione agli utili o alle perdite*. Nonostante la formulazione pressoché chiara della norma, solitamente si tende ad applicare un'interpretazione estensiva al fine di non vanificare gli sforzi del legislatore, essendo che, data la precisione espositiva le parti difficilmente inseriranno un oggetto altrettanto chiaro e semplice da individuare. Qualora l'ambito di applicazione fosse circoscritto alle sole pattuizioni che prevedano una esclusione da *ogni* partecipazione, infatti, si rischierebbe di svuotare la *ratio* per cui la stessa norma è stata concepita. A recare pregiudizio, infatti, possono essere anche quei patti che pur non prevedendo in modo esplicito l'esclusione totale del socio dagli utili, riescono ad impedirla a livello pratico. Infatti, «il divieto di esclusione dalla partecipazione agli utili o alle perdite deve essere riguardato in senso sostanziale, e non formale, per cui esso sussiste anche quando le condizioni della partecipazione agli utili o alle perdite siano, nella previsione originaria delle parti, di realizzo impossibile, e nella concretezza determinino una effettiva esclusione totale da dette partecipazioni»<sup>45</sup>.

È il caso, ad esempio, sia di specifiche previsioni che riguardino solo alcuni soci o categorie azionarie per attribuirgli una partecipazione meramente simbolica o addirittura, irrisoria, sia di clausole che subordinano il sorgere di determinati benefici al verificarsi di condizioni predeterminate in grado di coinvolgere solo un azionista, lasciando fuori dal beneficio patrimoniale gli altri membri. Il contenuto del divieto e la relativa compatibilità sono dunque oggetto di valutazione a seconda della misura del beneficio contemplata nei confronti del soggetto da questa stabilito e di riflesso, della compressione delle prerogative patrimoniali che si generano in capo a chi non è ricompreso nelle condizioni previste. Il procedimento da seguire per stabilire se la clausola possa considerarsi valida in

---

<sup>45</sup> DE LUCA N., Nota a Cass. Civ., 04 luglio 2018, n. 17498, Il socio "leone". Il revirement della Cassazione su opzioni put a prezzo definito e divieto del patto leonino, p. 16

tal senso è di tipo prettamente esegetico, e consiste nella “decodificazione” del significato letterale e del suo atteggiamento rispetto a cosa debba intendersi per *ogni partecipazione agli utili e alle perdite*. Al fine di condurre una trattazione il più possibile completa, l’analisi dei fattori che devono essere presi in considerazione per compiere la valutazione di compatibilità è divisa in profili, rispettivamente di tipo probabilistico, quantitativo, dell’assolutezza e della costanza.

a) **Profilo probabilistico.** La valutazione che deve essere condotta è senz’altro riconducibile ad un’operazione del tutto oggettiva, da condurre caso per caso, considerando le caratteristiche concrete e sussistenti al momento della stipula del contratto sociale o comunque di introduzione della clausola oggetto di discussione<sup>46</sup>. Va da sé che, in base a questa premessa, non dovrà tenersi conto degli avvenimenti occorsi successivamente alla predisposizione della clausola e che ne modifichino in qualche modo l’operare, anche se è stato rilevato come «la concreta applicazione della clausola statutaria nel corso degli esercizi sociali potrà fornire un riscontro materiale della concreta portata dell’accordo e dunque elemento sintomatico della sua nullità originaria»<sup>47</sup>. Deve pertanto ritenersi che, la compatibilità di una clausola manca se, fin dall’inizio questa abbia avuto l’effetto di escludere in modo certo un socio o una partecipazione azionaria dalla partecipazione al relativo risultato, senza possibilità di ribaltare tale conclusione in un momento successivo alla sua previsione in virtù dei risultati economici che la clausola abbia effettivamente prodotto. Ciò detto, si può concludere dicendo che saranno vietate le clausole che subordinano il diritto all’utile del socio o di alcuni soggetti in particolare al raggiungimento di obiettivi considerati irraggiungibili oppure che richiedano la tolleranza di perdite talmente disastrose da considerarsi anch’esse irrealizzabili.

b) **Profilo quantitativo.** Con riferimento al secondo profilo, il procedimento di valutazione della compatibilità di una clausola si basa anche sul profilo quantitativo, in base al quale si presenta la possibilità di ribadire che l’estromissione illegittima è esclusivamente quella di tipo totale. Da ciò consegue che, le pattuizioni che determinano la partecipazione agli utili in modo meramente formale devono essere considerate illegittime, anche se non ci sono particolari parametri che stabiliscano limiti invalicabili tra la sproporzione e la misura patrimoniale. La questione, pertanto, riguarda

---

<sup>46</sup> BIANCA C.M., Diritto civile, vol. III, Il contratto, Milano, 2000, p. 611. In tema, è d’obbligo segnalare che in ipotesi eccezionali, la dottrina e la giurisprudenza hanno rinvenuto la compatibilità di fattispecie di nullità successiva o sopravvenuta. «*Il giudizio di validità del contratto dev’essere formulato in relazione alla situazione di fatto e alle norme vigenti al momento del suo perfezionamento*» – principio generale che porta ad escludere la configurabilità di un patto leonino cd. sopravvenuto, ciò nonostante «*non può tuttavia escludersi che il contratto inizialmente valido divenga successivamente invalido in quanto oggetto di una valutazione di illiceità o per l’eccezionale efficacia retroattiva della legge o perché l’ulteriore attuazione del rapporto si pone in contrasto con la nuova norma*».

<sup>47</sup> ABRIANI N., Il divieto di patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative, Giuffrè, Milano, 1994, p.60

sostanzialmente come stabilire quando una partecipazione possa definirsi tale, poiché la misura non dipende propriamente dalla non proporzionalità della ripartizione, ma piuttosto dai risultati economici. Provando a teorizzare un meccanismo più o meno generale di valutazione, sostanzialmente il procedimento da svolgere comprende la ricerca di una connessione di dipendenza tra la partecipazione irrisoria o esclusivamente simbolica e il risultato. L'interpretazione del divieto, infatti, si prefissa lo scopo di evitare che partecipazioni esigue sfuggano alla disposizione, in quanto anche le stesse potrebbero porsi in contrasto con la causa societaria, dovendo a tal proposito definitivamente richiedersi una valutazione caso per caso compiuta in modo accurato dal giudice. Conseguentemente, per quanto riguarda invece il discorso dell'incidenza delle perdite, anche queste possono diventare oggetto di disposizioni in sede di ripartizione. In ordine a tale discorso, è certamente d'obbligo citare quelle che nelle società di capitali si chiamano le azioni cd. postergate nelle perdite, cioè delle azioni che si prevede subiscano gli effetti delle perdite solo dopo che queste abbiano colpito altre categorie di azioni. Va da sé che, si tratta di una clausola non illegittima e pertanto non è considerata un'eccezione al divieto di patto leonino, in quanto con tali previsioni solitamente non si vuole escludere qualcuno dalle perdite ma semplicemente ridurne il rischio. Resta comunque valida la previsione secondo cui, la clausola di postergazione è valida solo se non corrisponda ad una esclusione totale dalle perdite o dagli utili. Per concludere sul punto della ripartizione del rischio, «esulano dal divieto le pattuizioni regolanti la partecipazione al rischio ed agli utili in misura difforme dall'entità della partecipazione sociale del singolo socio, costituenti espressione dell'autonomia statutaria, che nelle società per azioni trovano riscontro nella previsione delle azioni privilegiate, sia che si esprimano in una misura di partecipazione difforme da quella inerente ai poteri amministrativi (situazioni di rischio attenuato), sia che condizionino in alternativa la partecipazione o la non partecipazione agli utili o alle perdite al verificarsi di determinati eventi giuridicamente rilevanti»<sup>48</sup>.

**c) Profilo della assolutezza.** Continuando il discorso relativo ai profili caratterizzanti la valutazione di compatibilità delle clausole con il divieto di patto leonino, l'analisi può proseguire con un *focus* sul significato del vocabolo *assoluto* presente nella formulazione letterale della norma. In base a tale assunto, potrà dirsi che l'esclusione assoluta si verifica quando è per sua natura prevista come incondizionata, dovendo al contrario dirsi che, per la clausola condizionata questa debba essere tendenzialmente considerata come una esclusione relativa e pertanto, legittima. Per questi motivi, si è

---

<sup>48</sup> DE LUCA N., Nota a Cass. Civ., 04 luglio 2018, n. 17498, Il socio "leone". Il revirement della Cassazione su opzioni put a prezzo definito e divieto del patto leonino, p. 4

affermato che, con riferimento alle pattuizioni che subordinano l'esclusione dalla partecipazione ai risultati al verificarsi di determinate condizioni preventivamente individuate, queste debbano essere considerate come legittime e pertanto compatibili con il divieto di patto leonino. I concetti appena delineati aprono degli spiragli argomentativi, soprattutto in relazione al fatto che, gli eventi che possono essere contemplati dalla condizione della clausola sono connessi a caratteristiche intrinseche quali l'incertezza e la possibilità, entrambi derivanti dall'applicazione del meccanismo condizionale. Detti eventi, potranno essere individuati ad esempio in situazioni legate alla performance aziendale, basate su determinati parametri reddituali, patrimoniali e finanziari; pertanto, diventa elemento dirimenti ai fini della legittimità della clausola la valutazione della probabilità che l'evento si verifichi o meno. Quanto finora analizzato consente di procedere a valutare questa probabilità di accadimento in relazione ad eventi che possano o no verificarsi, ma, nel caso in cui la partecipazione al risultato venga fatta dipendere non tanto dal verificarsi dell'avvenimento ma quanto più dal decorso di un numero di esercizi oppure dal verificarsi di eventi dopo un certo lasso di tempo, non necessariamente coincidente con l'esercizio, viene in luce un altro aspetto di questa disciplina inerente al profilo della costanza dell'esclusione.

**d) Profilo della costanza.** L'ultimo profilo di questa analisi di compatibilità parte, pertanto, dalla definizione del termine *costanza*, e dal significato che questo assume con riferimento al protrarsi nel tempo dell'utilizzo di risorse che abbiano lo scopo di far ottenere un rendimento, categoria nella quale possono senza dubbio essere ricomprese anche le partecipazioni nel capitale sociale di una società. Tale profilo, infatti, assume un'importanza non irrilevante se si pensa al fatto che, spesso il motivo di un discostamento dal principio di proporzionalità è legato proprio ai diversi orizzonti temporali che coinvolgono gli investitori, essendo che, nel rispetto delle disposizioni legislative in materia, come più volte chiarito, nel rapporto di durata sociale, l'esclusione dalla partecipazione agli utili o alle perdite non può che essere protratta per un determinato lasso di tempo. A tal proposito, perciò, il ragionamento da condurre con riguardo a questo profilo, implica il capire quanto a lungo uno o più soci siano estromessi dalla partecipazione ai risultati di esercizio, senza che si attivi la violazione del divieto e la conseguente nullità di quanto pattuito. Resta quindi da analizzare quanto è vera la tesi secondo cui possa ritenersi «priva di rilievo la circostanza che l'esclusione dagli utili e dalle perdite si riferisca soltanto ad alcuni esercizi, e non all'intero arco della vita sociale»<sup>49</sup>. Sul punto, pare dirimente l'orientamento consolidato in giurisprudenza dalla Corte di Cassazione, secondo cui se l'esclusione

---

<sup>49</sup> ABRIANI N., Il divieto di patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative, Giuffrè, Milano, 1994, p. 61

temporalmente illegittima è quella *costante*, allora non resta che concludere come l'esclusione dal risultato per un determinato numero di esercizi non possa ricadere nell'ambito di applicazione del divieto. Pertanto, l'elemento dirimente di questo ragionamento sembra debba essere individuato nell'elemento essenziale del contratto sul punto del fattore tempo<sup>50</sup>, cioè della durata del contratto sociale, con la conseguenza che l'esclusione potrà avere luogo per un numero di esercizi più o meno significativi a seconda che la società sia costituita per avere un termine di durata indeterminata o determinata. Sebbene dunque, alcune considerazioni paiono suggerire un'interpretazione di clausole condizionanti compatibili con il divieto, alcuni dubbi sorgono con riferimento al momento successivo al verificarsi dell'evento oggetto di condizione. Infatti, pur se i soci sono stati in grado di partecipare al rischio sociale godendo del risultato fino ad un determinato periodo di tempo e per un determinato ammontare, a seguito del verificarsi dell'evento, potrebbero essere esclusi del tutto dalla partecipazione e di conseguenza, ciò non sarebbe più configurabile come legittimo.

#### **1.4. Le conseguenze della violazione**

Dopo aver analizzato l'ambito di applicazione del divieto e i possibili profili di analisi per quanto riguarda la compatibilità delle clausole previste dai soci, occorre ora valutare le conseguenze della sua violazione. Per fare ciò, si propone di cominciare tale ragionamento con una applicazione giuridica della dimostrazione matematica per assurdo, in grado di aiutare a comprendere i reali rischi che deriverebbero dalla considerazione lecita delle disposizioni di esonero totale dei soci dai risultati finali di esercizio. Ipotizzando che sia vero e legittimo il fatto che un socio sia esonerato in modo totale dalle perdite, egli certamente si troverebbe in una posizione di perdurante conflitto di interessi con gli altri soci che potrebbero invece guadagnare o perdere in egual misura. Allo stesso modo, un socio che si trovi ad essere escluso dagli utili, perderebbe di ogni interesse con riferimento alla gestione sociale, risultando di conseguenza del tutto disincentivato ad esprimere opinioni protettive dell'equilibrio societario in caso di investimenti del cui eventuale risultato utile comunque non potrebbe in alcun modo beneficiare. Queste conclusioni, dunque, portano a non poter altrimenti ragionare, se non considerando

---

<sup>50</sup> Inoltre, altro elemento caratterizzante da prendere in considerazione, se presente, riguarda la eventuale previsione di una condizione sospensiva o risolutiva. Nel primo caso infatti, il divieto sarebbe rispettato esclusivamente se al socio sia concesso di partecipare agli utili per un periodo di tempo insignificante rispetto all'intero periodo di vita della società; diversamente nel caso in cui la condizione sia risolutiva e cioè legata al decorso di un determinato evento che possa verificarsi solo con il decorso di un certo lasso temporale prevede che, fino al momento di verifica dell'evento oggetto di condizione, le partecipazioni conservino il diritto all'utile. Pertanto, con riferimento a questa ultima situazione prospettata, la compatibilità con il divieto pare sussistere, in quanto proprio il meccanismo risolutivo impedirebbe che la clausola possa estromettere un socio in modo totale dal risultato positivo, infatti, fino a che l'evento non si concretizzi, cosa non quantificabile con riguardo alla certezza o alla possibilità di verifica dell'evento, sui soci continua a gravare il tradizionale rischio d'impresa.



assurda la premessa data per vera ad inizio ragionamento, avendo questa condotto alla incompatibilità dei patti di esclusione totale di un socio, per i diversi motivi rilevati, con la ragione sociale per eccellenza, non lasciando altra strada se non quella di dover necessariamente utilizzare un divieto a protezione di situazioni conflittuali come quelle ipoteticamente rappresentate nel ragionamento condotto. Proprio questa constatazione implica che il divieto del patto leonino sia radicata in esigenze di tipo pubblico ed economico, in grado di influenzare il corretto funzionamento della società e chiarendo il motivo che risiede dietro alla severità della sanzione di nullità, in luogo di una mera annullabilità. La preoccupazione di reprimere la sproporzione tra partecipazione e ripartizione è perciò fortissima. La considerazione del fatto che il patto leonino trascende dall'unica esigenza di tutelare il socio debole, ma arrivi fino ad una circostanza di potere gestorio ed influenza relativa, si rivede nel tipo di sanzione che l'ordinamento prevede in caso di violazione del suddetto divieto, cioè la nullità assoluta. Si tratta di uno strumento, che solitamente viene impiegato per garantire la tutela di esigenze di carattere generale, e non di interessi classificabili come individuali, perché in quanto tali sarebbero disponibili solo per il relativo titolare e pertanto tutelabili con strumenti meno rigorosi. La norma deve pertanto intendersi come un presidio ritenuto necessario per la tutela di un atteggiamento che sia meditato da parte dei soci e inerente ai diritti patrimoniali connessi all'esercizio dell'attività economica. Secondo tale impostazione, infatti, appare che solo la partecipazione agli utili e alle perdite sia idonea al punto da evitare che alcuni dei soci siano indotti a deresponsabilizzarsi; pertanto, «vietando la partecipazione alle società di chi non ha l'interesse tipico del socio, la legge protegge infatti non solo gli altri soci, ma anche e soprattutto i terzi creditori e l'intero sistema economico che nell'istituto societario ha uno dei suoi assi portanti»<sup>51</sup>. Prima di entrare nel merito del discorso, va premesso che le clausole discusse fino ad ora possono essere formalmente previste come clausole statutarie cd. leonine, oppure come patto parasociale, diversamente causando una modulazione degli effetti. «Con riguardo a

---

<sup>51</sup> ABRIANI N., Il divieto di patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative, Giuffrè, Milano, 1994, p. 45. A tal proposito risulta interessante anche la precisazione del fatto che anche la giurisprudenza di legittimità pare concordare con questa linea di pensiero. Secondo la nota di CIAFFI A., Finanziarie regionali e patto leonino nonché Cass., 21 gennaio 2000, n. 642 in Soc., 2000, 697, «*rapportando il divieto in questione alla nozione di capitale sociale, la ragione per cui la legge ha imposto non solo la costituzione di un patrimonio sociale, ma anche la formazione ad opera di tutti i soci, è da ricercare nella volontà di rendere tutti i membri del gruppo partecipi del rischio d'impresa conseguente all'attività svolta al fine di garantire, nell'interesse generale, un esercizio avveduto e corretto dei relativi poteri. La possibilità di perdere, infatti, il valore economico rappresentato dal proprio conferimento, dovrebbe costituire un sufficiente stimolo a spingere il socio ad astenersi da operazioni eccessivamente aleatorie ed a prodigarsi per il favorevole esito dell'impresa. Coerentemente con questa impostazione, la legge, vietando l'esclusione dalle perdite ha voluto che il socio fosse partecipe del rischio sociale per ragioni di politica economica, in quanto colui che non partecipasse al rischio, ma solo all'utile, non porterebbero nella formazione della volontà sociale il medesimo interesse degli altri soci, ponendosi in conflitto di interessi rispetto agli stessi che possono sia perdere che guadagnare. In situazione omologa e contraria, l'esclusione dagli utili si ricollega alla necessità di impedire che un socio possa partecipare alla gestione in difetto di interesse alla stessa. Conseguentemente partecipazione agli utili e partecipazione alle perdite, in relazione al conferimento eseguito, costituiscono elementi essenziali ed inscindibili della partecipazione sociale, differenziando il socio dal semplice associato.*».

quest'ultimo, pare sufficiente osservare che l'eventuale nullità del patto parasociale leonino non potrà giammai reagire sulla singola partecipazione sociale, stante il carattere meramente obbligatorio della convenzione. Ben più complesso è il discorso relativo agli effetti delle clausole statutarie leonine, da articolare evidenziando le differenze tra società personali e capitalistiche»<sup>52</sup>. Concludendo sul punto, «il divieto riguarda non solo i patti societari, ma anche quelli parasocietari, in quanto, nella loro connessione funzionale con il contratto di società, si riflettano sul rapporto tra i soci»<sup>53</sup>. La giurisprudenza concorda sul tema, sostenendo che «il divieto, e la relativa sanzione di nullità, valgono anche per gli eventuali patti parasociali che siano destinati a produrre il medesimo effetto leonino, salvo che il loro specifico contenuto<sup>54</sup> risulti funzionale ad ulteriori interessi meritevoli di tutela e comunque connessi al buon andamento dell'impresa sociale»<sup>55</sup>.

#### **1.4.1. Nullità del patto di esclusione totale della partecipazione al riparto nelle società di persone**

Per quanto riguarda le società di persone, può rilevarsi che la considerazione dell'art. 2265 del c.c. in combinato disposto con l'art. 1367 del c.c. avente ad oggetto il principio di conservazione del contratto, esclude che «l'accertamento della violazione del divieto comporti l'invalidità dell'intero contratto di società, come invece ritenuto dalla dottrina largamente maggioritaria formatasi nell'impero dell'abrogato c.c. del 1865»<sup>56</sup>. In questo modo, il principio ora presentato porta inevitabilmente a rifiutare non solo l'opinione secondo cui la nullità possa ripercuotersi sull'intero contratto sociale, ma

---

<sup>52</sup> PREITE F. – BUSI C., Trattato società di persone., Torino, 2015, p. 405

<sup>53</sup> TRABUCCHI A., Istituzioni di diritto civile, Diritto Commerciale, Padova, 2018, p. 302

<sup>54</sup> DE LUCA N., Nota a Cass. Civ., 04 luglio 2018, n. 17498, sez. I, Il socio “leone”. Il revirement della Cassazione su opzioni put a prezzo definito e divieto del patto leonino, p. 3. In tema, si segnala il ragionamento affine che viene condotto dalla giurisprudenza con riferimento al fatto che, pur nei casi in cui sia esclusa la ricorrenza della violazione del divieto, si precisa come, a fronte di patti che consentano al socio l'*exit* a condizioni preconcordate, di modo e di tempo, è necessario verificare non solo se essi siano da ritenersi idonei ad escludere il socio dalla partecipazione alle perdite in modo assoluto e costante, ma anche se detta esclusione costituisca la loro funzione essenziale (la loro “causa”) o se invece, rispondano ad una funzione causale autonomamente meritevole di tutela in quanto espressione di un interesse alla buona gestione dell'impresa. Si riporta un caso di specie in cui la Corte di appello ha confermato la sentenza di primo grado (sent. App. Milano, 19 febbraio 2016) in cui si condivide il principio secondo cui, nelle *operazioni di finanziamento delle società, l'accordo dei soci esterno al contratto societario, dal quale scaturisca, in concreto, un'esclusione costante e assoluta dell'alea tipica dell'investimento finanziario va valutato quale tentativo di eludere il divieto di patto leonino e, pertanto, non autonomamente meritevole di tutela di sensi dell'art. 1322 c.c.* Tuttavia, si è successivamente affermato un orientamento secondo cui *è lecito e meritevole di tutela l'accordo negoziale concluso tra i soci di società azionaria, con il quale l'uno, in occasione del finanziamento partecipativo così operato, si obblighi a manlevare l'altro dalle eventuali conseguenze negative del conferimento effettuato in società, mediante attribuzione del diritto di vendita.*

<sup>55</sup> DE LUCA N., Nota a Cass. Civ., 04 luglio 2018, n. 17498, sez. I, Il socio “leone”. Il revirement della Cassazione su opzioni put a prezzo definito e divieto del patto leonino, p. 2

<sup>56</sup> PREITE F. – BUSI C., Trattato società di persone., Torino, 2015, p. 406. Sul punto, vedasi approfondimento di ABRIANI N., Il divieto di patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative, Milano, 1994, p. 89 e ss.

anche quella per cui sarebbe affetta da nullità la partecipazione sociale al posto della singola clausola statutaria considerata leonina. Di conseguenza, quello che viene richiesto in materia all'interprete è di effettuare un'operazione preliminare di validità delle clausole statutarie per rilevare eventuali incompatibilità e del caso, intervenire colmando gli effetti della nullità con i criteri suppletivi di riparto. Sebbene tuttavia, questo indirizzo sia stato esposto a critica, con riferimento all'adattamento del meccanismo alle società personali, in quanto le norme suppletive non siano imperative, si è risposto a ciò con l'assunto secondo cui «nel caso di specie, la norma imperativa che viene a sostituirsi alla clausola leonina nulla esiste ed è rappresentata, appunto, dall'art. 2265 che, letta in positivo, fissa il principio inderogabile per cui ciascun socio deve partecipare agli utili e alle perdite<sup>57</sup>».

#### **1.4.2. Nullità del patto di esclusione totale della partecipazione al riparto nelle società di capitali**

Passando ora ad analizzare gli adattamenti richiesti per l'applicazione del divieto alle società di capitali va premesso che le stesse reagiscono sul piano degli effetti della nullità della clausola vietata, precludendo le indagini casistiche contemplate dagli artt. 1419 e 1420 c.c. Ne deriva che, è imprescindibile in questo caso la sostituzione delle clausole vietate con le regole suppletive legali riguardanti l'uguaglianza delle azioni e della proporzionalità dei diritti patrimoniali ad esse connesse<sup>58</sup>. Sotto il diverso profilo ermeneutico analizzato a riguardo, un argomento importante è rappresentato dalla possibilità di agire affinché, in base al dettato dell'art. 1367 c.c., *le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto anziché in quello in cui non ne avrebbero alcuno*. Sul punto, la giurisprudenza consolidata sembra aver prediletto una soluzione ispirata a questa premessa normativa, più precisamente individuata nella verifica dei margini di operatività del rimedio della conversione del contratto nullo, prevista *ex art.* 1424 c.c. e qui proposta in applicazione speculare alle clausole ritenute nulle, in modo che possano essere convertite in qualcos'altro, come ad esempio in patti parasociali. Infatti, qualora si riscontri la potenzialità del contenuto della clausola di esplicare i suoi effetti in modo legittimo, potrebbe essere un'ottima alternativa quella di circoscriverne gli effetti nei rapporti tra i soci. È chiaro che, questa possibilità esiste solo nel caso in cui la formulazione letterale della clausola suggerisca una lettura in termini interpersonali. Solamente nel caso in cui, «il tenore e la funzione della clausola statutaria le consentano di esplicare i suoi effetti anche con riferimento a

---

<sup>57</sup> PREITE F. – BUSI C., Trattato società di persone., Torino, 2015, 407

<sup>58</sup> Sul punto, si veda come l'unico fattore referente per l'applicazione della sanzione sia da individuare nelle categorie di azioni, senza lasciare spazio a considerazioni riguardanti l'influenza della clausola vietata e l'eventuale capacità della stessa di aver determinato l'adesione del socio alla società.

specifici, ben individuati, rapporti interindividuali tra i soci» dovrebbe ritenersi possibile la loro conversione in patti parasociali, «con conseguente inevitabile soggezione alla relativa disciplina ed in particolare al limite di durata quinquennale posto dall'art. 2341-*bis*»<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> PREITE F. – BUSI C., Trattato società di persone., Torino, 2015, p. 409

## CAPITOLO II

### LE SOLUZIONI IN MATERIA DI RIPARTIZIONE PROPORZIONALE A LIVELLO INTERNAZIONALE

**SOMMARIO:** 1. Applicazione del divieto di patto leonino in ambito internazionale – 2. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE IN FRANCIA – 2.1. Modalità di deroga al principio proporzionale – a) *Clef de répartition statutaire* – b) *Clef de répartition extra-statutaire* – c) Obbligo di contribuzione alle perdite – 2.2. Gli *escamotages* della pratica per l'affrancamento del socio dal rischio di impresa e gli orientamenti della giurisprudenza – a) Assegnazione progressiva dei diritti sociali – b) *Convention de portage* – c) *Opération de capital investissement* – 2.3. Paesi con lo stesso orientamento – 3. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE IN INGHILTERRA – 3.1. Modalità di ripartizione sproporzionata – a) *Profit sharing agreements* – b) *Articles of distributable profits in the members' agreement* – c) I confini della discrezionalità: il caso dell'esclusione parziale o totale del partner dagli utili – d) Conclusioni sul potere discrezionale dei soci – e) L'esclusione del partner dalle perdite 3.2. Considerazioni della giurisprudenza sulla validità degli *shareholders' agreements* nell'ordinamento giuridico inglese

#### 1. Applicazione del divieto di patto leonino in ambito internazionale

L'ambito di indagine così individuato, inerente alla discrezionalità dei soci di disporre delle quote di ripartizione e al limite posto dall'ordinamento per stabilire dei confini tramite il divieto di patto leonino forniscono una prospettiva che consente di aprire l'analisi così impostata anche all'ambito internazionale. Il contenuto dell'art. 2265 c.c. è similmente riprodotto infatti, anche in ordinamenti diversi da quello italiano tra i quali quello francese (art.1844-1 *code civil*), spagnolo<sup>60</sup> (art. 1691 *codigo civil*), portoghese<sup>61</sup> (art. 994 *código civil* e art. 22 *codigo sociedades comerciais*), belga<sup>62</sup> (art. 32 *code*

---

<sup>60</sup> L'art. 1961, *prim. par.*, del *código civil* spagnolo stabilisce che: «*Es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas*». La norma non è riportata nella *Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010)*, da ultimo aggiornata nel 2018: l'art. 93, infatti, si riferisce esclusivamente al diritto inderogabile del socio di percepire gli utili.

<sup>61</sup> L'art. 993 del *código civil* portoghese prevede che: «*É nula a cláusula que exclui um sócio da comunhão nos lucros ou que o isenta de participar nas perdas da sociedade*». La disposizione si ritrova anche nel *código das sociedades comerciais, Decreto Lei 262/86*, con la precisazione che il divieto non si applica al socio lavoratore: così, l'art. 22, *terc. par.*: «*É nula a cláusula que exclui um sócio da comunhão nos lucros ou que o isente de participar nas perdas da sociedade, salvo o disposto quanto a sócios de indústria*».

<sup>62</sup> Anche l'ordinamento belga ha recepito il divieto a causa della forte influenza che ha sempre subito da parte del sistema francese: durante l'epoca delle codificazioni, ha applicato direttamente il *Code Napoléon*; successivamente, lo ha codificato all'art. 1855 del codice

*des sociétés*) greco (art. 764 c.c.) e in gran parte degli ordinamenti dell'America Latina<sup>63</sup>. Lo stesso fenomeno, inoltre, è oggetto di discussione anche al di fuori dei confini europei, per i quali è possibile affermare che il divieto di patto leonino non vige, tra l'altro, in Inghilterra, Germania (231, Abs. 2, HGB), Olanda, Austria e per quanto la materia sia oggetto di discussione dottrinale allo stato attuale, in Svizzera. In questi paesi, infatti, si prevede generalmente l'ammissione di patti di esclusione di alcuni soci dalle perdite sociali. In generale, questo dimostra come il divieto di patto leonino sia un argomento del tutto attuale in relazione al mondo societario e, per questo motivo viene preso in considerazione dai vari ordinamenti con le rispettive disposizioni in materia. Prima di procedere dunque all'analisi delle modalità di ripartizione non proporzionale nell'ordinamento italiano, verranno fornite in questo capitolo alcune soluzioni internazionali adottate partendo dalla distinzione dei paesi che condividono o meno l'applicazione del divieto di patto leonino. Lo scopo di questa parte, infatti, vuole essere quello di mostrare la versatilità della ripartizione non proporzionale, partendo dal ravvivato interesse nei confronti del patto leonino, distinguendo tra gli ordinamenti che hanno previsto l'applicazione del patto leonino e tra quelli che non lo hanno fatto.

La ragione di questo differente approccio internazionale è da rinvenirsi nella storia e in particolare, alla prevalente tradizione protestante degli ordinamenti che non prevedono il patto leonino. Essi, infatti, non hanno subito l'influenza della chiesa cattolica che si è espressa in questo ambito con la condanna degli interessi usurari, la cui *ratio* a sua volta risiedeva nel divieto di esclusione del socio dalle perdite sociali. La differente sorte del divieto negli ordinamenti moderni è dovuta tuttavia, anche all'influenza che essi hanno subito da parte del *Code Napoléon*, il quale per primo ha codificato il divieto nella sua duplice formulazione di esclusione dalla sopportazione delle perdite e dalla percezione degli utili. La mancata previsione del divieto non ha impedito a quegli ordinamenti di interrogarsi sull'ammissibilità della esclusione del socio, considerata quale caratteristica intrinseca, e dunque inderogabile, alla causa

---

civile. Detta disposizione è stata in seguito abrogata, nel 1999, dal *code des sociétés*, che all'art. 32 aveva riproposto il divieto con la precedente formulazione, stabilendo che «*La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle. Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés*». Il divieto del patto leonino è stato modificato dal nuovo CSA del 2019, differenziandosi così dal modello francese: in linea, peraltro, con il moderno approccio dell'ordinamento belga di maggiore apertura anche nei confronti di influenze straniere differenti da quelle francesi.

<sup>63</sup> Così l'art. 1008 del *código civil* brasiliano del 2002: «*È nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas*».

L'art. 2696 del *código civil federal* messicano dispone che: «*Será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros*».

Analogamente il *código civil* venezuelano: «*Es nula la cláusula que aplique a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios, y también la que exima de toda parte en las pérdidas la cantidad o cosas aportadas por uno o más socios*». A differenza delle disposizioni che si ritrovano negli ordinamenti europei, nella formulazione degli ordinamenti sudamericani la conseguenza della clausola leonina è la nullità non solo della clausola ma della società.

societaria indipendentemente dalla previsione di un espresso divieto in tal senso. La maggiore parte delle argomentazioni sostenute dagli interpreti – come si avrà modo di affermare nel corso della trattazione – per legittimare clausole di quest’ultimo tipo, fanno riferimento all’esame della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, che si ritrovano anche nelle motivazioni adottate dalla giurisprudenza di quegli ordinamenti che prevedono il patto leonino e che, in base a quanto precisato nel primo capitolo, ne hanno ridotto la portata applicativa in via interpretativa. La trattazione si prefissa da questo punto, lo scopo di analizzare le prospettive comparatistiche, partendo dall’analisi dell’approccio al divieto di patto leonino o, in assenza dello stesso, all’esclusione del socio dalla percezione degli utili, cercando di far emergere le coincidenze che spesso si riscontrano nell’affrontare i problemi interpretativi e le soluzioni proposte<sup>64</sup>. Come si avrà modo di dedurre più avanti, le soluzioni a tale tema sono inevitabilmente influenzate dalla natura dell’ordinamento giuridico di riferimento e dalle disposizioni generali in materia di diritto commerciale relativamente ai margini di discrezionalità affidati ai soci.

## 2. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE IN FRANCIA

Una prima soluzione internazionale fornita in tema di ripartizione non proporzionale che condivide l’applicazione del divieto di patto leonino è la Francia, di cui si procede ad analizzare le disposizioni normative di riferimento. In base all’art. 1844-1 del *code civil*, le disposizioni generali in materia di ripartizione degli utili sono tendenzialmente simili a quelle che abbiamo analizzato nel panorama nazionale, nel senso che la legge prevede che la parte spettante ad un socio negli utili e il suo contributo alle perdite sono determinati in proporzione alla sua quota nel capitale sociale e la quota del socio che ha apportato la propria opera è uguale a quella del socio che ha contribuito di meno, il tutto *salvo diverso accordo*<sup>65</sup>. Pertanto, anche nel sistema francese viene affermata l’applicazione della regola di proporzionalità nella ripartizione, a meno che i soci non dispongano diversamente. Al fine di evitare qualsiasi espropriazione totale dei diritti dei soci nella compartecipazione degli utili o delle perdite, il

---

<sup>64</sup> TERRANOVA G., Il divieto del patto leonino: un’analisi comparata alla luce della recente riforma del diritto belga, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 3, 1° maggio 2020, p. 811

<sup>65</sup> Art. 1844-1 *code civil*, «*La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire. Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites*».

comma 2 dell'art. 1844-1 si pronuncia anche sul divieto di patto leonino, affermando che: la clausola che attribuisce ad un socio tutto il profitto ottenuto dalla società o lo esonera da tutte le perdite, che esclude un socio dall'utile o gli addebita tutte le perdite si considera *non scritta*. Il divieto di patto leonino si applica sia alle clausole previste dallo statuto, sia a quelle che si trovano in un atto successivo<sup>66</sup>. Sebbene il testo della norma si riferisca ad una esclusione totale, vietando ad un socio di appropriarsi del 100 % degli utili o del 100 % delle perdite, ciò non esclude la possibilità di utilizzare modalità di deroga al principio suppletivo della proporzionalità tramite la predisposizione di previsioni alternative definite delle *chiavi di distribuzione* – in francese *clef de répartition* - che possono essere collocate in clausole statutarie o extra-statutarie.

### 1.1. Le modalità di deroga al principio proporzionale

Al pari di quanto avviene nell'ordinamento italiano, anche in Francia, una volta chiarita la possibilità per i soci di derogare alla regola della distribuzione proporzionale in sede di ripartizione degli utili, è possibile analizzare gli strumenti con cui questo scopo può essere raggiunto.

a) ***Clef de répartition statutaire (Chiave di distribuzione statutaria)***. In primo luogo, gli statuti possono prevedere una distribuzione ineguale subordinatamente al rispetto del termine individuato nel comma 2 dell'art. 1844-1 *code civil*, secondo il quale è vietato privare un *partner* di qualsiasi quota degli utili o ridurla a una percentuale insignificante. Per questi motivi infatti, si dispone che, nel caso in cui tale disposizione venga violata, le clausole leonine debbano essere considerate come non scritte quando attribuiscono ad un concorrente diritti assolutamente sproporzionati rispetto alle sue obbligazioni. Uno degli obiettivi della stipula di una chiave di distribuzione nello statuto della società permette di avvantaggiare uno o più soci a causa della loro situazione – come può avvenire nelle società civili immobiliari di tipo familiare (*sociétés civiles immobilières familiares*) – oppure, l'obiettivo può anche consentire di evitare che un *partner* venga danneggiato rispetto ad un altro – in particolare all'interno di un'unione civile professionale (*société civile professionnelle*). In quanto tale, il socio che contribuisce maggiormente al lavoro dell'impresa (e quindi al suo profitto) ma non avendo apportato il contributo più significativo, può percepire una quota degli utili corrispondenti sia alla sua quota nel capitale sociale della società, sia e allo stesso tempo al suo contributo nel risultato di questo. Negli statuti è quindi previsto un equilibrio per remunerare equamente l'operato dei professionisti legati all'impresa. All'interno delle società civili professionali, l'inserimento di una chiave di distribuzione

---

<sup>66</sup> Paris, 5 déc. 1983; D. 1984. IR. 392, obs. Bousquet et Selinsky; Defrènois 1984. 1411, obs. J. Honorat. V aussi Paris, 22 oct. 1996: JCP 1997. I. 4012, N. 3, obs. Viandier et Caussain (sulla natura leonina di una clausola di riacquisto di azioni)



nello statuto è tanto più importante in quanto l'articolo 14 comma 3 della legge 29 novembre 1966 n. 66-879 relativo alle società civili professionali (modificata dalla legge n. 72 -1151 1972-12-23 del 27 dicembre 1972) prevede: "*In mancanza di una disposizione regolamentare o di una clausola statutaria, ogni socio ha diritto alla stessa quota degli utili*". Comprendiamo quindi l'interesse della chiave di distribuzione in quanto, in mancanza, i soci hanno diritto a ricevere la quota degli utili corrispondente alla loro quota di partecipazione nel capitale sociale della società.

Per quanto riguarda le regole che possono essere impiegate per l'individuazione delle quote di ripartizione, gli statuti possono prevedere anche una distribuzione di utili in base alla quale nei primi anni i nuovi soci in entrata percepirebbero solo un limitato profitto che poi aumenterebbe nel tempo. Tali disposizioni statutarie devono essere assunte all'unanimità in sede di redazione degli statuti ma possono anche essere assunte nel corso della vita sociale secondo regole di tipo maggioritario relative alle modifiche statutarie (maggioranza qualificata) e in tal caso sono vincolanti anche per i soci di minoranza.

Al fine di vigilare sulla corretta adozione delle decisioni societarie, si prevede che un giudice possa essere chiamato a dirimere sulla questione di verifica di un abuso, procedendo all'annullamento della decisione societaria nel caso in cui la stessa sia stata assunta contrariamente all'interesse generale della società e al solo fine di favorire i soci di maggioranza a danno di quelli che sono in minoranza. L'abuso di diritto commesso dalla maggioranza dei soci si verifica quando gli stessi si sono opposti sistematicamente a qualsiasi distribuzione dei dividendi e hanno, in deroga all'art. 1832, svuotato di sostanza il contratto costitutivo della società<sup>67</sup>. Con una recente sentenza del 18 aprile 2019, n. 18-11.881<sup>68</sup> (*C. c/ Sté Echirolles*), la terza sezione civile della Corte di Cassazione francese ha richiamato questi principi e regola sulla distribuzione ineguale. Nel caso di specie, viene costituita una *société civile immobilière* (una società civile con oggetto immobiliare) tra genitori e figli. I due genitori, che sono i fondatori della società, hanno deciso in assemblea straordinaria di creare delle categorie di azioni che danno diritto ad un profitto variabile a seconda della categoria in cui si trovano. Hanno quindi deciso di distribuire gli utili in modo diseguale tra i soci. I genitori fondatori, entrambi titolari di due quote, decidono di beneficiare ciascuno del 40% dell'utile, cioè dell'80%. I due figli del primo hanno 498 quote, proprio come i tre figli del secondo e ottengono il 10% dell'utile, cioè il restante 20%. Uno

---

<sup>67</sup> 6 giugno 1990: D. 1992. 56, nota di Choley-Combe (ripartizione sistematica degli utili a riserve che non corrispondono all'oggetto o agli interessi della società)

<sup>68</sup> Cour de Cassation, Chambre civil 3, 18 aprile 2019, n. 18-11.881, per decidere del ricorso sulla decisione impugnata della Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 7 dicembre 2017.

dei minori ha adito la causa e chiede l'annullamento delle deliberazioni per abuso di maggioranza, poiché ha ritenuto ingiusto che la sua quota di utili venisse ridotta in modo così diseguale. Tuttavia, la Corte di Cassazione ha respinto il ricorso ritenendo che l'abuso di maggioranza non fosse caratterizzato nella presente fattispecie, così come aveva fatto la Corte d'Appello di *Aix-en-Provence* con sentenza del 7 dicembre 2017, n. RG 16/07376<sup>69</sup>. Quest'ultimo aveva motivato la sua decisione distinguendo due punti: in primo luogo, il fatto che la decisione dei soci di maggioranza sia stata motivata dalla volontà di ringraziare i soci fondatori per il loro impegno e non al solo fine di avvantaggiare i soci di maggioranza a scapito di quelli di minoranza. Questi ultimi, infatti, sono stati favoriti e i soci di maggioranza hanno invece visto diminuire la loro quota di utili e riserve distribuite. Il secondo punto che consente che l'abuso di maggioranza non venga accolto dalla Corte d'Appello è che la distribuzione ineguale degli utili e delle riserve decisa dagli azionisti di maggioranza non era contraria all'interesse sociale della società, e le minoranze non dimostrano, al contrario, che sono stati prevenuti. La Corte di Cassazione ha ripreso la motivazione della Corte di Appello, statuendo: *«ma posto che, avendo ritenuto che la decisione [...] non fosse stata adottata al solo fine di avvantaggiare i soci di maggioranza a danno della minoranza [...] e che il non era contraria all'interesse sociale la distribuzione diseguale degli utili e delle riserve tra i soci, la Corte d'Appello ne ha dedotto proprio che l'abuso di maggioranza non si fosse verificato»*. Il contesto di questo caso ha quindi giustificato la decisione dei fondatori dato il loro coinvolgimento nella società. In conclusione, nei limiti sopra citati, vi è quindi grande libertà per i soci di attuare modalità distributive che corrispondano alla situazione desiderata che, seppur diseguale nella distribuzione, può in realtà mirare a riequilibrare una diseguaglianza nella situazione dei soci. Per evitare conflitti e conseguenti contenziosi, è ovviamente preferibile riflettere su tale questione nella redazione degli statuti secondo il contesto e l'obiettivo perseguiti.

**b) *Clef de répartition extra-statutaire* (Chiave di distribuzione extra-statutaria).** Le ripartizioni non proporzionali possono essere oggetto anche di previsioni extra-statutarie, prese tramite l'adozione di decisioni relative ai diritti ed obblighi dei soci dell'impresa. In generale, queste decisioni non possono essere prese senza il consenso di coloro che subirebbero gli effetti della disposizione, infatti, la regola richiede che ogni socio sia d'accordo.

---

<sup>69</sup> Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 7 dicembre 2017, n. RG. 16/07376, per decidere sulla decisione impugnata del Tribunal de grande instance de Nice, 3 maggio 2016.

Il Consiglio di Stato ha da tempo accettato questa pratica (decisione del 26 aprile 1976, n. 93212<sup>70</sup>): la distribuzione del risultato sociale deve essere vista nel rispetto dei diritti di ciascun partner. Tale ripartizione «*presumendosi in conformità del patto sociale, salvo il caso in cui un atto o un patto, stipulati prima della fine dell'esercizio sociale, abbia l'effetto di conferire ai soci diritti alle prestazioni sociali diversi da quelli che risulterebbe dalla sola applicazione del patto sociale*». Il Consiglio di Stato ha ulteriormente precisato tale possibilità con una più recente decisione del 6 ottobre 2020, n. 307969<sup>71</sup>, in cui afferma che «*una modifica del patto sociale non può essere puramente tacita e derivare dalla mera conoscenza da parte dei partner delle azioni di uno di loro che abbiano un impatto sulla distribuzione dei risultati e della loro mancata opposizione ad essa; deve essere altresì accertato se gli altri partner abbiano dato il loro consenso*». Pertanto, è possibile per i soci concordare, durante un'assemblea generale prima della fine dell'esercizio contabile, una distribuzione degli utili diversa dalla loro quota nel capitale della società. Allo stesso modo, la Corte di Cassazione francese ha fornito dettagli circa la stipulazione di una chiave di distribuzione al di fuori degli statuti e più precisamente sulla forma che l'accordo tra i soci può assumere. Con la sentenza del 21 marzo 2000, n. 98-14933<sup>72</sup>, la prima sezione civile della Corte di Cassazione ritiene che le previsioni alternative di distribuzione degli utili costituiscano una modifica o una deroga alle disposizioni statutarie. Di conseguenza, la fissazione di una chiave di distribuzione non proporzionale extra-statutaria deve rispettare le norme di cui agli artt. 1853<sup>73</sup> e 1854<sup>74</sup> *code civil*, secondo cui una decisione di questo tipo deve essere presa o: con deliberazione assunta dalla maggioranza richiesta per la modifica dello statuto in assemblea generale; con consultazione scritta; con consenso unanime dei soci espresso in atto. Pertanto, solo la decisione assunta secondo le modalità precisate consente di derogare alla distribuzione prevista dallo statuto, che non può essere dedotta da una diversa prassi usuale o dall'assenza di opposizione. Con più recente sentenza del 2

---

<sup>70</sup> Conseil d'Etat, 7-8-9 SSR, 26 aprile 1976, n. 93212, pubblicata nella collezione *Lebon*.

<sup>71</sup> Conseil d'Etat, 10-9 SSR, 6 ottobre 2020, n. 307969, citata nella collezione *Lebon*.

<sup>72</sup> Cour de Cassation, Chambre civile 1, 21 marzo 2000, n. 98-14.933, per decidere del ricorso sulla decisione impugnata della Cour d'appel de Rennes, 3 marzo 1998. Si afferma che: «*In assenza di un'assemblea generale o di una consultazione scritta, le decisioni dei partner risultano dal loro consenso unanime, espresso in atto. Di conseguenza, non possono essere stabiliti in alcun modo e non possono quindi essere dedotti dal modo in cui opera la società*».

<sup>73</sup> Art. 1853 *code civil*, «*Les décisions sont prises par les associés réunis en assemblée. Les statuts peuvent aussi prévoir qu'elles résulteront d'une consultation écrite*».

<sup>74</sup> Art. 1854 *code civil*, «*Les décisions peuvent encore résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte*».

marzo 2004, n. 01-14.243<sup>75</sup>, la prima sezione civile della Corte di Cassazione francese, senza smentire la posizione assunta con la citata sentenza del 2000, convalida una distribuzione ineguale seguita per tutta la vita della società quando è stata adottata dai soci con due atti separati (in questo caso di scioglimento e liquidazione), sanzionando così una pratica contraria allo statuto. Tali atti, infatti, rappresentavano in pratica non meno del consenso dei soci espresso con atto previsto dall'art. 1854 *code civil*.

c) **L'obbligo di contribuzione alle perdite.** Dopo aver analizzato le norme in materia di ripartizione degli utili, è necessario chiarire che con riferimento alle perdite, vige la regola prevista dall'art. 1832<sup>76</sup> *code civil*, che dispone: «*la società è costituita da due o più persone che convengono con contratto di destinare beni o la loro opera ad un'impresa comune al fine di condividere l'utile o di trarre profitto dai risparmi che ne possono derivare. Può essere istituito, nei casi previsti dalla legge, con atto di volontà di una sola persona. I soci si impegnano a contribuire alle perdite*». Pertanto, così come in caso di risultati positivi di esercizio i soci possono decidere di dividerli in tutto o in parte o di mettere a riserva tali risultati; ugualmente avviene per le perdite. Nel caso di risultato negativo di esercizio, le perdite sono imputate al passivo dello stato patrimoniale, che ha l'effetto di ridurre il patrimonio netto. Normalmente il contributo è differito fino alla liquidazione della società. Il principio infatti è che il contributo alle perdite dei soci avvenga solo allo scioglimento della società, ma la legge o i soci stessi possono decidere diversamente imponendo un contributo anticipato, quindi durante la vita dell'impresa. Per concludere, è possibile dire che durante il procedimento di scelta dei soci con riferimento alle modalità di previsione alternative alla regola della ripartizione proporzionale, va chiarito che, oltre i limiti posti a riguardo dal divieto di predisporre nello statuto o in patto parasociale clausole di tipo leonino, è bene precisare che le clausole dovranno considerarsi vietate quando attribuiscono la totalità delle perdite o degli utili ad un socio oppure quando lo escludono totalmente dalle perdite o dagli utili. Di conseguenza, tutte le clausole così individuate saranno oggetto della sanzione prevista dall'ultimo

---

<sup>75</sup> Cour de Cassation, Chambre civile 1, 2 marzo 2004, n. 01-14.243, per decidere del ricorso sulla decisione impugnata della Cour d'appel de Caen, 5 giugno 2001. Nel caso di specie, la Corte giustifica giuridicamente la propria decisione di respingere la richiesta di un socio alla equa distribuzione degli utili di un'impresa secondo una clausola statutaria, concordando con quanto affermato precedentemente dalla Corte d'Appello. Quest'ultima aveva rilevato che la prassi della disuguale distribuzione degli utili seguita lungo tutta la vita sociale era stata sancita da due atti di scioglimento e liquidazione stipulati tra i due soci, nei quali rilevavano il disuguale valore della rispettiva clientela in vista di future verifiche e facevano riferimento, espressamente e senza riserve, alle modalità di ripartizione degli utili precedentemente realizzate dalla società.

<sup>76</sup> Art. 1832 *code civil*, «*La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes*».

comma dell'art. 1844-1 *code civil*: la clausola si considera non scritta proprio al fine di evitare che l'esclusività possa essere vantaggiosa o svantaggiosa. Le quattro situazioni appena individuate sono da considerare sempre in contrasto con la nozione di condivisione quale uno degli elementi fondamentali della società, la cui rimozione non può essere contemplata dall'ordinamento. Il legislatore, tuttavia, ha evitato la sanzione della nullità dell'impresa proprio per non arrecare un pregiudizio eccessivo ai terzi non coinvolti dall'oggetto della clausola leonina. In questo modo, il contenuto e gli effetti della clausola vengono neutralizzati, al pari di quanto accade per le clausole abusive di un contratto. Tuttavia, non è sempre così. Quando in caso di controversia, l'iniquità della clausola è rilevata dai giudici di merito che ricercano la comune intenzione delle parti valutando lo squilibrio contrattuale, potrebbe accadere che, se i giudici di merito ne ammettono l'eccesso, allora la clausola leonina è priva di efficacia giuridica, quindi verranno escluse dal contratto tutte le clausole idonee a creare lo squilibrio e il patto parasociale resterà valido, ma se la clausola leonina riguarda un elemento essenziale del contratto la cui sostanza è messa in discussione, è il contratto stesso che può essere leso da nullità.

## **1.2. Gli *escamotages* della pratica per realizzare l'affrancamento del socio dal rischio d'impresa e gli orientamenti della giurisprudenza**

In base a quanto finora affermato con riferimento alle caratteristiche per distinguere clausole legittime da quelle vietate perché considerate leonine, può rilevarsi che proprio grazie alla estrema chiarezza della norma, è infatti difficile che nella pratica i soci includano clausole leonine negli statuti. D'altra parte, però, ciò che molto più frequentemente si verifica è la predisposizione di convenzioni esterne alla società, e quindi anche allo statuto nella forma di accordi che, non rientrano nella tipologia di patti da considerare leonini e quindi, riescono a consentire, seppur indirettamente, ad un socio di affrancarsi dai rischi insiti nell'attività di impresa. Nel contenzioso sono coinvolte specificamente, tre tipologie di operazioni: l'assegnazione di diritti sociali sparsi nel tempo, l'accordo di trasferimento (*convention de portage*) e le operazioni di *private equity* (*opération de capital investissement*).

**a) Assegnazione progressiva dei diritti sociali.** Può capitare che un socio che voglia vendere i suoi titoli non esegua questa operazione in modo unitario, ma che, piuttosto compia questa operazione poco per volta nel tempo. In questo caso, egli venderà prima un blocco di titoli per portare il cessionario all'interno della società e in un secondo momento il saldo residuo verrà venduto successivamente allo stesso soggetto. Ciò accade quando l'acquirente non disponga dei mezzi necessari a poter completare l'operazione di acquisto in modo immediato oppure quando entrambe le parti preferiscano un graduale trasferimento di potere, pertanto, entrambe le parti hanno interesse a garantire questa operazione. Il

cedente, infatti, vuole essere certo che il cessionario acquisterà effettivamente le azioni allo stesso prezzo di quanto trasferito con il primo blocco, evitando di rischiare di rimanere in una società che ha ceduto con una quota di minoranza. Allo stesso modo, il cessionario firmerà una promessa unilaterale all'acquisto del saldo dei titoli ancora in possesso del cedente. In questo modo, il cedente potrà esercitare l'opzione per vendere i suoi titoli e il prezzo non potrà essere inferiore a quello a cui ha venduto i primi titoli, ma se l'azienda ha avuto più successo, il prezzo potrebbe essere più alto. In questo modo, il socio cedente evita che sui propri titoli gravi il rischio imprenditoriale e, pattuendo con un cessionario il prezzo e il trasferimento dei suoi titoli, si affranca di ricavare da questi una somma minima (quella contenuta nella promessa unilaterale raggiunta con il cessionario dalla prima vendita), assicurandosi magari di ricevere più di quanto, in caso di perdita, avrebbe diritto di ottenere e che, potrebbe essere benissimo superiore anche rispetto alla percentuale che ricaverebbe dalla ripartizione degli utili in caso questi siano prodotti.

**b) *Convention de portage (L'accordo di trasferimento).*** Una seconda modalità con la quale è indirettamente possibile realizzare l'esclusione dal rischio di impresa è tramite la stipula di un contratto di trasferimento. Si tratta di un accordo mediante il quale il portatore acquisirà le azioni di una società per conto di un mandante e si impegna a rivendergliene in una data specifica e ad un prezzo concordato nel contratto. Per un periodo di tempo, un soggetto sarà *portatore* delle azioni oggetto di convenzione e sarà a tutti gli effetti il proprietario delle stesse. In realtà, egli non è altro che un detentore temporaneo. Questo tipo di operazione viene considerata conveniente solitamente in due casi: quando un socio si trova in difficoltà finanziarie oppure quando una persona desidera acquistare le azioni ma, non disponendo dei mezzi necessari, chiedi a qualcuno (il portatore) di acquistarli per conto suo. In questo caso avviene che il portatore accetta di partecipare all'operazione solamente se il preponente di impegni in anticipo a riacquistare le sue azioni a una data fissa e a un prezzo che è stato precedentemente pattuito tra le parti. In conclusione, il portatore sarà remunerato per aver presto un servizio al suo cliente. Proprio il compenso, infatti, può porre problemi con riguardo alle clausole leonine.

**c) *Opération de capital investissement (Le operazioni di private equity).*** Ultima modalità è quella inerente alle operazioni con cui un investitore accetta di entrare nel capitale di una società a condizione che i soci si impegnino contrattualmente a riacquistare le sue azioni in una data o in un periodo determinato e un prezzo determinato, che generalmente coincide con il prezzo di acquisto dei titoli. Il fondo di investimento può ricevere il denaro o direttamente dai dividendi oppure tramite l'incasso degli interessi previsti contrattualmente al momento del trasferimento dei titoli agli altri soci.

Le conclusioni che è possibile trarre a seguito della breve esposizione delle tipologie più utilizzate in pratica per affrancarsi dal rischio di impresa, è possibile dire che in tutti i casi analizzati, il soggetto che aderisce all'operazione sarà protetto da tutte le perdite. L'atteggiamento della giurisprudenza è interessante e muove intorno alle problematiche inerenti alla possibilità di considerare tali clausole come non scritte. A tal proposito, quello che ci si chiede è se dovrebbero preferirsi pratiche utili per l'economia aziendale oppure se in ogni caso il rigore legale debba prevalere. Gli orientamenti sul punto non sono unitari. Da un lato vi è la tendenza alla severità tradizionale, che procede ad applicare il divieto di patto leonino in modo rigoroso. Tutte le sentenze della Corte di Cassazione francese risalenti fino al 10 febbraio 1981 hanno condannato severamente le tre tipologie di operazione suesposte, sostenendo fermamente che qualsiasi clausola che abbia l'effetto, anche indiretto, di garantire che un socio sia protetto da qualsiasi perdita è da ritenere clausola leonina e come tale, per natura nulla. Successivamente, a partire dalla sentenza del 15 giugno 1982, la Corte di Cassazione francese ha applicato un criterio che ha inizialmente permesso di validare queste tre operazioni, secondo cui: la decisione sulla possibilità di considerare una clausola come leonina doveva essere presa esclusivamente utilizzando il criterio formalista (*critère formaliste*), ovvero considerando la collocazione della disposizione. Pertanto, si è tentato di assumere che le sole clausole leonine potessero essere quelle collocate nello statuto, escludendo di conseguenza tutte le clausole che, seppur collocate in fonti extra-statutarie, raggiungessero lo stesso obiettivo. Questo criterio venne presto abbandonato perché considerato pericoloso nella parte in cui consentiva ai soci di predisporre clausole leonine al di fuori dello statuto.

Il discorso cambia quando con la sentenza *Bowater* del 20 maggio 1986, n. 85-16.716<sup>77</sup>, la Sezione commerciale della Corte di Cassazione francese (*Chambre commerciale du Cour de Cassation*) di fatto convalida il trasferimento dei diritti sociali. Questa decisione dimostra come il tema della natura unilaterale delle clausole di ripartizione degli utili e delle perdite siano in realtà una preoccupazione di vecchia data del *code civil*. Nonostante l'innegabile contributo del legislatore attraverso la legge del 4 gennaio 1978<sup>78</sup>, che prevede due ulteriori ipotesi di cui all'art. 1844-1 *code civil*, comma 2, molte questioni sono rimaste senza risposta. Pertanto, è possibile considerare la sentenza *Bowater* una delle fermate con cui la Corte di Cassazione francese ha impostato la costruzione di un orientamento volto a

---

<sup>77</sup> Cour de Cassation, Chambre commerciale, 20 maggio 1986, n. 85-16.716, per decidere del ricorso sulla decisione impugnata della Cour d'appel de Paris, 7 luglio 1985

<sup>78</sup> Legge 4 gennaio 1978, n. 78-9 intitolata "Modifica del titolo IX del libro III del codice civile", JORF del 5 gennaio 1978 entrata in vigore dal 1° luglio 1978

chiarire il contenuto della clausola leonina. Il contesto del caso di specie riguardava infatti, un massiccio trasferimento dei diritti sociali che doveva essere realizzato in due fasi grazie ad una promessa unilaterale di acquisto a prezzo minimo. Il venditore (beneficiario della promessa) ha esercitato l'opzione ed è stato il promittente (cliente) a rifiutarsi di acquisire i titoli, adducendo che la clausola del prezzo era abusiva. In realtà, il prezzo fisso a cui si era impegnato gli sembrava troppo elevato rispetto al valore reale dei titoli al momento dell'esercizio dell'opzione. La Corte di Cassazione ha convalidato l'operazione di trasferimento del controllo e obbligato il promittente a riacquistare i titoli. La motivazione della sentenza spiega che: l'articolo 1844-1 *code civil* deve essere interpretato nel senso che vieta l'unica clausola che leda il patto sociale (criterio sostanziale) e pertanto, se lo scopo dell'accordo in cui si trova tale clausola non è quello di salvare il socio dalle perdite ma di garantire una buona trasmissione dei diritti sociali, in cambio di un prezzo liberamente concordato tra le parti fin dall'inizio, allora non vi sono elementi che costituiscono violazione del principio del divieto di patto leonino (criterio oggettivo). Si afferma che deve essere valutato l'oggetto della clausola e non gli effetti che la stessa è in grado di generare.

Con successiva sentenza *Jallet* del 10 gennaio 1989, n. 87-12.155<sup>79</sup>, la Sezione commerciale della Corte di Cassazione francese resta fedele a tale linea di condotta, considerando nel caso concreto che la promessa di acquistare a prezzo minimo era estranea al patto sociale e come tale, non in grado di provocare un impatto sulla ripartizione degli utili ai soci e sul loro contributo alle perdite.

Solo per accennare brevemente e chiarire il percorso della giurisprudenza nella direzione di convalidare le operazioni introdotte e individuare le caratteristiche da analizzare al fine di considerare una clausola come leonine, è interessante anche la sentenza del 24 maggio 1994, 92-14.380<sup>80</sup>, che richiama il principio enunciato con *Bowater* del criterio oggettivo di interpretazione. Nel caso di specie, la Sezione commerciale della Corte di Cassazione francese ha convalidato l'operazione di una promessa di acquisto muovendo dalla bilateralità dell'istituto e rilevando che, l'esistenza delle due promesse (di riacquisto incrociato a beneficio di ciascuna delle parti) non influenzano o modificano in

---

<sup>79</sup> Cour de Cassation, Chambre commerciale, 10 gennaio 1989, n. 87-12.155, per decidere del ricorso sulla decisione impugnata della Cour d'appel de Dijon, 27 novembre 1986

<sup>80</sup> Cour de Cassation, Chambre commerciale, 24 maggio 1994, n. 92-14.380, per decidere del ricorso sulla decisione impugnata della Cour d'appel de Poitiers, 5 febbraio 1992. Viola l'articolo 1844-1 del *code civil* la Corte d'Appello che dichiara nulla e ritenuta non scritta una clausola relativa alla definizione del prezzo di rimborso delle azioni ritenendo che lo scopo della clausola fosse quello di garantire il cessionario contro ogni evoluzione sfavorevole delle azioni e di sottrarla ad ogni rischio di contribuzione alle perdite sociali, mentre rileva che la vendita era stata integrata da promesse incrociate di riacquistare e vendere le stesse azioni denominate in termini identici a beneficio di ciascuna delle parti contraenti, che ha portato al fatto di aver organizzato, per un prezzo liberamente concordato, la retrocessione delle azioni in contestazione senza pregiudicare la partecipazione agli utili e il contributo alle perdite nei rapporti sociali.



alcun modo il pericolo inerente al rischio di perdita o alla possibilità di guadagno. Pertanto, si afferma che basta il pericolo per poter considerare le clausole in oggetto come non leonine, e quindi legittime.

L'affermazione del principio oggettivo secondo cui alcune clausole di ripartizione possono convivere con l'oggetto sociale senza causare un impatto sul contributo alle perdite o agli utili è un chiaro segnale della esigenza di virare verso la necessità di mitigare il principio del divieto di patto leonino. Il percorso compiuto dalla Corte di Cassazione francese lascia intendere la volontà di salvare, seppur nel rispetto di alcuni limiti, le operazioni indicate poco sopra, perché considerate in termini pratici, consentendo all'impresa di ritagliarsi un ruolo nel finanziamento dell'economia e ammettendo una certa flessibilità nell'applicazione del divieto di patto leonino. In generale, dunque, è possibile dire che l'approccio della Corte si modifica nel tempo fino a diventare decisamente pragmatico. Sembra infatti chiaro ormai, che il problema principale della clausola leonina sia lo squilibrio creato dall'attribuzione di diritti patrimoniali sproporzionati a un socio, a scapito degli altri. Tuttavia, come si è potuto affermare progressivamente dall'analisi della giurisprudenza, tale disuguaglianza tra i soci non ha carattere necessariamente abusivo, ma è anzi tendenzialmente accettata nel diritto societario, come ad esempio accade con le azioni privilegiate che differiscono dai titoli societari ordinari in quanto conferiscono a determinati soci diritti specifici in termini di diritto di voto oppure di profitto, prevedendo dividendi prioritari, quote maggiori di dividendo oppure superdividendi. L'attribuzione di tali benefici speciali può talvolta essere subordinata, come accade per le SAS, alla nomina di un commissario ai benefici speciali incaricato di esaminare la legittimità della clausola. Il problema affermato nell'ordinamento francese e che si è progressivamente evoluto nel tempo dimostra come il problema principale sia dunque, non tanto quello della possibilità di derogare alla regola di proporzionalità, cioè la natura diseguale del trattamento tra soci quanto piuttosto la natura abusiva di tale disuguaglianza, che comunque la giurisprudenza ha ritenuto di ammettere nei casi in cui siano rilevati dei vantaggi in termini di finanziamento dell'economia.

### **1.3. Paesi dello stesso orientamento**

Secondo quanto affermato ad inizio di questo capitolo, gli orientamenti internazionali possono essere differenziati a seconda dell'ammissione dei patti di ripartizione alternativa dei risultati di esercizio o dell'esclusione dalle perdite.

Con l'analisi del panorama francese si è discusso del ragionamento di una nazione che ha optato per l'applicazione del divieto di patto leonino fino ad arrivare, tramite la giurisprudenza giudiziaria e amministrativa, ad ammettere una visione pragmatica della norma e consentire ai soci di disporre

quanto più liberamente possibile. I paesi che condividono questo scenario sono quelli che contengono nell'ordinamento il divieto di patto leonino. In primo luogo, la Spagna, con l'art. 1691 del *código civil*<sup>81</sup> che dispone: «È nullo il patto che esclude uno o più soci da qualsiasi parte degli utili o delle perdite. Solo il partner industriale può essere esonerato da ogni responsabilità per perdite»; il Portogallo, con l'art. 994 del *código civil*<sup>82</sup> che prevede: «È nulla la clausola che esclude un socio dalla partecipazione agli utili o che lo esonera dalla partecipazione alle perdite della società, salvo quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 992.»

In tale ordinamento inoltre, sono previsti, al pari di quanto detto per la Francia anche le norme della ripartizione proporzionale come regola suppletiva da applicare in mancanza di disposizione dei soci sul punto, lo stabilisce l'art. 992 *código civil*<sup>83</sup> rubricato *distribuzione di utili e perdite*.

In secondo luogo, muovono nella stessa direzione anche il Belgio (art. 32 *code des sociétés*<sup>84</sup>, «Una convenzione che darebbe ad uno dei soci la totalità dei profitti, è nulla. Lo stesso vale per la clausola che affranca da ogni riconoscimento alle perdite, le somme o gli effetti immessi nel fondo della società da uno o più soci»); la Grecia (art. 764 Codice civile greco<sup>85</sup>, «L'accordo con cui un partner è escluso dagli utili o esentato dalle perdite è nullo. L'invalidità può essere invocata solo da lui»).

---

<sup>81</sup> Art. 1691 *código civil*, «Es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas. Sólo el socio de industria puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas».

<sup>82</sup> Art. 994 *código civil*, «É nula a cláusula que exclui um sócio da comunhão nos lucros ou que o isenta de participar nas perdas da sociedade, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 992º».

<sup>83</sup> Art. 992 *código civil*, «1. Salvo patto contrario, i soci partecipano agli utili e alle perdite della società in proporzione ai rispettivi contributi. 2. Nel silenzio del contratto, i partner industriali non rispondono, nelle relazioni interne, delle perdite sociali. 3. Se il contratto non stabilisce la quota del partner industriale negli utili o il valore del suo contributo, la sua quota sarà stimata dal tribunale secondo giudizi di equità; allo stesso modo sarà valutata la partecipazione agli utili e alle perdite del socio che si è impegnato solo a fornire all'azienda l'uso e il godimento di una cosa. 4. Se il contratto determina solo la quota di profitto di ciascun partner, la sua quota di perdite sarà considerata la stessa». (Testo originale: «1. Na falta de convenção em contrário, os sócios participam nos lucros e perdas da sociedade segundo a proporção das respectivas entradas. 2. No silêncio do contrato, os sócios de indústria não respondem, nas relações internas, pelas perdas sociais. 3. Se o contrato não fixar o quinhão do sócio de indústria nos lucros nem o valor da sua contribuição, será o quinhão deste estimado pelo tribunal segundo juízos de equidade; do mesmo modo se avaliará a parte nos lucros e perdas do sócio que apenas se obrigou a facultar à sociedade o uso e fruição de uma coisa. 4. Se o contrato determinar somente a parte de cada sócio nos lucros, presumir-se-á ser a mesma a sua parte nas perdas».

<sup>84</sup> Art. 32, *code des sociétés*, «La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle. Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés».

<sup>85</sup> Art. 764 Codice civile greco, «Η συμφωνία με την οποία κάποιος εταίρος αποκλείεται από τα κέρδη ή απαλλάσσεται από τις ζημιές είναι άκυρη. Την ακυρότητα μπορεί να επικαλεστεί μόνο αυτός».

### 3. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE IN INGHILTERRA

Volgendo, in secondo luogo lo sguardo agli ordinamenti tradizionalmente protestanti che non hanno subito l'influenza del *Code Napoléon* e che, quindi non prevedono al loro interno il divieto di patto leonino, occorre sottolineare, come è stato già anticipato, che mentre dottrina e giurisprudenza hanno considerato pacifica la possibilità di escludere un socio dalla sopportazione delle perdite, l'esclusione del socio dalla percezione degli utili sociali, al contrario, non è stata sempre ammessa in modo così immediato, ma è stata oggetto di una riflessione più articolata. La liceità di clausole di esclusione dalle perdite sociali, discendendo direttamente dal maggior favore nei confronti del prestito ad interesse nei paesi non influenzati dal pensiero cattolico, infatti, non ha portato con sé problemi di legittimazione all'interno dei moderni ordinamenti giuridici. La ratio della necessaria partecipazione agli utili da parte del socio, per contro, anche in questi ordinamenti, ha origine ed è espressione della stessa *causa societatis* e, per questo, la possibilità di escluderla non si è affermata da subito in modo automatico, ma è stato il frutto di una elaborazione più complessa<sup>86</sup>. Tra gli ordinamenti protestanti rientrano quelli di *common law* e in particolare, quelli del Regno Unito e degli Stati Uniti, nei quali non si ritrova una previsione che impedisca la pattuizione leonina. In entrambi questi ordinamenti, nonostante l'assenza del divieto, la dottrina e la giurisprudenza si sono occupate del problema circa la possibilità di prevedere l'esclusione del socio dagli utili o dalle perdite, facendo anzitutto riferimento alla nozione e al significato intrinseco di *partnership* e interrogandosi, sugli elementi costitutivi imprescindibili della stessa fino ad arrivare pacificamente a soluzioni liberali per quanto riguarda la possibilità di escludere il socio dagli utili.

Procediamo dunque nella nostra trattazione ragionando sul tema dell'ammissibilità dei patti di ripartizione non proporzionale dell'utile, soffermandoci sull'ordinamento inglese e prendendo in considerazione il fatto che questo si caratterizza per l'appartenenza ad un sistema giuridico basato in prevalenza sul diritto giurisprudenziale. Nonostante ciò, ad oggi, le materie che sono state oggetto di regolamentazione da parte di apposite leggi (*acts*) sono numerose, e si prefissano lo scopo di disciplinare i profili più rilevanti della materia individuata. In particolare, la disciplina che a noi interessa, relativa alle società è contenuta nel *Companies Act (CA)* risalente al 2006, che può essere considerato come la fonte primaria del diritto societario in Inghilterra e in Galles. Deve preliminarmente precisarsi che, all'interno dell'ordinamento inglese non sono presenti norme tali da essere considerate la trasposizione del divieto di patto leonino, al pari di quanto accade in Francia.

---

<sup>86</sup> TERRANOVA G., Il divieto del patto leonino: un'analisi comparata alla luce della recente riforma del diritto belga, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 3, 1° maggio 2020, p. 813

Bisogna pertanto, partire assumendo che l'ambito di autonomia decisionale riservata ai soci vigente in Inghilterra per quanto riguarda la predisposizione di eventuali restrizioni o modificazioni alla distribuzione dei profitti o al trasferimento delle partecipazioni societarie è, senza particolari limiti, oggetto di clausole inserite nello statuto (*articles of association*) oppure all'interno di patti parasociali conclusi tra i soci (*shareholders' agreements*). A causa del poco interesse dedicato dal *Companies Act* alla materia dei diritti particolari attribuibili al socio nei confronti degli altri soci - diversamente da quanto previsto nel contratto sociale - e la natura complessa delle disposizioni in tema di modifica delle clausole statutarie, hanno fatto sì che i soci preferissero ampiamente gli *shareholders' agreements* per prevedere l'applicazione di diritti particolari da attribuire ai soci. Il successo dei patti parasociali è dovuto non solo alla maggiore facilità con cui gli stessi possono essere integrati o modificati rispetto allo statuto della società, ma anche alla estrema versatilità e riservatezza delle clausole che è possibile prevedere al suo interno e che possono essere soggettivamente modulate a seconda delle esigenze.

Ulteriore fonte interessante in materia è il *Partnership Act* del 1890, un atto del Parlamento del Regno Unito che contiene la disciplina dei diritti e doveri delle persone o entità aziendali che conducono affari in partnership. Sebbene la normativa contenuta sia di molto precedente al CA 2006, questa anticipa in un certo senso, l'interesse e l'importanza della tematica inerente alle variazioni dei diritti dei soci. Agli art. 19<sup>87</sup> e 24<sup>88</sup> del suddetto atto si prevede infatti, che *gli utili, le perdite o altri proventi possano essere condivisi secondo quanto i soci decidano di concordare di volta in volta*. Questi ultimi sono liberi di concordare tra loro i rapporti di ripartizione, con l'unico limite secondo cui la ripartizione degli utili o

---

<sup>87</sup> Partnership Act 1890, Chapter 39 Relations of partners to one another, Art. 19 Variation by consent of terms of partnership, «*The mutual rights and duties of partners, whether ascertained by agreement or defined by this Act, may be varied by the consent of all the partners, and such consent may be either express or inferred from a course of dealing*».

<sup>88</sup> Partnership Act 1890, Chapter 39 Relations of partners to one another, Art. 24 Rules as to interests and duties of partners subject to special agreement, «*The interests of partners in the partnership property and their rights and duties in relation to the partnership shall be determined, subject to any agreement express or implied between the partners, by the following rules:*

(1) *All the partners are entitled to share equally in the capital and profits of the business and must contribute equally towards the losses whether of capital or otherwise sustained by the firm.*

(2) *The firm must indemnify every partner in respect of payments made and personal liabilities incurred by him- (a) In the ordinary and proper conduct of the business of the firm; or (b) In or about anything necessarily done for the preservation of the business or property of the firm.*

(3) *A partner making, for the purpose of the partnership, any actual payment or advance beyond the amount of capital which he has agreed to subscribe, is entitled to interest at the rate of five per cent. per annum from the date of the payment or advance.*

(4) *A partner is not entitled, before the ascertainment of profits, to interest on the capital subscribed by him.*

(5) *Every partner may take part in the management of the partnership business.*

(6) *No partner shall be entitled to remuneration for acting in the partnership business.*

(7) *No person may be introduced as a partner without the consent of all existing partners.*

(8) *Any difference arising as to ordinary matters connected with the partnership business may be decided by a majority of the partners, but no change may be made in the nature of the partnership business without the consent of all existing partners.*

(9) *The partnership books are to be kept at the place of business of the partnership (or the principal place, if there is more than one), and every partner may, when he thinks fit, have access to and inspect and copy any of them».*

delle perdite per un periodo contabile non può essere modificata retroattivamente dopo la fine del periodo di esercizio. Ciò detto, il rapporto di condivisione non deve necessariamente essere proporzionale ai contributi. In altri termini, non è necessario che i soci condividano utili e perdite nelle stesse proporzioni, né proventi da altre fonti nelle stesse proporzioni. *L'allocazione di utili o perdite per un periodo può essere modificata liberamente, ma comunque non dopo la fine del periodo contabile.* Questo principio viene affermato nella sentenza *Bucks v. Bowers*<sup>89</sup> (46TC275) tale per cui una riallocazione *ex post* degli utili non può operare per ridistribuire il diritto allo sgravio<sup>90</sup>. Un'ulteriore giurisprudenza inerente alla estrema discrezionalità dei soci per quanto riguarda i tempi e le modalità di precisazione delle quote di ripartizione degli utili è data dalla sentenza *Franklin v. CIR*<sup>91</sup> (15 TC464). Dopo questa breve panoramica, procediamo con l'analisi della seconda soluzione internazionale fornita in tema di ripartizione non proporzionale e dei principali strumenti previsti per la previsione di disposizioni alternative di ripartizione dei profitti.

### 3.1. Modalità di ripartizione sproporzionata dei profitti

È preliminarmente opportuno precisare che, gli strumenti che verranno di seguito analizzati per la predisposizione di regole di ripartizione non proporzionale sono validi per tutti i tipi societari inglesi che comprendono: la LTD (*Private Limited Company*, assimilabile alla S.r.l. italiana) che è la tipologia più diffusa per le imprese di piccole e medie dimensioni, le cui partecipazioni sono rappresentate da azioni; la PLC (*Public Limited Company*, assimilabile alla S.p.a. italiana) che è invece il modello più utilizzato per le società di grandi dimensioni con capitale minimo di 50.000 sterline; la LLP (*Limited Liability Partnership*, non vi è un equivalente italiano) che è una società di persone a responsabilità limitata, le cui partecipazioni sono rappresentate da azioni. Lo statuto delle LLP (il *partnership*

---

<sup>89</sup> *Bucks v. Bowers*, High Court of Justice, Chancery Division, 12 december 1969, 46 TC 275, HMRC state in BIM 72055, «*Merchant banker. An ex post facto reallocation of profits cannot operate to redistribute the right to relief*».

<sup>90</sup> Ai fini dell'imposta sul reddito, la regola generale è che la quota di utile o perdita di un partner per un periodo di un'attività commerciale svolta da un'impresa è determinata in conformità con l'accordo di partecipazione agli utili dell'impresa durante tale periodo (ITTOIA – Income Tax Trading and Other Income Act - 2005, s 850, Allocation of firm's profits or losses between partners: «*For any period of account a partner's share of a profit or loss of a trade carried on by a firm is determined for income tax purposes in accordance with the firm's profit-sharing arrangements during that period. In this section and sections 850A and 850B "profit-sharing arrangements" means the rights of the partners to share in the profits of the trade and the liabilities of the partners to share in the losses of the trade*»).

<sup>91</sup> *Franklin v CIR* [1930] 15 TC 464, il socio di un'azienda morì. Ha nominato suo figlio per succedergli come partner in base all'atto di partnership. Gli altri partner potrebbero rifiutarsi di ammettere un successore per motivi ragionevoli. Il consenso dei restanti partner è stato infine rifiutato. Nel frattempo, la quota di profitto del partner deceduto era stata assegnata a un conto provvisorio. Se il figlio fosse stato ammesso, tale quota di profitto sarebbe appartenuta a un partner (partner A). Altrimenti, è caduto per essere diviso tra i quattro partner alla morte. I profitti sono stati effettivamente assegnati a due partner (gli altri due partner sono andati in pensione), su base 75:25. La Corte ha dichiarato che il socio A era valutabile in superimpressione solo sul 25% al quale aveva diritto in ogni caso, e che per l'altro partner non sussisteva alcuna responsabilità. Questo caso presenta questioni interessanti in cui, ad esempio, un accordo di partnership prevede la riallocazione degli utili dopo la fine di un periodo contabile. Tuttavia, le opinioni dell'HMRC sembrano essere inequivocabili e non possono essere ignorate.

*agreement*) è un documento privato che non viene pubblicato nel registro delle imprese inglese (il *Companies House*) e a differenza della LTD e della PLC è soggetta alla tassazione per trasparenza, cioè gli utili prodotti dalla LLP sono tassati direttamente in capo ai soci e non alla società. In breve, queste tipologie così introdotte condividono i principi generali del CA 2006 relativamente alla parte della distribuibilità dei soli utili disponibili e della discrezionalità nella pattuizione delle quote di utili di ciascuno, infatti, in qualsiasi *partnership* commerciale, è possibile dividere profitti e perdite nel modo che si preferisce a condizione che tutti i soci siano d'accordo sui rapporti e firmino un contratto che lo stabilisca.

a) **Profit sharing agreements (or arrangements).** La principale modalità tramite la quale vengono definite le condizioni su cui costruire il rapporto tra i fondatori e gli azionisti è quella degli *shareholders' agreements*, nella forma dei *profit sharing agreements*. Sebbene il CA 2006 affermi che è lo statuto della società a regolare le caratteristiche dell'attività di impresa e dei diritti attribuiti in capo ai soci, nella pratica la maggior parte di questi articoli sono modelli più o meno standard che non contengono in termini esaurienti tutti i dettagli relativi ai rapporti tra gli azionisti. Le clausole che più frequentemente vengono inserite nei patti di questo tipo riguardano: i contributi finanziari (*financial contributions*), le restrizioni al trasferimento delle azioni (*restrictions on transfer of shares*) e la condivisione degli utili (*profit sharing*). Con riferimento a quest'ultima tematica è infatti possibile che i soci predispongano accordi che includono un rapporto di partecipazione agli utili, al fine di determinare le modalità prescelte di distribuzione dei profitti e delle perdite. Prima di analizzare le modalità concrete di ripartizione non proporzionale è opportuno effettuare alcune considerazioni generali utili per contestualizzare questi particolari strumenti. La normativa inglese relativa alla distribuzione degli utili è disciplinata dal CA 2006, Part 23, 830<sup>92</sup>, il quale prevede che tale erogazione possa avvenire solo dopo aver accertato la sussistenza di utili distribuibili, ossia degli utili contabili accumulati e realizzati della società meno le perdite contabili accumulate e realizzate<sup>93</sup>. Una volta individuate le somme di utile distribuibile, i soci provvedono a seguire le regole inerenti alla

---

<sup>92</sup> CA 2006, Part. 23 Distributions, Chapter 1 Restrictions on when distributions may be made, 830 Distributions to be made only out of profits available for the purpose, «(1) A company may only make a distribution out of profits available for the purpose. (2) A company's profits available for distribution are its accumulated, realised profits, so far as not previously utilised by distribution or capitalisation, less its accumulated, realised losses, so far as not previously written off in a reduction or reorganisation of capital duly made. (3) Subsection (2) has effect subject to sections 832 and 835 (investment companies etc: distributions out of accumulated revenue profits)».

<sup>93</sup> Altri riferimenti sugli utili disponibili si trovano nel CA 2006, Chapter 5, 711 Available Profits, «(1) For the purposes of this Chapter the available profits of the company, in relation to the redemption or purchase of any shares, are the profits of the company that are available for distribution (within the meaning of Part 23). (2) But the question whether a company has any profits so available, and the amount of any such profits, shall be determined in accordance with section 712 instead of in accordance with sections 836 to 842 in that Part».

ripartizione che sono state precedentemente pattuite con l'accordo. La partecipazione agli utili potrebbe essere determinata dalla quantità delle azioni che ogni azionista detiene nella società ma potrebbero anche essere individuati fattori diversi. Potrebbe infatti accadere anche che, i soci predispongano un accordo che divide solo gli utili, tralasciando le perdite. La suddivisione concreta delle quote di utile è del tutto discrezionale e solitamente legata alle competenze e alle capacità apportate dai soci al progetto d'impresa.

La pratica inglese, infatti, vede sempre più spesso la divisione dei profitti come la trasposizione economica delle percentuali di responsabilità e di rischio che tutte le parti hanno all'interno dell'impresa. Una volta che le parti raggiungono un consenso sul rapporto di partecipazione agli utili, è fondamentale inserire il suddetto rapporto all'interno dell'accordo di partecipazione (*profit sharing agreement*<sup>94</sup>). Le norme non pongono a riguardo particolari restrizioni, anzi, una volta che il regolamento venga individuato all'interno dello *sharing profit agreement*, è difficile che si verifichino incomprensioni o controversie inerenti alla ripartizione. Inoltre, se un socio viola i termini dell'accordo è anche possibile denunciarlo. Non è raro poi, che una delle clausole inserite all'interno dell'accordo di partecipazione riguardi anche la procedura da seguire in caso di conflitto tra le parti coinvolte nell'accordo (*dispute resolution clauses*).

In base a quanto premesso fino ad ora, la questione che si pone in merito alla ripartizione degli utili nel panorama inglese, è connessa intrinsecamente alla natura dei rapporti commerciali e giuridici esistenti tra i soggetti coinvolti nell'impresa con la qualità di soci. Se fin dall'inizio le parti hanno optato per un approccio formale (come può essere ad esempio quello della ripartizione equa, es. 50 % ciascuno<sup>95</sup> oppure il 100 % diviso per quanti soci partecipano) in sede di costituzione, così come in

---

<sup>94</sup> Con riferimento alle modalità di utilizzo dei *profit sharing agreement*, è interessante citare brevemente alcune pratiche legate alla natura di tali accordi come contratto legale che regola il processo di condivisione dei profitti della *partnership* tra le parti coinvolte. Dato che il principale scopo di queste pattuizioni è sostanzialmente la formalizzazione dell'ordine di suddivisione degli utili e la determinazione dei soggetti che possano prendere parte alla ripartizione degli utili, non è raro che tali accordi vengano utilizzati per garantire e precisare la posizione delle parti coinvolte nell'attività di impresa. Infatti, la lettera di accordo per la partecipazione agli utili può essere firmata anche tra i partner commerciali che sono membri di una *partnership* (o di una *joint venture*); così come a volte il contratto viene firmato tra un'azienda e i suoi dipendenti, che in ricevono una parte di utile oltre al salario. In questo modo, il pagamento ricevuto può dipendere dal profitto che l'azienda ha raggiunto durante un periodo di tempo stimato, o dal profitto che l'azienda ha ottenuto proprio grazie agli sforzi dei dipendenti. Per queste tipologie di casi, sono infatti utilizzati come punto di partenza i modelli standard di accordi di partecipazione agli utili facilmente reperibili online. Tuttavia, le tipologie appena descritte non sono chiaramente quelle oggetto della nostra trattazione ma, paiono utili a comprendere la completa attualità non solo dell'argomento ma anche della necessità di assicurare che i soggetti decidano del tutto liberamente riguardo alla definizione dei rapporti anche in sede di distribuzione degli utili, considerando anche tale sede come una modalità per ringraziare i soggetti che hanno partecipato alla continuazione dell'attività e al raggiungimento degli obiettivi.

<sup>95</sup> Nel caso invece di un accordo di partecipazione degli utili 50/50, i soci della *partnership* spesso riducono la loro percentuale di proprietà al 49% ciascuno e danno il 2% a una terza parte di fiducia. Questa terza parte ha il voto decisivo quando i due partner di maggioranza non possono prendere una decisione. La legge prevede rimedi per le *partnership* 50/50 che non riescono a raggiungere un accordo materiale e l'attività si ferma. Quando ciò accade, il tribunale interviene e liquida i beni dell'azienda.

quella di distribuzione finale, non vi è dubbio sul fatto che i soci possano definirsi co-azionisti. Tuttavia, un'impostazione di questo tipo non è sempre preferita (specialmente nel caso di imprese che necessitano di una minore rigidità nella forma e una maggiore flessibilità nei processi decisionali), che lascia spazio ad un approccio informale e totalmente discrezionale. È proprio con riferimento a queste ultime situazioni, infatti, che si è ritenuto necessario nella prassi correggere la percezione dei soci in queste interrelazioni, così che vi sono stati molti casi in cui i tribunali sono giunti a conclusioni totalmente in contrasto con quanto precedentemente pattuito negli accordi di partecipazione.

Le problematiche principali inerenti agli accordi di questo tipo sono legate alla natura degli stessi di rientrare nella categoria degli *shareholders' agreements*. Questi ultimi possono essere oggetto di analisi da parte dei tribunali soprattutto nei casi i cui il contenuto dei patti parasociali sia in contrasto con quello dello statuto. Il caso *Dear and Griffith v Jackson* [2013] EWCA Civ 89<sup>96</sup> riguarda un esempio di controversia in cui viene chiesto alla Corte d'appello di risolvere una contraddizione tra gli *shareholders' agreement* e lo statuto della società di riferimento. Questa sentenza riflette l'approccio di lunga data dei tribunali inglesi all'interpretazione e all'implicazione di termini nei contratti, sottolineando l'importanza a garantire che i patti parasociali e lo statuto non contengano termini tra loro contraddittori, dato che in caso contrario, sarebbero gli articoli dello statuto a prevalere. Resta comunque pacifico che il contenuto complessivo del patto parasociale possa essere contenere aspetti ulteriori e più vari del rapporto tra soci. Si prenda, come esempio pratico il contenuto dello *shareholders' agreement* stipulato tra White Horse Intervest Limited, Bols Sp.z O.O., Central European Distribution Corporation e Copercrestro Enterprises Limited. La disciplina inerente alla politica dei dividendi è stata inserita, come sovente accade, nel paragrafo contenente le regole della politica di finanziamento. Nel caso di specie, si prevede che la decisione inerente alla ripartizione totale o parziale degli utili debba essere presa dal Consiglio, costituito dai membri appartenenti alle società aderenti in proporzione ai conferimenti da questi effettuati. *Il Consiglio, nell'effettuare tale determinazione, terrà conto delle disposizioni della legge applicabile, dello Statuto e dei ragionevoli requisiti finanziari della società per i successivi dodici mesi; saranno poi gli Azionisti ad assicurarsi che il Consiglio ripartisca almeno il cinquanta per cento dell'Importo distribuibile, procedendo tempestivamente con l'applicazione delle proporzioni specificate a titolo di dividendo o, se gli azionisti sono d'accordo,*

---

<sup>96</sup> *Dear and Griffith v Jackson* [2013] EWCA Civ 89, Court of Appeal (Civil Division), 22 febbraio 2013, Neutral Citation Number: (2013) EWCA Civ 89, Case No: A3/2012/2118



*attraverso il rimborso o il riscatto proporzionale di azioni o altre partecipazioni della società*<sup>97</sup>. Questo è solo un esempio di come i soci possano pronunciarsi relativamente alla tematica della ripartizione degli utili nei patti parasociali, ma dimostra l'estrema versatilità di questo strumento e lascia comprendere perché i soci spesso preferiscano inserire regole specifiche di ripartizione in accordi di questo tipo piuttosto che nel contratto sociale.

**b) Articles of distributable profits in the members' agreement (or articles of association).**

Anche se, in base a quanto affermato finora, le disposizioni in termini di ripartizione sono contenute sempre più frequentemente in pattuizioni esterne (*profit sharing agreement*), le stesse possono altresì essere inserite nelle clausole dell'accordo di adesione dei soci alla società (*members' agreement*). La maggior parte delle controversie tra soci vengono risolte tramite trattative riservate o arbitrato, mentre una risoluzione pubblica della questione attraverso un'udienza completa e un giudizio trasparente è un evento più raro. Un recente esempio di un caso del genere coinvolge un *ex* socio di uno studio legale ed è un promemoria utile del fatto che, proprio a causa della ormai accettata discrezionalità dei soci è difficile contestare decisioni relative alle quote di utile come esercizio irrazionale di discrezionalità. Tramite l'analisi del caso appena introdotto – che comincerà a breve - verrà utilizzata la giurisprudenza al fine di passare in rassegna e ricostruire alcuni degli aspetti più controversi legati alla discrezionalità, ormai asserita, di cui i soci dispongono durante la redazione degli accordi di adesione e che applicano non senza problemi nella pratica. Essendo infatti l'Inghilterra un paese di *common law*, è proprio all'interno della giurisprudenza che è possibile riscontrare non solo i problemi ma anche i principi che nel tempo sono emersi e si sono affermati con riferimento agli aspetti della ripartizione non proporzionale.

Il caso *Tribe v. Elborne Mitchell LLP*<sup>98</sup> (2021, EWHC 1863, Case No: BL-2018-001656) riguarda un reclamo presentato dall'Avv. Tribe in pensione contro la sua *ex* società con richiesta di risarcimento

---

<sup>97</sup> Il paragrafo 4 dello shareholders' agreement dispone: «As soon as reasonably practicable after the end of each quarter of each Financial Year and at such other time(s) as the Board shall specify, the Board shall determine and cause the distribution of the some or all of the net profits of the Company available for distribution for that period to the Shareholders. The Board shall, in making that determination, take into account the provisions of applicable law, the Articles and the reasonable financial requirements of the Group for the following 12 months. To the extent permitted under applicable law, unless the CEDC Shareholders and White Horse (or as the case may be their permitted assignees to whom their respective rights under this Agreement have been assigned pursuant to Clause 11.1) otherwise agree, the Shareholders will procure that the Board will cause at least fifty per cent. of the Distribution Amount of the Company to be promptly distributed to the Shareholders in the Specified Proportions by way of dividend or, if the Shareholders agree, through the proportional redemption or repurchase of Shares or other Equity Interests of the Company. The Shareholders agree that the Company shall cause, so far as it is lawfully able to do so, each other member of the Group to distribute a sufficient amount of net profits of such member to permit the Company to distribute at least fifty per cent. of the Distribution Amount».

<sup>98</sup> *Peter John Tribe v. Elborn Mitchell LLP*, High Court of Justice, Business and property courts of England and Wales business list (ChD), 6 luglio 2021, Neutral citation number: (2021) EWHC 1863 (Ch), Case No: BL-2018-001656

del danno per non aver ottenuto una quota di profitto equa negli ultimi due anni della sua *partnership*. Il processo ha riguardato la divisione di una parte degli utili distribuibili dello studio per gli esercizi chiusi nel 2015 e 2016 ai sensi del *Members' agreement* stipulato tra i soci nel 2011. Le clausole pertinenti sono quelle riguardanti i *distributable profits* (utili distribuibili), contenenti gli utili in conto capitale della LLP che devono essere condivisi tra i soci in relazione a qualsiasi periodo di contabilità finanziaria e che possono essere più o meno uguali agli utili come indicati nei documenti legali e interpretati di conseguenza; e i *fixed share partners* (azionisti fissi), per i quali può essere previsto il diritto di allocazione prioritaria con riferimento ad un periodo contabile finanziario individuato. Il paragrafo 12 dello statuto prevede che in materia di LLP Share of profits, fatte salve le disposizioni sul periodo contabile imminente, *per ciascun periodo successivo gli utili distribuibili saranno condivisi nelle proporzioni calcolate secondo le disposizioni del terzo allegato (tali proporzioni sono indicate nel presente accordo come le "LLP Shares")*<sup>99</sup>. Il terzo allegato di cui sopra stabilisce il metodo concordato per la divisione degli utili per ogni anno, in virtù del quale ogni socio riceve una quota fissa e se residua un ulteriore saldo, viene creato un *fondo discrezionale* che comprende fino al 40 % del profitto distribuibile che viene poi assegnato con delibera ordinaria *sulle raccomandazioni del senior partner*, che sono *da determinare a sua discrezione, ma terranno sostanzialmente conto dei risultati finanziari*, in modo che i soci ricevono quindi una quota uguale di tutto ciò che rimane<sup>100</sup>. In definitiva, l'accordo prevede quindi due determinazioni che sono al centro di questa controversia: Tribe afferma che sia la raccomandazione del *senior partner* che la decisione che ne consegue, siano state oggetto di esercizio di un potere discrezionale non vincolato allo statuto e che gli altri soci abbiano agito in

---

<sup>99</sup> Paragrafo 12 LLP Shares of profit: «12.1 Subject to Clause 12.2, for the financial accounting period ending 30 April 2012 and each financial accounting period thereafter the Distributable Profits of the LLP shall be shared by each of the Partners in the proportions calculated according to the provisions of the Third Schedule (such proportions being referred to in this Agreement as the "LLP Shares"). 12.2 the Fixed Share Partners shall have priority for the allocation of the Distributable Profits to the extent of their entitlement in each financial accounting period».

<sup>100</sup> Terzo allegato menzionato nella clausola del paragrafo 12: «Each Partner's LLP Share for each financial accounting period shall be calculated as follows:

1. Subject to there being sufficient Distributable Profit, every Partner shall receive a "fixed share" calculated as a fixed sum to be paid in priority to all other elements making up the LLP Shares, and to abate equally if there are not sufficient Distributable Profits to pay a full fixed share to every Partner. [...]

2. From the balance if any of the profit there shall be appropriated a "discretionary fund", comprising up to a maximum of 40% of the whole Distributable Profit of the LLP (prior to the allocation of the fixed shares). The allocation of the discretionary fund:

a) is to be settled by Ordinary Resolution (if required) of the Partners – on recommendations to be brought forward by the Senior Partner - not later than 31 January following the end of each financial accounting period. [...]

b) the basis of the Senior Partner's recommendations are a matter to be determined at his discretion, but will have substantial regard for financial performance.

3. The remainder of the profit after the fixed element and any discretionary element shall be distributed according to lockstep points ("the lockstep element"), as follows [...].».

malafede nei suoi confronti. Le motivazioni della sentenza fanno emergere tutte le problematiche più importanti relativamente al caso di specie e si afferma che il *senior partner* deve formulare le raccomandazioni in buona fede, tenendo conto delle sole questioni pertinenti. La Corte ha pertanto ritenuto che le raccomandazioni in merito alla quota di profitto del ricorrente fossero un ragionevole esercizio della sua discrezionalità ai sensi del *Members' Agreement*, così come legittime sono state anche le successive deliberazioni in materia. In altri termini, il giudice ha esaminato i requisiti soggettivi e oggettivi per un effettivo esercizio dei poteri pertinenti, e ha concluso che tali requisiti erano stati soddisfatti. Con questa sentenza si afferma pertanto che, in generale, la discrezionalità dei soci è alquanto ampia ma comunque si tratta di una decisione che può essere oggetto di contestazione da parte di altri soci che potrebbero proporre di adottare una ripartizione alternativa se non fossero d'accordo.

Riguardo ad ulteriori problematiche legate alla predisposizione da parte dei soci di clausole contrattuali che prevedono disposizioni alternative di ripartizione degli utili, la giurisprudenza inglese fornisce principi e precedenti che si richiamano nella sentenza *Tribe* e che verranno utilizzati al fine di inserire nella trattazione i profili più rilevanti che possono sorgere dall'applicazione di regole alternative, di cui i più interessanti sono: *Wood v Capita Insurance Services* [2017] UKSC 24, con riferimento ai principi da seguire nel procedimento di costruzione delle clausole<sup>101</sup>; *Mid Essex Hospital NHS Trust contro Compass Group UK and Ireland Ltd* [2013] EWCA Civ 200, sulla modalità di esercizio discrezionale del socio nella valutazione degli interessi<sup>102</sup>; *Watson v Watchfinder.co.uk Ltd* [2017] EWHC 1275 (Comm)<sup>103</sup> e *Shurbanova v Forex Capital Markets Ltd* [2017] EWHC 2133 (QB)<sup>104</sup>, entrambe citate per applicare le restrizioni sull'esercizio del potere discrezionale dei soci in contesti commerciali; infine *Braganza v BP Shipping Limited* [2015] UKSC 17 sulla vigilanza dei

---

<sup>101</sup> *Wood v Capita Insurance Services* [2017] UKSC 24, The Supreme Court of United Kingdom, 29 marzo 2017, Neutral citation number: (2017) UKSC 24, Case ID: UKSC 2015/0212, sull'appello della sentenza (2015) EWCA Civ 839, in particolare ai paragrafi da 10 a 15, compresa l'affermazione che, «in caso di significati concorrenti, il giudice può dare peso alle implicazioni delle costruzioni rivali raggiungendo una visione su quale costruzione sia più coerente con il buon senso aziendale».

<sup>102</sup> *Mid Essex Hospital NHS Trust contro Compass Group UK and Ireland Ltd* [2013] EWCA Civ 200, Court of Appeal (Civil Division), 15 marzo 2013, Case No: A2/2012/0883, in cui Jackson LJ ha osservato al punto 83 che «in qualsiasi contratto in base al quale una parte è autorizzata ad esercitare un potere discrezionale effettuando una valutazione o scegliendo tra una serie di opzioni, tenendo conto degli interessi di entrambe le parti, esiste un procedimento implicito da seguire. La formulazione precisa di tale termine è stata variamente espressa. In sostanza, è che la parte interessata non eserciterà la sua discrezionalità in modo arbitrario, capriccioso o irrazionale. Tale termine è estremamente difficile anche se non impossibile da escludere».

<sup>103</sup> *Watson v Watchfinder.co.uk Ltd* [2017] EWHC 1275 (Comm), England and Wales High Commercial Court, 25 maggio 2017, Neutral Citation number: (2017) EWHC 1275 (Comm), Claim No: CI-2016-464

<sup>104</sup> *Shurbanova v Forex Capital Markets Ltd* [2017] EWHC 2133 (QB), England and Wales High Court, 22 agosto 2017, Claim No: LM-2016-000018

tribunali affinché il potere contrattuale inerente alla distribuzione degli utili non sia oggetto di abuso dai soci<sup>105</sup>. Proprio con riferimento a questo ultimo caso, è nata la concezione del cd. dovere Braganza (*Braganza Duty*) per riferirsi all'obbligo implicito che qualifica il modo in cui le disposizioni contrattuali discrezionali devono essere esercitate, e cioè nel rispetto della razionalità e in buona fede. Nella sentenza *Braganza*, la Suprema Corte ha ritenuto che, qualora una delle parti di un contratto avesse il diritto di esercitare un potere discrezionale o di formarsi un'opinione che potrebbe essere a danno dell'altra parte, potrebbe essere necessario adottare misure per garantire che tali diritti siano non abusati. Questo caso contribuisce a suggerire che dimostrare che una decisione discrezionale sull'allocatione di quote di profitto è stata irrazionale o illegale è spesso difficile.

**c) I confini della discrezionalità: il caso dell'esclusione parziale o totale del partner dagli utili.** Le considerazioni svolte inerenti alla possibilità per i soci di disporre relativamente alla partecipazione agli utili non possono prescindere dall'analisi dell'ipotesi più estrema in cui sia prevista un'esclusione del socio dagli utili. È interessante vedere come, nell'ordinamento in questione, la letteratura più recedente abbia avallato anche in questo caso una soluzione abbastanza liberale<sup>106</sup>. La dottrina, inoltre, parte dal presupposto che – come si vedrà per l'esclusione del socio dalle perdite – il *Partnership Act* del 1890, non contiene tra i requisiti della definizione di *partnership* quello della necessaria partecipazione agli utili. Sul punto, si è detto che la non espressa indicazione di detto requisito è da intendersi come una conferma della regola che si era affermata prima dell'emanazione del *Partnership Act* in base alla quale era pacificamente ammessa la possibilità di escludere un *partner* dalla percezione degli utili<sup>107</sup>. Non è mancata comunque una dottrina, seppur minoritaria, che ha concluso che la partecipazione agli utili rappresenta un requisito non derogabile dall'autonomia statutaria dei soci, perché attinente alla intrinseca natura della *partnership*<sup>108</sup>. La tesi, comunque, che ha sostenuto l'ammissibilità dell'esclusione del socio dagli utili è da ritenere oggi prevalente, avendo trovato conferma anche nella giurisprudenza, che ha considerato pienamente ammissibili gli accordi

---

<sup>105</sup> *Braganza v BP Shipping Limited* [2015] UKSC 17, The Supreme Court of United Kingdom, 18 marzo 2015, Neutral citation number: (2015) UKSC 17, Case ID: UKSC 2013/0099, sull'appello della sentenza (2013) EWCA Civ 230

<sup>106</sup> HEENEN, *Partnership and other personal associations for profit*, in *International Encyclopedia of comparative law*. XIII. Business and Private Organizations, Tübingen, 2006, p. 22

<sup>107</sup> R.C. ANSON BANKS, LL.B., *Lindley and Banks on partnership*, Sixteenth Edition by London, 1990, p. 11: «*the omission of the supposed fourth element from the definition of partnership was intentional and accords to the previous law*». Il quarto elemento sarebbe, appunto la partecipazione agli utili.

<sup>108</sup> GOWER L.C.B., *Pollock on partnership*, Fifteenth edition by, LL.M., London, 1952, p. 12

tra i *partner* in forza dei quali sia prevista una remunerazione in misura fissa, con esclusione totale, appunto, dalla partecipazione agli utili<sup>109</sup>.

**d) Conclusioni sul potere discrezionale dei soci sulla predisposizione delle regole di ripartizione dei profitti.** Tutto quanto analizzato finora dimostra la totale adesione della giurisprudenza inglese ad enunciare principi che possano consentire ai soci di esercitare i diritti di cui dispongono in termini di autonomia contrattuale, nel rispetto delle considerazioni effettuate sugli argomenti incidenti quali tra i più importanti la buona fede nella predisposizione della clausole o nella negoziazione degli accordi di partecipazione agli utili, la possibilità di contestare le modalità di attribuzione delle quote di profitto in caso di disaccordo con gli altri soci. In altri termini, è possibile dire che i limiti dati ai soci sono più soggettivi che oggettivi, nel senso che, diversamente dall'ordinamento italiano o da quello francese, i quali prevedono in modo simile una norma inerente al limite del patto leonino con riferimento ai margini di deroga massimi a cui i soci possono arrivare, nell'ordinamento inglese si preferisce lasciare i soci liberi di regolamentarsi.

La maggior parte dei precedenti in materia, infatti, richiedono ai soci di applicare degli accorgimenti che sembrano riflettersi più sul lato soggettivo del rapporto sociale, cioè quello del comportamento da tenere in sede di predisposizione delle clausole o in sede di proposta del metodo di ripartizione da adottare piuttosto che oggettivo, inerente ai confini dell'istituto della ripartizione non proporzionale – come nel caso del divieto di patto leonino che ha lo scopo di evitare esclusioni totali.

**e) L'esclusione del partner dalle perdite.** Per una completezza di vedute, è necessario dire brevemente che nell'ordinamento inglese, per quanto riguarda l'altra faccia della medaglia inerente all'esclusione del socio dalle perdite, solo un risalente precedente giurisprudenziale ha concluso che la partecipazione alle stesse da parte del socio<sup>110</sup> fosse un requisito indefettibile della *partnership*. Ma successivamente questo è stato *overruled* da diverse sentenze che, per contro, hanno concluso che la sopportazione da parte del socio delle perdite non costituisce requisito indefettibile per la costituzione di una valida *partnership*<sup>111</sup>. Proprio il già citato *Partnership Act* del 1890, nell'elencazione dei requisiti della *partnership* non fa alcun riferimento alla necessaria condivisione delle perdite, lasciando

---

<sup>109</sup> *M Young Legal Associates Ltd v Zahid* 2006 EWCA Civ 613

<sup>110</sup> *Coope v Eyre*, English Court of Common Pleas (1788), 1 H. Bl. 37, in cui Lord Loughborough safferma che: «*In order to constitute a partnership a communion of profits and loss is essential*».

<sup>111</sup> *Jeffrey v Bamford* (1921), 2 K.B. 351; nel caso precedente *Bond v Pittard*, (1838) 3 M. & W. 357, è stato ritenuto legittimo il caso in cui uno dei due partners, in forza dell'atto costitutivo, aveva il diritto di ricevere annualmente una remunerazione fissa, senza rispondere delle eventuali perdite della società.

dunque intendere che le stesse debbano essere consentite. Quanto alle pronunce giurisprudenziali in merito, essi sono stati confermati anche dalla dottrina che ha sul punto dichiarato che non *c'è nulla che impedisca a uno o più partner di accettare di indennizzare il altri contro la perdita o per impedire la piena efficacia di un contratto di società contenente tale clausola di indennizzo*<sup>112</sup>.

### **3.2. Considerazioni della giurisprudenza sulla validità degli shareholders' agreements nell'ordinamento giuridico inglese**

Data la mancanza di limiti per così dire oggettivi all'autonomia dei soci, il principale problema sottostante alla possibilità di utilizzare convenzioni extrastatutarie, quali ad esempio i *profit sharing agreements*, riguarda non tanto la ricerca di eventuali *escamotages* nella pratica - poiché si è visto che la legge e la giurisprudenza lasciano ampio spazio di manovra ai soci - ma piuttosto la necessità di chiarire l'orientamento della giurisprudenza relativamente alla validità degli *shareholders' agreements*, che si è visto essere la sede privilegiata in cui i soci concordano le disposizioni relative alla distribuzione degli utili. La caratteristica più interessante con riferimento ai patti parasociali è quella della riservatezza, inerente al fatto che si tratta di accordi che sono generalmente sottoscritti da tutti i soci e, a differenza dello statuto, sono stipulati a beneficio dei soci e non direttamente della società. Per questo motivo, sebbene non esistano disposizioni di legge nel CA 2006 o in altre norme relative ai patti parasociali, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che il contenuto dei patti parasociali debba essere considerato come integrativo rispetto a quello dello statuto, che a sua volta deve rispettare le parti obbligatorie della legge. Nonostante l'esigua presenza di pronunce che fanno riferimento a questa tematica, la giurisprudenza inglese ha riconosciuto la liceità della figura dei patti parasociali, procedendo a qualificare gli stessi come «*definable category of contractual relationship*»<sup>113</sup>, i quali sono anche tenuti pure al rispetto dei principi generali in tema di *law of contract* che possono costituire gli ostacoli più grandi al riconoscimento ufficiale di tale categoria insieme ad ulteriori pattuizioni che potrebbero trovarsi all'interno di disposizioni di *public policy*. Il leading case che ha affermato la legittimità per i soci di utilizzare i patti parasociali come modalità di regolazione dei diritti sociali è

---

<sup>112</sup> Lindley and Banks on partnership, Sixteenth Edition by R.C. l'Anson Banks, LL.B., London, 1990, p. 72. Il testo originale: «*there is nothing to prevent one or more partners from agreeing to indemnify the others against loss, or to prevent full effect from being given to a contract of partnership containing such a clause of indemnity*».

<sup>113</sup> Questa definizione viene fornita da Lord Bridge nella decisione della causa *Scally v Southern Health and Social Services Board* del 1992, 1 AC 294.

*Russel v. Northern Bank Development Corp. LTD* (1992)<sup>114</sup> precisando inoltre che, i patti privati di questo tipo non possono in alcun modo ostacolare i poteri statutari della società cui si riferiscono. Il caso di specie riguardava l'esercizio del diritto di voto e, l'aspetto interessante riguarda la parte in cui la House of Lords si è pronunciata con riferimento alla limitazione del potere legale della società. Con questa sentenza si afferma un punto di vista favorevole al principio della libertà contrattuale<sup>115</sup>, in considerazione del fatto che, sebbene una società non possa privarsi del suo potere di modificare la costituzione societaria, i suoi membri possono concordare legittimamente in un patto parasociale le modalità di esercizio del diritto di voto loro attribuito in virtù della posizione da loro ricoperta nei confronti della società. Questa conclusione è infatti espressione di una visione che può essere definita come un'estrapolazione della posizione di buon senso secondo cui gli azionisti possono liberamente disporre di qualsiasi questione e, a parte i casi in cui le disposizioni da questi individuate siano illegali<sup>116</sup>, non si vede perché dovrebbe impedirsi loro di gestire secondo la loro volontà questo tipo di accordi. In un commento relativo alla pronuncia qui introdotta si analizza come, il ragionamento condotto dalla *House of Lords* ha ritenuto che, nei confronti della società, il requisito del consenso contenuto nell'accordo fosse invalido perché illegittimo con riguardo al potere legale della società di aumentare il proprio capitale sociale con deliberazione ordinaria e peraltro, ha altresì ritenuto che la parte inopponibile del patto parasociale (ossia la parte che pretendeva di togliere i diritti statutari della società) era indipendente e quindi separabile dall'accordo tra gli azionisti, che di conseguenza, doveva essere ritenuto come produttivo di effetti esecutivi tra e contro di loro<sup>117</sup>. In altre parole, è stato

---

<sup>114</sup> *Russel v. Northern Bank Development Corp. LTD*, House of Lords, 11 giugno 1992, UKHL J0611-1, Case No: 1 WLR 588.

<sup>115</sup> DUFFY M.J., *Shareholders' agreements and shareholders' remedies contract versus statute?*, Bond Law Review, Vol. 20, Issue 2, Article 1, 2008, *The Berkeley Electronic Press*, p. 6 e ss. Il caso *Northern Bank* riguardava un patto parasociale che doveva avere la priorità tra gli azionisti rispetto allo statuto e prevedeva che nessun ulteriore capitale sociale sarebbe stato emesso senza il consenso scritto unanime di tutte le parti dell'accordo. Russell ha preso provvedimenti opponendosi all'approvazione di risoluzioni per aumentare il capitale sociale in violazione dell'accordo. La Camera dei Lord ha ritenuto l'accordo applicabile (purché non pretendesse di vincolare i futuri azionisti) tra gli azionisti, sebbene non applicabile alla società stessa. La limitazione era quindi che la società stessa non può essere parte di tale accordo.

<sup>116</sup> DUFFY M.J., *Shareholders' agreements and shareholders' remedies contract versus statute?*, Bond Law Review, Vol. 20, Issue 2, Article 1, 2008, *The Berkeley Electronic Press*, p. 6 e ss. Ovviamente gli azionisti non possono stipulare un contratto illegale in quanto questo sarà per definizione nullo in modo che gli azionisti non possano quindi stipulare un accordo che consenta agli amministratori di violare i loro doveri nei confronti della società (sebbene alcuni doveri degli amministratori possano essere "attenuati" da un accordo tra azionisti in alcuni casi - questo è discusso di seguito nel contesto dell'azione legale derivata). Se altre questioni particolari siano illegali può ovviamente essere più complicato da determinare. È stato suggerito che ciò possa andare oltre e che anche un patto parasociale non possa limitare la discrezionalità degli amministratori (ad esempio impegnandosi ad agire nell'interesse di una particolare fazione di membri o di un creditore che è stato nominato a rappresentare).

<sup>117</sup> Il testo originale recita: «*an agreement between shareholder's as to how they would exercise their voting rights on a resolution to alter the articles (of the company) is not necessarily invalid*», e che non vi è motivo per cui il patto «*should not be enforceable by the shareholders inter se as a personal agreement which in no way fetters (the company) in the exercise of its statutory powers*».

legittimamente affermato che i soci fossero in grado di stipulare un accordo perfettamente vincolante tra di loro sulle modalità di voto in relazione a situazioni di possibile alterazione dello statuto sociale. Paradossalmente, l'effetto del loro voto concordato, contro la delibera, sottrae indirettamente alla società il diritto o il potere statutario di aumentare il capitale, ma comunque non può essere considerato illegittimo<sup>118</sup>. In conclusione, le parole di *Lord Jauncy* affermano fermamente la possibilità dei patti parasociali di arrivare a rendere esecutive delle clausole che, in base al contenuto degli articoli societari, non sarebbero possibili<sup>119</sup>. Gli unici accordi che, inevitabilmente devono essere considerati come illegittimi, possono essere individuati, in mancanza di norme contenute nel *Companies Act* (escluse le disposizioni in materia di obblighi informativi di cui alle *sections* 204 e 219), tenendo conto dei principi di *public policy* che regolano il diritto delle società, tra i quali rientrano in primo luogo le disposizioni invalide perché aventi lo scopo di perseguire interessi di chi ha aderito contrastanti con gli quelli della società, come accadrebbe nel caso di una convenzione con cui i soci vogliono realizzare una politica di distribuzione degli utili tale da spogliare del tutto la società delle sue risorse a danno dei creditori, considerando il solo interesse degli aderenti. In secondo luogo, delle disposizioni contrastanti sarebbero quelle con cui gli azionisti di controllo abusino dalla maggioranza di cui dispongono per perseguire i propri interessi individuali, discostandosi da quelli di cui invece dovrebbero tenere conto e che vengono definiti come il *best interest of the company as a whole*<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> THOMAS-RYAN, *The Law and Practice of shareholders' agreements*, Butterworths, 2000, p. 40 e ss. Nel commento alla pronuncia è stato evidenziato il ragionamento seguito dalla giurisprudenza, la quale «*held that, as against the company, the requirement for consent contained in the agreement was invalid because it was an unlawful fetter on the company's statutory power to increase its share capital by ordinary resolution of the company...however, also held that the unenforceable part of the shareholder's agreement (i.e. the part which purported to take away the company's statutory rights) was independent of, and severable from, the agreement between the shareholders, therefore the agreement between the shareholders themselves not to vote in favor of a resolution to increase the capital was enforceable amongst and against them. In other words, they may make a binding agreement amongst themselves as to how they should vote in relation to alteration of the company's articles of association. Paradoxically, the effect of their voting as agreed, against the resolution, indirectly deprives the company of its statutory right or power to increase its capital*».

<sup>119</sup> Egli infatti precisa che: *shareholders may lawfully agree inter se to exercise their voting rights in a manner which, if it were dictated by the articles, and where thereby binding on the company, would be unlawful*.

<sup>120</sup> FERRAN, *Company Law and Corporate Finance*, 1999, p. 125 e ss. Il modello societario tipico dell'ordinamento anglosassone che identifica l'interesse della società in quello della collettività dei soci, *as a whole*, comporta da un lato l'assenza di considerazione individuale degli interessi che i singoli soci hanno e dall'altro, porta ad una attenzione scarsa per quanto riguarda la *governance* della società e la considerazione di interessi appartenenti a gruppi diversi che possono poi essere associati all'attività sociale, tra i quali anche rientrano i creditori sociali.



## CAPITOLO III

### LA RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE

#### NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

**SOMMARIO:** 1. Inquadramento del fenomeno dei patti di ripartizione nel contesto italiano – 1.1. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE NELLE SOCIETÀ DI PERSONE – a) Del diritto all'utile del socio di società personale – b) Della teoria di ripartizione non proporzionale come remunerazione della responsabilità personale del socio – c) Del principio ex art. 2263 c.c. – d) Della deroga al principio di proporzionalità – 1.2. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI – a) Del diritto all'utile dell'azionista ex art. 2350 c.c. – b) Dei limiti alla discrezionalità statutaria – c) Delle declinazioni statutarie alla partecipazione degli utili tramite la creazione di privilegi patrimoniali ex art. 2348 c.c. - 2. CLAUSOLE INSERITE NEI PATTI PARASOCIALI – a) Considerazioni sull'ambito soggettivo di applicazione – b) Della tesi dell'applicabilità del divieto di patto leonino alle pattuizioni parasociali – c) Della tesi della compatibilità dei patti di garanzia degli utili o delle perdite con il divieto di patto leonino - 3. CLAUSOLE PER LA FISSAZIONE DI CRITERI NON PROPORZIONALI – 3.1. Criterio prioritario – 3.2. Criterio preferenziale – 3.3. Clausole statutarie di fissazione di un tetto massimo al diritto agli utili ed esame dei profili di compatibilità con il principio di proporzionalità e il divieto di patto leonino – a) limite massimo espresso in misura assoluta – b) limite massimo espresso in misura relativa – c) limite massimo espresso in relazione al fattore tempo con introduzione di un termine iniziale o finale – d) considerazioni sulle clausole cd. di *waterfall* – 3.4. Considerazioni del riconoscimento di diritti particolari ai soci

#### **1. Inquadramento del fenomeno dei patti di ripartizione nel contesto italiano**

L'analisi che è stata svolta nel secondo capitolo ha reso possibile la contestualizzazione internazionale delle regole generali in materia di ripartizione non proporzionale riguardanti gli aspetti dei limiti alla discrezionalità contrattuale ed extracontrattuale attribuita ai soci. Partendo dalla ricerca di una norma simile a quella contenuta nell'art. 2265 c.c. è stato possibile visualizzare le diverse posizioni assunte da ordinamenti diversi da quello italiano. La presenza o la mancanza del più pregnante limite del divieto di patto leonino è stato infatti, il segnale dirimente in termini di analisi sia delle disposizioni normative sulla ripartizione non proporzionale, sia nella ricerca degli orientamenti giurisprudenziali inerenti. Gli atteggiamenti della Francia e dell'Inghilterra mostrano che l'approccio alla ripartizione non proporzionale può essere diversa, più rigida come accade nell'ordinamento francese – e come vedremo,

anche in quello italiano per certi aspetti – e più permissiva come invece nel caso dell’ordinamento inglese. Oltre alle norme e alla giurisprudenza, anche il ruolo degli ordinamenti giuridici nell’attività economica è importante, infatti, traslando in discorso nell’ordinamento italiano, è possibile rilevare che la tutela del socio e delle minoranze è uno dei temi maggiormente dibattuti nell’ambito del diritto societario riformato con il D.lgs. 6/2003. Le ragioni che stanno dietro alla necessità di predisporre tale tutela si rinvergono nell’interesse di dotare la società di un impianto normativo idoneo ad evitare comportamenti opportunistici o assolutistici dei soci – e specialmente degli azionisti di maggioranza – limitando i poteri mediante l’individuazione di regole di organizzazione. Tra queste è possibile ricomprendere anche il divieto di patto leonino, come norma volta ad evitare che i soci tengano comportamenti opportunistici in sede di ripartizione, escludendo altri soci dalla partecipazione agli utili o alle perdite.

L’interpretazione moderna del patto leonino proposta dalla dottrina italiana riconosce alla base dei due divieti la medesima giustificazione di tipo oggettivo, identificata in un precetto di ordine pubblico economico volto a garantire il corretto funzionamento della società: considerando la partecipazione agli utili e alle perdite da parte del socio un elemento imprescindibile della partecipazione sociale<sup>121</sup>. Da una parte, si osserva, infatti, che il socio che possa avvantaggiarsi degli utili della società, senza correlativamente rischiare e che, cioè, sia escluso dalla sopportazione delle perdite, si troverebbe in una situazione di irresponsabilità illimitata: di modo che sarebbe propenso a intraprendere decisioni molto rischiose e speculative. Dall’altra parte, si sottolinea che il socio escluso dagli utili sarebbe portato a prendere solo decisioni estremamente caute, essendo in difetto di un interesse al profitto<sup>122</sup>.

L’attenzione al corretto funzionamento e alla corretta gestione sociale è posta nell’interesse non solo della società, ma anche dell’economia nazionale e dei terzi creditori, sui quali finirebbe per ricadere la gratuità della partecipazione, nel caso di assenza di percezione degli utili, ovvero la gestione irresponsabile, nel caso di esclusione dalle perdite sociali. E la lettura oggettivizzata del divieto del patto leonino, inoltre, ne ha ampliato l’applicazione a tutte le fattispecie in cui si possa ravvisare una

---

<sup>121</sup> SRAFFA A., Patto leonino e nullità del contratto sociale, in Riv. dir. comm., 1915, I, p. 956 e ss. Sotto la vigenza del codice civile del 1865 e, in particolare, dell’art. 1719 c.c., una autorevole dottrina aveva, ancora, rilevato che mentre nel caso di esclusione del socio dagli utili la nullità conseguiva al difetto di uno degli elementi essenziali del contratto di società, nel caso della esclusione del socio dalle perdite «il codice aveva frenato con questa disposizione la possibilità di sfruttamenti, la norma possedeva un carattere eminentemente etico, era di natura antiusura».

<sup>122</sup> In tal senso: SIMONETTO E., Responsabilità e garanzia nel diritto delle società, Padova, 1959, p. 139; MINERVINI G., Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino, in Contratto e impresa, 1988, p. 771; ABRIANI N., Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative, cit., p. 44; TORSELLO M., Partecipazione a scopo di finanziamento e patto leonino parasociale, in Contratto e impresa, 2000, p. 896; SANTAGATA R., Dai patti di retrocessione a prezzo garantito alle azioni “redimibili”. Una rilettura del divieto del patto leonino nella S.p.A. riformata, in Riv. dir. comm., 2013, p. 537.

esclusione dagli utili o dalle perdite, indipendentemente dallo stato soggettivo delle parti e, quindi, indipendentemente da una condizione di debolezza di una parte e di abuso dell'altra<sup>123</sup>.

Anche nell'ordinamento italiano, tuttavia, al pari di quanto accade in Francia, le disposizioni alternative di ripartizione possono essere inserite sia nella forma di clausole statutarie, sia come clausole contenute in accordi extrastatutari, e cioè parasociali. Sebbene la letteratura sui patti sociali e parasociali, in materia di utili o perdite, si concentri principalmente sulle fattispecie volte ad esonerare i soci dalle perdite o a garantire agli stessi una remunerazione minima periodica, e avendo chiarito come tale discorso non può esimere dalla considerazione dei limiti previsti dall'art. 2265 c.c. inerente al divieto di patto leonino, questo capitolo intende soffermarsi sulla liceità del patto sociale e, conseguentemente, della relativa clausola statutaria secondo i limiti già ampiamente presentati, analizzando in modo approfondito i diversi strumenti esistenti per poter attribuire al socio il diritto all'utile, distinguendo ordinatamente società di persone e di capitali. È preliminarmente utile fornire la definizione di questo ultimo concetto, che comprende la fattispecie di accordo che «rientra tra i patti parasociali che fissano i criteri di ripartizione degli utili o delle perdite in modo diverso rispetto a quanto stabilito nell'atto costitutivo o nello statuto della società»<sup>124</sup>. Sarà interessante fornire gli aspetti di analisi inerenti alla tipologia dei patti parasociali di ripartizione, in quanto sono proprio questi che hanno suscitato maggiormente l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina, non essendo infatti previste norme specifiche all'interno del c.c. Data la collocazione della norma generale inerente al principio di proporzionalità valido per la ripartizione nel campo nelle società di persone è utile procedere nella nostra analisi distinguendo questi due tipi societari.

---

<sup>123</sup> COTTINO G., *Le Società*, vol. I, tomo II, Padova, 1999, p. 53

<sup>124</sup> Si v. spunti presenti in *Obiettivoprofitto.it.*, voce *Patti parasociali: come funzionano*, 2022, consultabile su [www.obiettivoprofitto.it](http://www.obiettivoprofitto.it)

## 1.1. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE NELLE SOCIETÀ DI PERSONE

La ripartizione degli utili nelle società di persone è disciplinata all'art. 2262 del c.c. e, in base a quanto brevemente accennato nel primo capitolo, contiene il diritto dei soci a percepire una quota di utili successivamente all'approvazione del rendiconto<sup>125</sup>, che la giurisprudenza ha ampiamente chiarito essere un diritto che il socio può esercitare immediatamente<sup>126</sup>.

a) **Del diritto all'utile del socio di società personale.** Con riferimento alla tematica della natura incondizionata del diritto agli utili nelle società di persone legata ai principi da seguire in materia di redazione dei documenti contabili di fine esercizio, la dottrina e la giurisprudenza non sono sempre state concordi sul punto. Anche attualmente, nonostante entrambe siano ormai largamente orientate per la tesi dell'applicabilità della normativa del bilancio proprio delle società di capitali alle società personali, esse operano tuttavia all'interno di tale principio una serie di sfumature; così, mentre alcuni ritengono applicabile *tout court* la detta disciplina, altri avvertono che tale applicazione non potrà essere integrale, in quanto occorre tener conto delle differenze strutturali e delle dimensioni dell'impresa, pur dovendosi applicare ogni qual volta possibile il criterio dell'analogia. La giurisprudenza, dopo un orientamento dominante fino alla fine degli anni '50<sup>127</sup>, è oggi attestata saldamente sulla sostanziale applicabilità dei criteri di formazione dei bilanci propri delle società di capitali anche per quelle di

---

<sup>125</sup> Cass. 20 aprile 1995, n. 4454: «A norma dell'art. 2262 c.c., nella società di persone, il singolo socio ha diritto alla immediata percezione degli utili risultanti dal bilancio, dopo l'approvazione del rendiconto, a differenza di quanto avviene nelle società di capitali, in cui l'assemblea che approva il bilancio delibera sulla distribuzione degli utili (art. 2433 c.c.). Tuttavia, anche nella società di persone, il socio ha diritto alla percezione degli utili solo se effettivamente conseguiti (art. 2303 c.c.), con la conseguenza che è legittimo il comportamento dell'amministratore di una società in accomandita semplice, che, nella formazione del rendiconto annuale, uniformandosi a quanto previsto nella formazione del bilancio delle s.p.a., procede ad un accantonamento prudenziale di un importo a fronte della concreta possibilità dell'insorgere di un debito risarcitorio della società, a causa della chiamata in garanzia della stessa per pretesi vizi di una fornitura».

<sup>126</sup> In tal senso dispongono: Cass. 17 febbraio 1996, n. 1240: «Nella società in accomandita semplice il diritto del singolo socio a percepire gli utili è subordinato, ai sensi dell'art. 2262 c.c. (applicabile in forza del duplice richiamo di cui agli art. 2315 e 2293), alla sola approvazione del rendiconto, situazione contabile che equivale, quanto ai criteri fondamentali di valutazione, a quella di un bilancio, il quale è la sintesi contabile della consistenza patrimoniale della società al termine di un anno di attività. Dovendo formare oggetto di riparto gli utili realmente conseguiti ed essendo necessario evitare una sopravvalutazione del patrimonio sociale in danno dei creditori e dei terzi (oltre che degli stessi soci), è legittimo il comportamento dell'amministratore che si uniformi a quanto viene praticato nelle società per azioni e, in applicazione dei principi di verità e di prudenza nel momento della valutazione delle poste, inserisca nel passivo i costi per gli ammortamenti e le spese necessarie per il rinnovamento degli impianti obsoleti»;

App. Bologna, 21 maggio 1994;

Trib. Milano, 22 ottobre 2014, in Società, 2015, 2, p. 235, secondo cui la norma di cui all'art. 2262 c.c. disegna il diritto del socio di società di persone di percepire gli utili come discendente non già dalla decisione assembleare di distribuzione degli utili (come nelle società di capitali) ma dalla mera sussistenza di utili attestata dal rendiconto approvato.

Ancora, Cass. 31 dicembre 2013, n. 28806, in Società, 2014, 3, p. 354, secondo cui il diritto del singolo socio a percepire gli utili è subordinato, ai sensi dell'art. 2262 c.c. (applicabile in forza del richiamo di cui all'art. 2293), all'approvazione del rendiconto, situazione contabile che equivale, quanto ai criteri fondamentali di valutazione, a quella di un bilancio, il quale è la sintesi contabile della consistenza patrimoniale della società al termine di un anno di attività.

<sup>127</sup> A partire da Cass. 6 febbraio 1965, n. 187

persone, con conseguente limitazione del diritto dei soci alla distribuzione degli utili di esercizio<sup>128</sup>. Sebbene venga rilevata la differenza in ordine al momento in cui sorge il diritto alla distribuzione di utili per i soci, tuttavia la Suprema Corte ha affermato che pur non essendo tale diritto subordinato a delibera assembleare (come invece accade per le società di capitali), lo stesso è legato imprescindibilmente alla presenza di utili effettivi<sup>129</sup>, così come disposto ai sensi dell'art. 2303 c.c. Tale rilievo, infatti, offre lo spunto per una considerazione in ordine al concetto stesso di utile di esercizio da applicare alle società di persone. La Corte afferma che la redazione del rendiconto implica l'osservanza di precisi criteri e valutazioni, tra cui quella sancita dall'art. 2217 c.c. secondo cui l'imprenditore deve attenersi ai criteri stabiliti per i bilanci delle società per azioni, in quanto applicabili<sup>130</sup>. Appare dunque chiaramente l'intento di assimilare il rendiconto delle società di persone al bilancio delle società di capitali, scaturendo da ciò che l'amministratore della società di persone deve nel rendiconto evidenziare tutti gli elementi che incidono sulla consistenza patrimoniale della società, i quali lo legittimano ad «effettuare il calcolo e la prededuzione della quota di ammortamento dell'attività sociale e a creare un apposito accantonamento diretto a far fronte all'obbligo risarcitorio della società scaturente dalla chiamata in garanzia della stessa. In conseguenza, nessun diritto alla distribuzione degli utili potrà essere vantato dai soci della società di persone ogni qualvolta le esigenze connesse alla attività sociale richiedano la destinazione dell'attivo a quote di ammortamento o di accantonamento destinate a soddisfare le suddette esigenze<sup>131</sup>». La dottrina concorda sul fatto che il

---

<sup>128</sup> PAGLIANI A., *Le Società*, n. 10, 1° ottobre 1995, p. 1309, nella nota a sentenza Cass. 20 aprile 1995, n. 4454, l'autore afferma che: «L'oggetto della massima offre lo spunto per una serie di interessanti considerazioni sul concetto di utile, sulla natura del rendiconto nelle società di persone e sulla reale portata e significato del diritto di distribuzione dell'utile previsto a favore dei soci delle società di persone dall'art. 2262 c.c., in seguito all'approvazione del rendiconto. [...] La Corte aderisce nella sentenza in commento a quell'ordinamento di pensiero prevalente secondo cui l'utile di esercizio non è una mera contrapposizione aritmetica tra attivo e passivo, ma un'entità sostanziale, che preesiste al bilancio. L'utile di esercizio è dunque, per la Corte, la plusvalenza dell'attivo patrimoniale il termine dell'esercizio annuale rispetto ai valori patrimoniali all'inizio del medesimo esercizio, emergente attraverso il rendiconto redatto a mente dell'art. 2262 c.c. Partendo da questi presupposti, la Corte afferma che il rendiconto, da cui emerge la presenza dell'utile di esercizio, presenta da un lato un aspetto puramente numerico, diretto a fotografare le entrate e le uscite effettivamente verificatesi nel corso dell'esercizio, e dall'altro un aspetto diretto ad indicare le variazioni globali intervenute nella consistenza del patrimonio sociale, che implica l'osservanza di precisi criteri e certe valutazioni, tra cui quella sancita dall'art. 2217, codice civile, secondo cui «nelle valutazioni di bilancio l'imprenditore deve attenersi ai criteri stabiliti per i bilanci delle società per azioni, in quanto applicabili»

<sup>129</sup> Trib. Milano, 11 settembre 2003, *Giur. comm.* 2004, II, p. 434 secondo cui «il diritto del socio a percepire la sua parte di utili è sottoposto alla condizione che gli utili di esercizio siano accertati sulla base delle scritture contabili esistenti e non contestate e che il bilancio o il rendiconto approvati prevedano l'effettiva distribuzione. Prima di tale momento, le somme corrispondenti agli utili spettano alla società: esse possono essere destinate ai soci soltanto se la società ne disponga».

<sup>130</sup> Art. 2217 c.c., *Redazione dell'inventario*: «L'inventario deve redigersi all'inizio dell'esercizio dell'impresa e successivamente ogni anno, e deve contenere l'indicazione e la valutazione delle attività e delle passività relative all'impresa, nonché delle attività e delle passività dell'imprenditore estranee alla medesima. L'inventario si chiude con il bilancio e con il conto dei profitti e delle perdite, il quale deve dimostrare con evidenza e verità gli utili conseguiti o le perdite subite. Nelle valutazioni di bilancio l'imprenditore deve attenersi ai criteri stabiliti per i bilanci delle società per azioni, in quanto applicabili».

<sup>131</sup> Cass. 20 aprile 1995, n. 4454

rendiconto non possa rappresentare una mera sommatoria tra entrate ed uscite<sup>132</sup>, dovendo anche rappresentare una gestione economica da cui scaturiscono utili o perdite<sup>133</sup>; che sono da riferirsi al bilancio posto che, come gli ammortamenti, sono propri del bilancio e devono conseguentemente applicarsi i criteri di redazione di bilancio propri della società per azioni<sup>134</sup>. In tal senso anche il Di Sabato, secondo cui il rendiconto è un vero e proprio bilancio, che, oltre ad assolvere funzione di resa del conto da parte degli amministratori, consente la determinazione della situazione patrimoniale della società e dell'eventuale utile o perdita<sup>135</sup> in maniera del tutto simile alla funzione assoluta dal bilancio *ex art. 2423, co.2, c.c.*<sup>136</sup>. In conclusione, nessun diritto alla distribuzione degli utili potrà essere vantato dai soci della società di persone ogni qualvolta le esigenze connesse all'attività sociale richiedano la destinazione dell'attivo a quote di ammortamento o di accantonamento destinate a soddisfare le suddette esigenze. In conclusione, nonostante la teoria della natura incondizionata del diritto a percepire gli utili da parte del socio di società personale sia stata messa in discussione e in parte commentata dalla dottrina e della giurisprudenza, resta il fatto che le norme che disciplinano tale aspetto all'interno del codice (artt. 2262, 2303, 2264) affermano tendenzialmente che l'attenzione per i diritti patrimoniali sociali sia comunque maggiore nelle società di persone che in quelle di capitali.

---

<sup>132</sup> Trib. Milano, 7 febbraio 2003, Giur. milanese 2003, p. 219 secondo cui *«nelle società di persone l'utile e la perdita di esercizio non costituiscono un'entità aritmetica ricavabile dalla differenza fra entrate ed uscite di un determinato periodo temporale, bensì un'entità sostanziale emergente attraverso il rendiconto redatto a mente dell'art. 2262 c.c., secondo cui una nozione implicante il raffronto con la situazione patrimoniale precedente e l'indicazione delle variazioni globali intervenute nella consistenza di un patrimonio, e cioè una situazione contabile sostanzialmente equivalente a quella di un bilancio»*.

<sup>133</sup> In tal senso anche CUCINELLA G., Codice commentato delle società, a cura di Abriani N. e Richter M.S., Artt. 2247-2483 c.c., Milano, 2010, Società di persone, sub art. 2262, p. 131 secondo cui: *«Solo a seguito dell'approvazione del rendiconto, salvo patto contrario, il socio può esercitare il proprio diritto alla percezione degli utili prodotti. Pertanto, se la funzione del rendiconto è anche quella di determinare gli utili che spettano ai soci, è evidente che esso non può esaurirsi in un mero prospetto delle entrate e delle uscite, ma deve necessariamente esporre un quadro generale della situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società. [...] Ciò posto, sembra possibile ritenere che, data la connotazione personale della partecipazione del socio alla società, l'approvazione del rendiconto si consegue, in mancanza di patto contrario, mediante il consenso di tutti i soci non amministratori, e ciò soprattutto ove si consideri che la relativa approvazione incide sul diritto agli utili»*.

<sup>134</sup> COTTINO G., Diritto commerciale, Padova, 1987, p. 132

<sup>135</sup> Cass. Sez. I, 10 novembre 2005, n. 21832, sul problema della determinazione dell'utile afferma che *«la non perfetta coincidenza tra il bilancio redatto ai fini fiscali e quello redatto in osservanza dei principi civilistici non rende il primo radicalmente inutilizzabile nell'accertamento del reddito sociale, ai fini del regolamento dei rapporti tra i soci, in quanto le differenze esistenti tra i due istituti, derivanti dal fatto che ad alcuni effetti i criteri di valutazione i criteri di redazione derivanti dal bilancio civilistico non sono opponibili all'erario, non sono tali da impedire di valersi del beneficio fiscale come mezzo di prova, fermo restando la possibilità della controparte di far valere gli effetti concreti delle predette divergenze per indicare il diverso risultato al quale dovrebbe pervenirsi, ai fini del reciproco regolamento tra i soci»*.

<sup>136</sup> DI SABATO F., Manuale delle società, Torino, 1990, p. 100

**b) Della teoria della ripartizione non proporzionale come remunerazione della responsabilità personale del socio di società personale.** Con riferimento a questa seconda tematica, inerente alla protezione più accentuata dell'interesse dei soci al profitto – desumibile dalle norme di riferimento – rispetto a quello generale della società, si potrebbe essere indotti a porre l'accento sul maggior rischio che corrono i soci delle società di persone, i quali sono illimitatamente responsabili delle obbligazioni sociali<sup>137</sup>, e quindi sulla opportunità di una speciale remunerazione di questo maggior rischio. Prima di procedere è necessario dire che la dottrina ha vivacemente discusso sulla natura giuridica della responsabilità personale del socio e tale dibattito ha avuto rilevanti ripercussioni anche nella giurisprudenza. Alcuni autori tendono infatti, ad attribuire a tale responsabilità una natura assai simile a quella di una fideiussione *ex lege*<sup>138</sup>, e in particolare è stato affermato che i soci sono responsabili solidalmente come garanti dei debiti sociali, che giuridicamente restano imputabili alla società<sup>139</sup>. Tale orientamento esegetico si fonda tuttavia, sull'osservazione del carattere sussidiario della responsabilità del socio rispetto a quella della società<sup>140</sup>. Contro tale orientamento interpretativo si è schierata la parte della dottrina che afferma che la responsabilità dei singoli soci deve qualificarsi come responsabilità

---

<sup>137</sup> Cass. S.U., 16 febbraio 2015, n. 3022 secondo cui: «*la responsabilità illimitata del socio illimitatamente responsabile di una società di persone per le obbligazioni sociali trae origine dalla sua qualità di socio e si configura come personale e diretta, anche se con carattere di sussidiarietà in relazione al preventivo obbligo di escussione del patrimonio sociale. Pertanto, l'atto con cui il socio illimitatamente responsabile di una società in nome collettivo rilascia garanzia ipotecaria per un debito della società non può considerarsi costitutivo di garanzia per un'obbligazione altrui, ma per un'obbligazione propria*».

Conforme: Cass. Sez. II, 30 agosto 2013, n. 19985 e Cass., Sez. I, 31 luglio 2008, n. 20891 secondo cui: «*il rapporto di sussidiarietà che collega la responsabilità dei soci di società di persone rispetto alla responsabilità della società non esclude la natura solidale della relativa obbligazione, con la conseguenza, sul piano processuale, dell'esclusione del litisconsorzio necessario e della relativa inscindibilità delle cause*».

Conforme: Cass., Sez. II, 16 settembre 2004, n. 18653 secondo cui: «*il rapporto di sussidiarietà che lega la responsabilità dei soci di società di persone rispetto alla responsabilità della società, che per prima può essere chiamata a rispondere dei debiti sociali, non esclude che si ai soci che la società possano essere debitori solidali rispetto alla stessa obbligazione, seppure in grado diverso*».

<sup>138</sup> In tal senso ANGELONI F., *Imprenditori e società*, Roma, 1952, p. 270; RESCIGNO P., *Trasformazioni di società e responsabilità del socio*, in *Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile*, 1959, p. 931; DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1990, p. 25 e ss.

<sup>139</sup> Si colloca nel solco dell'orientamento esegetico che equipara la posizione del socio ad un terzo garante *ex lege* della società la giurisprudenza di: Cass., Sez. I, 12 dicembre 2007, n. 26012 che nell'affrontare il problema dell'ammissibilità e validità della fideiussione prestata da un socio, evidenzia che: «*è valida la fideiussione prestata dal socio illimitatamente responsabile in favore della società di persone che, pur essendo sprovvista di personalità giuridica, costituisce un distinto centro di interessi e di imputazione di situazioni sostanziali e processuali, dotato di una propria autonomia e capacità rispetto ai soci stessi. Ne consegue che, che la predetta garanzia rientra tra quelle prestate per le obbligazioni altrui secondo l'art. 1936 c.c., non sovrapponendosi alla garanzia fissata *ex lege* dalle disposizioni che ne giustificano l'ottenimento in capo al creditore sociale ed essendo lo stesso *beneficium excussionis*, di cui all'art. 2304 c.c., posto a tutela dei soci ma disponibile, senza alterazione del tipo legale di società*».

<sup>140</sup> ZABBIA A., *Codice commentato delle società*, a cura di Abriani N. e Richter M.S., Artt. 2247-2483 c.c., Società di persone, *sub art. 2267*, p. 172 e ss. secondo cui: «*Il tenore letterale della norma di cui all'art. 2268 c.c. suggerisce che, il socio cui è chiesto di procedere con al pagamento delle obbligazioni sociali, possa far valere, anche nel caso in cui la società sia in liquidazione, la preventiva escussione del patrimonio sociale, indicando i beni sui quali il creditore può soddisfarsi. La previsione di un *beneficium excussionis*, che rivela forti analogie tra l'istituto in commento e la disciplina normativa in materia di obbligazione di garanzia, ha condotto parte della dottrina a ravvisare il fondamento della sussidiarietà nell'esigenza di consentire che il peso economico del debito sociale gravi sul vero centro di imputazione dell'obbligazione, e cioè la società*».

diretta dei debiti propri<sup>141</sup>, considerando quale fonte primaria di tale responsabilità non l'obbligazione di garanzia ma la struttura stessa della società semplice<sup>142</sup>. È chiaro che, l'adesione all'una o all'altra interpretazione determina rilevanti ricadute in termini operativi<sup>143</sup>, ma fa comprendere chiaramente l'importanza dei soci con riferimento alla responsabilità e alle ricadute che su di questi vengono a crearsi in caso di violazione delle disposizioni normative inerenti.

Presumendo infatti che i soci, realizzino una distribuzione in violazione degli artt. pertinenti, accadrebbe che *«le somme distribuite non corrispondenti a utili realmente conseguiti, sono sempre ripetibili, anche se percepiti in buona fede»*<sup>144</sup>. La dottrina conferma questa tesi, in quanto maggiormente rispondente alla conservazione degli interessi dei creditori<sup>145</sup>. Una eventuale disposizione in tal senso potrebbe configurare una lesione degli interessi dei creditori della società semplice<sup>146</sup> che, a differenza di quella della s.n.c., possono rivolgersi direttamente al socio per il

---

<sup>141</sup> Cass. Sez. I, 5 novembre 1999, n. 12310 secondo cui: *«la posizione del socio illimitatamente responsabile di una società personale non è assimilabile a quella di un fideiussore, sia pure ex lege, poiché, mentre quest'ultimo garantisce un debito altrui e, per tale ragione, una volta effettuato il pagamento, ha azione di regresso per l'intero nei confronti del debitore principale e si surroga nei diritti del creditore (artt. 1949 e 1950 c.c.), il socio illimitatamente responsabile risponde con il proprio patrimonio di debiti che non possono dirsi a lui estranei, in quanto derivanti dall'esercizio dell'attività comune (al cui svolgimento, data l'assenza di un'organizzazione corporativa, partecipa direttamente: artt. 2257 e 2258 c.c., ed è anzi tenuto, ove i fondi sociali siano insufficienti, provvedere anche mediante contribuzioni aggiuntive a quelle effettuate all'atto dei conferimenti (art. 2280 c.c.), onde l'impossibilità di ammettere (ex art. 1945 c.c.) un'azione di regresso contro la società del socio che abbia provveduto al pagamento di un debito sociale e l'inapplicabilità degli artt. 1953, 1955 e 1957 c.c. che hanno la loro giustificazione nell'esigenza di salvaguardare il fideiussore. Tali conclusioni non trovano ostacolo nel fatto che anche le società personali costituiscono centri di imputazione di situazioni giuridiche distinti dalle persone dei soci, posto che siffatta soggettività ha carattere transitorio e strumentale, essendo i diritti e gli obblighi ad esse imputati destinati a tradursi in situazioni individuali in capo ai singoli membri».*

<sup>142</sup> In tal senso: FERRI G., *Le società*, Torino, 1971, p. 218 e ss.; RUPERTO C., in *Comm. Del Codice civile*, Torino, 1975, p. 155; BUONOCORE V., *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969, p. 47; GALGANO F., *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1954, p. 181 e ss.; COSTI R., *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969, p. 200 e ss.; DENOZZA F., *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, p. 72 e 102 e ss.; VASSALLI F., *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1974, p. 11 e ss.

<sup>143</sup> ZABBIA A., *Codice commentato delle società*, a cura di Abriani N. e Richter M.S., Artt. 2247-2483 c.c., Società di persone, sub art. 2267, p. 173 precisa che: *«Chi, infatti, ammette che la responsabilità del socio abbia natura di garanzia ex lege e ritiene che l'obbligazione della società sia distinta ed autonoma rispetto a quella del socio, sebbene ad essa collegata dal vincolo della solidarietà, afferma che il giudicato formatosi nei confronti della società non ha effetto nei confronti dei soci, né ai fini dell'accertamento della loro responsabilità né, tantomeno, come titolo esecutivo per poter agire direttamente anche sul loro patrimonio, in armonia con quanto previsto dall'art. 1306 c.c. Chi, invece, sostiene che quella del socio sia una responsabilità per debito proprio, afferma che la sentenza ottenuta dal creditore sociale nei confronti della società, una volta passata in giudicato, faccia stato anche nei confronti dei soci».*

<sup>144</sup> PREITE F. – BUSI C., *Trattato società di persone*, Torino, 2015, p. 319 e ss.

<sup>145</sup> Allo stesso scopo dispone la regola di cui all'art. 2321 c.c. secondo cui i soci sono tenuti alla restituzione delle somme percepite, se gli utili risultano essere fittizi o se, pur essendo gli utili effettivi, il rendiconto non è stato approvato. Soltanto rispetto ai soci accomandanti – cioè coloro che hanno responsabilità limitata - non è ammessa ripetizione per gli utili percepiti in buona fede (cioè nell'ignoranza che gli utili fossero fittizi) in base al bilancio regolarmente approvato.

<sup>146</sup> CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 2018, p. 83 e ss. In tema della responsabilità sociale, i soci sono responsabili in solido fra loro, ma lo sono in via sussidiaria rispetto alla società in quanto godono del beneficio di preventiva escussione del patrimonio sociale (artt. 2608 e 2304 c.c.). I creditori sociali sono cioè tenuti a tentare di soddisfarsi sul patrimonio della società prima di poter aggredire il patrimonio personale dei soci.



pagamento del debito sociale. Tuttavia, la teoria secondo cui la ripartizione non proporzionale nelle società di persone possa configurarsi come uno strumento atto a remunerare i soci per il grado di rischio attribuitogli non sembra considerabile. In dottrina, il Galgano afferma infatti sul punto che dal momento che la norma di cui all'art. 2262 c.c. è, senza dubbio, destinata ad operare anche nelle società in accomandita semplice, della quali i soci accomandanti sono limitatamente responsabili delle obbligazioni sociali e, ciò nonostante, hanno diritto, al pari dei soci illimitatamente responsabili, all'integrale ripartizione dell'utile annuo. Non c'è dunque, in realtà, alcuna ragione plausibile per cui il socio accomandante debba ricevere una remunerazione maggiore rispetto a quella che spetta al socio di società di capitali<sup>147</sup>. Ne deriva pertanto, sotto questo aspetto, una sorta di frattura all'interno del concetto di società apparentemente unitario di cui all'art. 2247 c.c. che per le società di persone si traduce nel fatto che i soci esercitano una attività economica *allo scopo di dividerne gli utili*; mentre per le società di capitali tale significato sarebbe diverso. Questo assunto, infatti, per le prime – le società di persone - implica una concezione dell'impresa sociale come strumento per l'immediata realizzazione del profitto, anche se la stessa può implicare il sacrificio delle esigenze di espansione dell'impresa sociale. La medesima proposizione, per le seconde – le società di capitali - implica invece una concezione diversa per la quale la divisione degli utili fra i soci è solo lo scopo ultimo della società, la quale può servirsi in via immediata, degli utili conseguiti per realizzare disegni di espansione economica.

c) **Del principio ex art. 2263 c.c.** A seguito delle considerazioni suesposte relative alle principali problematiche del diritto agli utili e ai motivi sottostanti alla possibilità di prevedere una quota di ripartizione particolare nelle società di persone, va enunciato che, l'art. 2263 c.c. stabilisce, con norma che ammette un diverso patto tra i soci, che *le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti*<sup>148</sup>. Il principio da seguire è dunque, quello della proporzionalità fra valore del conferimento e misura della partecipazione. In questo modo, accade che se il valore del conferimento di un socio corrisponde, ad esempio, ad un terzo del valore di tutti i conferimenti, egli parteciperà ad un terzo delle perdite. Il momento nel quale operano i criteri fissati

---

<sup>147</sup> GALGANO F., Diritto commerciale, volume 2, La società semplice, Bologna, 2013, p. 75

<sup>148</sup> La giurisprudenza conferma questo principio in: Cass. Sez. I, 29 dicembre 1966, n. 2972 in cui «a norma dell'art. 2263 c.c., la misura degli utili è, di regola, in proporzione di quanto ciascuno dei soci ha conferito nel fondo sociale, ma ciò solo se il contratto sociale non determini altrimenti la parte di ogni socio nei guadagni e nelle perdite, fermo il divieto del patto leonino di cui all'art. 2265 c.c.»; e anche Trib. Milano, 24 febbraio 1992, Giur. italiana 1993, I, 2, p. 252 secondo cui «se nei patti sociali non è determinato il valore dei conferimenti, qualora risultassero differenziati e non paritari gli apporti dei soci, non trova applicazione la presunzione relativa alla ripartizione degli utili in parti uguali».

dall'art. 2263 c.c. o le diverse pattuizioni previste dai soci in tal senso è, quanto alla ripartizione degli utili stabilita nell'art. 2262 c.c. secondo cui: la ripartizione ha luogo ogni anno, dopo l'approvazione del rendiconto. Manca, invece, una norma corrispondente con riferimento alla ripartizione delle perdite. Il problema principale sorge infatti, nell'ipotesi in cui, a causa dell'insufficienza del patrimonio sociale a soddisfare le ragioni dei creditori della società, questi abbiano agito nei confronti di uno o più soci illimitatamente responsabili. Questi ultimi, dopo aver adempiuto all'obbligazione nei confronti dei creditori sociali, potranno esercitare il diritto di rivalsa sugli altri soci, in proporzione della partecipazione di ciascuno nelle perdite. Con riferimento al momento in cui il diritto ad esercitare l'azione di regresso possa sorgere, vi è chi da una parte, ritenga che questo si verifichi non appena il socio abbia adempiuto l'obbligazione sociale nelle mani del terzo creditore<sup>149</sup>; e chi, da un'altra parte ritenga che le ragioni di regresso non possano essere fatte valere dai soci durante la società ma siano esercitabili solamente in sede di liquidazione<sup>150</sup>.

È in conclusione pacifico che, in linea di massima, così come è possibile dedurre anche dalle ultime battute della Cassazione, che i criteri di ripartizione dei guadagni e delle perdite previste dall'art. 2263 c.c. hanno natura meramente suppletiva: essi pertanto valgono solo se il contratto sociale non determini altrimenti la parte spettante a ciascuno dei soci ed il giudice incorre in violazione di legge e in omissione di motivazione se, invece di accertare quali furono i patti circa la misura della partecipazione o la misura dei conferimenti, ricorra senz'altro alla presunzione di uguaglianza delle quote determinate in via sussidiaria dall'art. 2263 c.c.<sup>151</sup>. Si può inoltre precisare che, la necessità di ricorrere ad un meccanismo così elaborato che alterna indicazioni di fonte convenzionale ad altre di tipo legislativo, meritano probabilmente di essere giustificato anche in relazione alle novità normative seguite all'istituzione del registro delle imprese con cui è stato approvato che, nel momento in cui si proceda all'iscrizione di una società semplice, la domanda relativa deve indicare tra le caratteristiche anche *le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti la quota di ciascun socio negli utili e nelle perdite*<sup>152</sup>. Con ciò si è in pratica eliminato il meccanismo del presupposto che consente, o meglio, che consentiva di operare dato che

---

<sup>149</sup> GALGANO F., Diritto commerciale, volume 2, La società semplice, Bologna, 2013, p. 76

<sup>150</sup> FERRI G., Delle Società, in Commentario del codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1962, p. 222

<sup>151</sup> Cass., 27 febbraio 2009, n. 4820, in Società, 2009, p. 598. In termini di dottrina invece si v. invece GENGHINI L., Le società di persone, II edizione, Padova, 2021, p. 198

<sup>152</sup> L. 29 dicembre 1993, n. 580 e art. 18, D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 con cui è stato approvato il regolamento d'attuazione.

una manifestazione di volontà dei soci in ordine alla misura della loro partecipazione agli utili o alle perdite, oggi non sarebbe più eludibile una volta che si rilevi che la domanda di iscrizione è stata presentata senza la precisazione di tali meccanismi, e quindi in modo incompleto, ciò possa essere causa di rifiuto dell'iscrizione<sup>153</sup>. In ogni caso, volendo rimanere all'interno dei confini delle disposizioni normative previste nel diritto codificato, si è parlato del meccanismo esistente per la ripartizione nelle società di persone come di un sistema a scatole cinesi, in base al quale, se il contratto nulla dispone, gli utili e le perdite si presumono proporzionali ai conferimenti e questi ultimi a loro volta si presumono eguali tra di loro. Non solo. Se è determinata la sola quota di partecipazione, nella stessa misura avviene quella di partecipazione nelle perdite<sup>154</sup>. In pratica, questo triplice ordine di presunzioni, destinato ad agire in via progressiva e graduale, ispirano a voler conferire alla disciplina un principio di equilibrata proporzionalità.

**d) Della deroga al principio di proporzionalità.** Il discorso subito successivo all'introduzione della norma in materia inerente al principio di proporzionalità riguarda le modalità concrete per la predisposizione di previsioni sulla ripartizione, che non siano proporzionali. La norma di cui all'art. 2263 c.c. si assume come punto di partenza di questo ragionamento, considerando che la stessa attribuisce ai soci ampia libertà di adottare il regolamento di interessi da loro ritenuto più opportuno (che abbiamo visto poter essere convenzionale, suppletivo o esterno) salvo il solo limite del patto leonino – di cui si è ampiamente precisato nel primo capitolo. Con riferimento al patto contrario di cui all'art. 2262 c.c. si è in dottrina assunto che in questo campo la volontà dei soci è sovrana e i criteri posti a tal fine nella legge trovano applicazione solo in quanto i soci non abbiano disposto direttamente o indirettamente<sup>155</sup>, che inoltre può riguardare la destinazione dell'utile, nel senso che possa prevedersi l'accantonamento di una parte di esso a riserva oppure tramite la fissazione di una percentuale massima. Naturalmente, si è aggiunto che, nel rispetto dell'art. 2265 c.c. potrebbe pure essere predisposto un patto che rinvi la distribuzione dell'utile alla scadenza della società, perché in tal caso ricorre un lucro soggettivo; oppure un accordo in forza del quale i soci ricavino un vantaggio economico direttamente

---

<sup>153</sup> ACQUAS B., Misura dei conferimenti e criterio di ripartizione di utili e perdite, in *Società*, 2010, n.1, p. 66. Si tratta di un commento alla sentenza Cass. civ. Sez. I Sent., 27 febbraio 2009, n. 4820 la quale individua l'itinerario logico giuridico da percorrere per decidere in ordine alla misura dei conferimenti del socio di società di persone e alla partecipazione di quest'ultimo agli utili stabilendo che l'interprete deve innanzi tutto esplorare l'esistenza di patti fra i soci e solo in via suppletiva applicare i criteri previsti dal Codice civile.

<sup>154</sup> COTTINO G., *Diritto societario*, Padova, 2011, p. 64

<sup>155</sup> FERRI G., *Delle Società*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1962, p. 191

per effetto dell'attività sociale; ma va escluso che il patto possa prevedere una devoluzione degli utili incompatibile con il lucro soggettivo dei soci, perché in tal caso non ricorrerebbe una società<sup>156</sup>.

La principale problematica dunque legata alle modalità di deroga dell'art. 2263 riguarda la necessità di vigilare ed individuare nella pratica, le pattuizioni che, così come formulate dai soci, abbiano cura di mascherare il divieto invalicabile del patto leonino, in modo da non incorrervi apertamente e da risultare, all'apparenza, legittime. In questa prospettiva, si è ritenuto che non deve essere considerato come superato detto limite quando la partecipazione agli utili o alle perdite sia seria ed apprezzabile: come accade ad esempio nel caso in cui si concede ad un socio di partecipare ai guadagni solo dopo che la società avrà conseguito una certa quantità di utili praticamente irrealizzabile, considerate le dimensioni dell'impresa esercitata. In questo caso, infatti, accadrebbe che formalmente il diritto del socio agli utili esiste, ma in pratica lo stesso è reso impossibile e, pertanto, si verificherebbe una privazione del socio stesso, e questo comporterebbe in definitiva, la nullità del patto. La stessa cosa si verificherebbe nel caso in cui al posto degli utili, oggetto del patto fossero le perdite<sup>157</sup>. Rientrano poi nel richiamato divieto anche quelle clausole che per mascherare l'esclusione di un socio dagli utili, attribuiscono agli altri soci un interesse fisso sui conferimenti che assorbe ogni prevedibile guadagno della società; mentre non costituisce violazione del divieto la locazione della quota sociale agli altri soci, poiché in tal modo il socio si estranea dalle vicende della società per tutta la durata della locazione. In termini generali, dunque, può ritenersi che l'autonomia delle parti abbia il potere di prevedere: che la parte negli utili sia proporzionale ai conferimenti, ma non quella nelle perdite e viceversa; un criterio di partecipazione agli utili disancorato del tutto dall'ammontare dei conferimenti ed ancora dalle perdite; la priorità, a favore di alcuni soci, nell'attribuzione degli utili, così come la postergazione nella sopportazione delle perdite. Passando ad analizzare gli orientamenti della giurisprudenza a riguardo, basti dire che, il principio riguardante la proporzionalità degli utili è stato ampiamente sostenuto<sup>158</sup>. In

---

<sup>156</sup> BUSSOLETTI M., Società in accomandita semplice, in Enc. dir., XLII, Milano, 1990, p. 915

<sup>157</sup> GRAZIANI A, Diritto delle società, Napoli, 1962, p. 71, il quale scrive che «solo di rado il patto leonino è apertamente stipulato, poiché normalmente, quando le parti intendano conseguirne il risultato economico, dettano regole di riparto che solo copertamente conducono alla spoliazione».

<sup>158</sup> La giurisprudenza conferme al principio di proporzionalità è: Cass., Sez. I, 29 dicembre 1966, n. 2972 secondo cui: «la misura degli utili è di regola in proporzione di quanto ciascuno dei soci ha conferito nel fondo sociale ma ciò solo se il contratto sociale non determini altrimenti la parte di ogni socio nei guadagni e nelle perdite, fermo il divieto del patto leonino di cui all'art. 2265 c.c.». Conforme anche Cass. Sez. I, 7.12.1995, n. 12628: «Lo status di partecipante ad una società (in nome collettivo) dà diritto al socio a parteciparne agli utili in proporzione ai conferimenti, ma lo obbliga altresì a parteci-pare proporzionalmente ad oneri e passività, rendendolo solidalmente ed illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali». Infine, Cass., Sez. I, 2.8.1995, n. 8468: «Tale partecipazione, infatti, trova la sua misura appunto nell'entità del conferimento cui il socio si è obbligato, e se poi quest'obbligo resti in tutto o in parte inadempito, ciò non vale a modificare la misura dell'anzidetta partecipazione, ma tutt'al più apre la strada ad eventuali iniziative volte a costringere il socio moroso all'adempimento a provocarne l'esclusione dalla società».

altri termini, la partecipazione del socio agli utili e alle perdite delle società trova la sua misura, salvo patto contrario, nell'entità del conferimento cui si è obbligato. L'art. 2253, co. 2, c.c., nel fissare la presunzione secondo cui i soci, in difetto di diverso patto, sono obbligati a conferimenti di pari valore, per ciò stesso fonda anche la presunzione di pari partecipazione (sempre, ovviamente, in mancanza di diversa indicazione del contratto sociale) di ciascun socio alla società. Appunto in considerazione dell'esistenza di tali criteri suppletivi, la Cassazione ha stabilito che l'assenza di accordo espresso sulla divisione degli utili non esclude l'esistenza di una società semplice e, d'altra parte, la legge non prevede che occorra un accordo espresso sulla divisione in genere.

Un ultimo versante da analizzare con riferimento agli aspetti della deroga al principio di proporzionalità riguarda la possibilità che la decisione in ordine alla distribuzione degli utili sia rimessa agli amministratori: infatti nelle società semplici gli amministratori potrebbero trovarsi in un sistematico conflitto di interessi se i soci non amministratori godessero del beneficio della limitazione della responsabilità *ex art. 2267 c.c.*, dal momento che sarebbero tentati di procedere a un sistematico rafforzamento patrimoniale della società non solo per legittimare esigenze di autofinanziamento, sebbene allo scopo di limitare il rischio e la portata di un'attivazione della propria responsabilità personale<sup>159</sup>.

## **1.2. RIPARTIZIONE NON PROPORZIONALE NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI**

Dopo aver analizzato nello specifico le disposizioni e le principali problematiche discusse in dottrina e in giurisprudenza con riferimento alle modalità di ripartizione non proporzionale all'interno delle società di persone, è possibile procedere similmente con riguardo alle società di capitali. Già durante l'analisi dei precedenti paragrafi, tuttavia, si sono sottolineate alcune differenze in termini di procedimento interno sulla decisione di ripartizione degli utili (per le società di capitali stante nella competenza assembleare incorporata in una delibera), sul momento in cui il diritto alla percezione degli utili del socio possa sorgere (nelle società di capitali solo successivamente all'approvazione del bilancio e alla delibera dell'assemblea sul punto) e sulla concezione della società in termini di divisione degli utili (nelle società di capitali, come scopo ultimo della società, che può servirsi degli utili per realizzare disegni di espansione economica). A parte queste sporadiche precisazioni che la trattazione ha reso necessarie per una completezza di vedute, la ripartizione non proporzionale in questo tipo societario è caratterizzata da principi in parte simili a quelli già introdotti per le società di persone – tra cui quello

---

<sup>159</sup> BUSSOLETTI M., Società in accomandita semplice, in Enc. dir., XLII, Milano, 1990, p. 915

di proporzionalità – e in parte diversi, perché legati ad aspetti personalissimi delle modalità di partecipazione all'attività sociale, che sappiamo essere incorporati, per le società di capitali, nelle azioni, che rappresentano infatti i diritti che possono essere esercitati dai soci e che non possono essere soppressi. Come si avrà modo di precisare inoltre, considerato che il contenuto delle azioni è tipico, esso è modificabile solo in minima parte dai soci, i quali invece hanno maggiore spazio di autonomia con riferimento alle azioni speciali, cioè tramite la previsione di categorie di azioni diverse da quelle ordinarie, e quindi speciali. Ammesso che i soci abbiano preso le decisioni in termini di ripartizione tenendo conto della assoluta prevalenza dell'interesse sociale<sup>160</sup> (cosa che non accade pienamente nelle società di persone) è possibile cominciare l'analisi ispezionando la natura del diritto agli utili dell'azionista.

**a) Del diritto all'utile dell'azionista ex art. 2350 c.c.** Considerato che, la formula del diritto agli utili, come si è precedentemente precisato e secondo quanto sostenuto dalla dottrina, assume un significato e un contenuto del tutto diverso nelle società di persone e in quelle di capitali in ragione del diverso regime giuridico al quale le une o le altre sono soggette, è necessario fare alcune considerazioni. Se infatti, per entrambe, utile è l'incremento patrimoniale che si realizza con l'esercizio dell'attività sociale, nelle società di capitali, che sono persone giuridiche gli incrementi patrimoniali realizzati con l'esercizio dell'attività sociale si acquistano alla società persona<sup>161</sup>, e cioè a un soggetto diverso e distinto dai soci, e in tanto possono acquistarsi ai soci singolarmente o collettivamente in quanto vi sia un atto della società diretto a questo fine, la deliberazione di distribuzione. Non basta che gli incrementi patrimoniali si realizzino, non basta che essi siano accertati attraverso il bilancio, occorre l'atto di

---

<sup>160</sup> FERRARA F. – CORSI F., Gli imprenditori e le società, Giuffrè, 1999, p. 679; FERRI G., Diritto agli utili e diritto ai dividendi, in Riv. dir. comm., 1963, p. 412 secondo cui: *Anzitutto la valutazione relativa alla distribuzione degli utili è legge rimessa all'assemblea: sono cioè gli stessi soci interessati a decidere se distribuire l'intero utile o invece destinarne una parte per la redditività futura, sì che ove potesse trovare concreta applicazione il principio che è alla base del nostro codice, secondo il quale la decisione spetta ai soci che rappresentano la maggioranza del capitale sociale, non potrebbero sorgere dubbi, almeno nella generalità delle ipotesi, circa una corretta valutazione dell'interesse attuale e futuro dei soci e circa una scelta corrispondente all'effettivo interesse dei soci nella società. Se dubbi sussistono, è perché nelle società di maggiori dimensioni, in quelle che operano sul mercato del pubblico risparmio e che hanno le azioni quotate in borsa, la volontà sociale è espressione di gruppi minori-tari, spesso addirittura esigui sì che la garanzia offerta dal congegno legale più non funziona e i criteri di valutazione si modificano, non potendo escludersi che si sia portati a sacrificare il vantaggio economico conseguente alla percezione dell'utile per la realizzazione nell'ambito delle società, di un vantaggio economico diverso, e magari più rilevante, del gruppo di controllo. L'art. 1175 c.c. costituisce infatti il limite alla libertà di determinazione dell'assemblea in sede di distribuzione degli utili di esercizio. Pertanto, la condotta della maggioranza deve ispirarsi sempre ai principi di buona fede o al principio di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., dovendo, di conseguenza considerarsi come contraria alla buona fede una deliberazione della società che neghi, senza ragione o per danneggiare la minoranza, la distribuzione degli utili risultanti dal bilancio. Ne deriva inoltre che, il socio danneggiato avrà la sola possibilità di chiedere un risarcimento del danno e non un provvedimento emesso dal giudice che possa sostituirsi alla deliberazione assembleare inerente alla distribuzione.*

<sup>161</sup> Diversamente accade per il caso delle società di persone, che sono semplici collettività organizzate persone giuridiche, l'incremento patrimoniale si acquista immediatamente, anche se collettivamente, ai soci e si acquista ad essi man mano che si realizza, prima ancora che ne sia compiuto l'accertamento attraverso il rendiconto e a prescindere da ogni determinazione della società.

devoluzione della società<sup>162</sup> ed è soltanto per effetto di questo atto che il socio acquista il diritto patrimoniale. Proprio in funzione della deliberazione assembleare<sup>163</sup> inerente tanto alla decisione di ripartizione quanto alla misura della quota da assegnare a ciascun azionista, assume una autonoma configurazione accanto al diritto agli utili, il diritto ai dividendi<sup>164</sup>. In precedenza, abbiamo precisato che nel caso delle società di capitali, il diritto degli azionisti è *un diritto agli utili e non ai dividendi*<sup>165</sup>. Si tratta infatti, di due posizioni giuridiche differenti operanti peraltro su diversi piani. Tale precisazione rispetto alle società di persone appare superflua se non addirittura inconcepibile ma, con riferimento alle società di capitali essa è invece alquanto fondamentale, essendo in queste essenzialmente diversa la posizione del socio prima e dopo la deliberazione di distribuzione degli utili da parte della società e acquistandosi dal socio, e dai suoi creditori personali, soltanto con tale deliberazione, quella posizione che, nelle società di persone, automaticamente si acquista con l'accertamento dell'utile. Una ulteriore norma di riferimento si trova all'art. 2348 c.c., che prevede la creazione statutaria di categorie di azioni

---

<sup>162</sup> Cass., 28 maggio 2004, n. 10271 conferma l'applicazione del medesimo principio alle società a responsabilità limitata: *«anche nelle società a responsabilità limitata (nel vigore della disciplina dettata dal codice civile del 1942, anteriormente alla riforma organica di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) non è configurabile - al pari di quanto si verifica in tema di società per azioni - un diritto del socio agli utili senza una preventiva deliberazione assembleare in tal senso, a nulla rilevando che la società sia composta da due soli soci in posizione paritetica»*.

<sup>163</sup> GUGLIEMMETTI R., I limiti del potere dell'assemblea di non distribuire periodicamente gli utili, in Soc., 2011, p.785. Con particolare riferimento al rapporto tra diritto agli utili e poteri dell'assemblea afferma che la risposta al quesito, non nuovo in dottrina riguardante l'esistenza o meno di un diritto in capo agli azionisti di pretendere la periodica distribuzione degli utili debba essere negativa, poiché basata *«sull'assunto che il diritto dei soci alla percezione del dividendo non scaturisce dalla semplice approvazione del bilancio, ma consegue all'adozione di un atto che ne disponga specificamente la distribuzione, per effetto del quale matura un diritto di credito dei soci verso la società. Prima di quel momento, ai soci spetterebbe una mera "aspettativa" al dividendo, che l'assemblea può disattendere, deliberando, ad esempio, di allocare diversamente i proventi di esercizio, rinviandone la distribuzione e incrementando le riserve. Se un tale assunto, nei suoi caratteri generali è sicuramente corretto, altrettanto correttamente si potrebbe, all'inverso, sostenere che la sovranità dell'assemblea non è assoluta e che l'"aspettativa" al dividendo può erigersi al rango di "diritto" se viene disattesa dal socio di comando per fini diversi dal perseguimento dell'interesse sociale»*.

<sup>164</sup> Cass. 11 marzo 1993, n. 2959 conferma che: *«il diritto alla periodica distribuzione degli utili, sorge soltanto se e nella misura in cui la maggioranza assembleare ne disponga l'erogazione ai soci mentre prima di tale momento, vi è una semplice aspettativa, potendo l'assemblea sociale impiegare diversamente gli utili o anche rinviarne la distribuzione nell'interesse della società»*.

Tale principio si ritrova per la prima volta in Cass. 22 gennaio 1960, n. 98, ed è stato poi progressivamente confermato in:

Cass. 29 ottobre 1975, n. 3644, che in via incidentale, ha affermato come *«in base alla vigente disciplina [...] gli utili non diventano oggetto di un diritto soggettivo dei soci se non attraverso una deliberazione che ne disponga l'erogazione e che, conseguentemente, solo ove intervenga una deliberazione in tal senso gli utili possono ritenersi acquisiti al patrimonio dell'azionista»*.

Trib. Milano, 13 gennaio 1983, in cui a conferma di tale impostazione viene portata ad esempio la disciplina delle azioni di risparmio caratterizzate, rispetto a quelle ordinarie, proprio dall'attribuzione di un diritto soggettivo individuale alla distribuzione di una determinata percentuale di utili;

App. Milano 25 marzo 1986, chiamata a pronunciarsi sull'impugnativa di una delibera assembleare con la quale i soci di maggioranza avevano deciso di non distribuire gli utili realizzati per impiegarli invece nella costituzione di una riserva destinata ad un successivo aumento di capitale, respinse la domanda di annullamento avanzata dai soci di minoranza fra l'altro affermando che *«non può essere sostenuto, traendo argomento dal principio generale contenuto nell'art. 2350, che il socio ha un vero e proprio diritto soggettivo alla ripartizione periodica degli utili»*. La Corte d'Appello di Milano affermò che *«il diritto soggettivo del socio alla distribuzione del dividendo (art. 2433, 2° comma), sorge non in conseguenza di una qualsiasi eccedenza dell'attivo patrimoniale sul passivo della gestione, ma per effetto della deliberazione assembleare mediante la quale si dispone la distribuzione ai soci di tutto o parte delle somme risultanti dal rendiconto attivo»*.

<sup>165</sup> GENGHINI L., Le società di persone, II edizione, Padova, 2021, p. 200

fornite di diritti diversi anche per quanto concerne l'incidenza alle perdite. In tal caso, la società, *nei limiti imposti dalla legge*, può liberamente determinare il contenuto delle azioni delle varie categorie. A questa norma poi, si collega il significato della previsione dell'art. 2350 in materia.

In tale prospettiva, l'analisi delle modalità pratiche prescelte dagli azionisti riguardo alla formulazione delle previsioni, si rileva che il concetto di proporzionalità con riferimento alla partecipazione ai risultati di esercizio viene ancorato non tanto ad indici formali-statici (inerenti a caratteristiche come il trascorrere dell'esercizio o la cifra di capitale sottoscritto), ma piuttosto a indici sostanziali-dinamici (come il momento di sottoscrizione dell'azione nell'esercizio o la cifra effettivamente versata del capitale sottoscritto). Si tratta del tema delle azioni con diversa *data di godimento* e della proporzionalità dell'utile in funzione del fatto che le azioni siano interamente liberamente o no. Infatti, se lo statuto prevede una data di godimento differita, verrebbe piuttosto a identificarsi una clausola di non ripartizione dell'utile; ancora, in caso di data determinata in misura non proporzionale rispetto all'esercizio, la clausola varrebbe come vincolo all'assemblea di non distribuzione integrale di dell'utile, che come ampiamente dibattuto, non sarebbe legittima. Tuttavia, la dottrina prevalente in materia prevede che simili clausole non solo sarebbero legittime, bensì, incorporanti un principio di ripartizione dell'utile che è espressione del principio inequivocabile di uguaglianza sostanziale tra azionisti e che, in assenza di ogni previsione dovrebbe essere l'unico criterio applicabile. Per quanto tale tesi sia stata autorevolmente sostenuta, non appare comunque convincente. Infatti, resta il fatto che la partecipazione all'utile è legata a criteri oggettivi e formali di proporzionalità alla quota di capitale sottoscritto, nulla prevedendo il legislatore in merito ad una diversa rilevanza del principio in relazione al momento della sottoscrizione nell'esercizio. Pertanto, appare preferibile protendere verso la soluzione che prevede l'applicazione dei principi di cui agli art. 2348 e 2350 del c.c. Questa breve panoramica inerente alla concreta predisposizione delle clausole e all'individuazione di fattori ai quali collegare l'assegnazione non proporzionale fa emergere tutta una serie di concetti fino ad ora non riscontrati.

**b) Dei limiti alla discrezionalità statutaria.** Una volta chiariti i riferimenti normativi, prima ancora di affrontare il tema della deviazione dal principio di proporzionalità e i connessi vincoli statutari alla creazione di azioni fornite di diritti patrimoniali particolari, occorre soffermarsi sull'analisi di alcuni principi di natura generale inerenti ai vincoli di destinazione del risultato di esercizio e la posizione patrimoniale del socio. L'autonomia inerente alla destinazione degli utili – nella misura in cui la riserva legale sia già stata costituita e siano state ripianate eventuali perdite – è concessa ai soci, nel rispetto di una serie di limiti, alcuni dei quali più puntuali risiedono nelle norme statutarie, mentre



altri apparentemente più astratti discendono dal rispetto di principi di correttezza e di buona fede. Con riguardo al limite formale del divieto di patto leonino, si richiamano le considerazioni svolte in tema dell'ambito di applicazione dell'art. 2265 c.c. condotto nel primo capitolo. Per quanto riguarda invece gli ulteriori limiti statutari, la dottrina ha ritenuto che sebbene l'autonomia statutaria sembrerebbe in antitesi con la competenza assembleare esclusiva *ex art. 2433 c.c.*, in realtà una dicotomia è però soltanto apparente. Questo perché la competenza di cui all'art. 2433 c.c. è esclusiva, ma non discrezionale. Ciò significa che il giusto temperamento tra il diritto dei soci al ritorno periodico sul capitale investito e l'interesse a trattenere il dividendo nelle casse sociali si raggiunge soltanto nel momento in cui quest'ultima decisione si appoggi stabilmente su valide ragioni e non su una mera arbitrarietà<sup>166</sup>. Proprio la ricerca di ragioni valide alla giustificazione di una deroga alla distribuzione periodica degli utili pone alcuni problemi di ordine pratico, in quanto richiede l'individuazione di criteri per valutare la correttezza e la buona fede delle decisioni assembleari di impiego alternativo degli utili rispetto alla loro eventuale distribuzione. Sul punto basti dire che, in questo contesto diventa fondamentale il ruolo dell'organo amministrativo e, la relazione sul bilancio, che di fatto costituisce lo strumento funzionalmente deputato a fornire a tutti i soci gli elementi necessari a valutare se vi sia o meno effettivo e prevalente interesse sociale al quale sacrificare il diritto all'utile. In conclusione, dunque, sono da ritenersi sconsigliabili ingiustificate mancate assegnazioni poiché pratiche di questo tipo non deludono soltanto l'ovvia aspirazione degli azionisti a un ritorno sui propri investimenti, ma, soprattutto, sono contrarie all'essenza stessa del contratto sociale, che, come è noto, ha lo scopo di dividere gli utili conseguiti per il tramite della società stessa<sup>167</sup>. Un sacrificio alla percezione del dividendo si giustifica ragionevolmente soltanto nel caso in cui il Consiglio di Amministrazione, nell'esercizio del suo *business judgment*, indichi ai soci nella Relazione sulla gestione un impiego (motivato) alternativo del risultato d'esercizio rispetto alla sua assegnazione alle azioni.

---

<sup>166</sup> GUGLIELMETTI R., I limiti del potere dell'assemblea di non distribuire periodicamente gli utili, in *Soc.*, 2011, p.785 aggiunge sul punto che: «Il favor alla periodica distribuzione del dividendo espresso nel contratto sociale, quindi, non è un elemento che il socio di comando può liberamente disattendere, ma, al contrario, costituisce un'espressa indicazione dei soci che potrà essere legittimamente sacrificata soltanto laddove un effettivo interesse sociale lo esiga o lo renda opportuno. Ciò significa, da un punto di vista pratico, che qualora - in assenza di valide ragioni - si perpetrasse un sistematico accantonamento degli utili, le deliberazioni sottostanti potrebbero presentare profili di invalidità per contrarietà allo statuto. Gravi irregolarità, però, sussisterebbero, anche nel caso in cui le società, con clausole statutarie che pongono limiti al potere dell'assemblea di disporre l'utile, dessero esecuzione "diretta" a tali previsioni disponendo la distribuzione automatica dei proventi di esercizio ogni qualvolta l'assemblea non ne decidesse espressamente il destino. Tali pratiche violerebbero il diritto e dovere imperativo dell'assemblea di bilancio di assumere una decisione in tema di distribuzione dei dividendi, sancito dall'art. 2433 c.c., norma inderogabile, che "impone" ai soci, in occasione dell'assemblea di bilancio, di assumere delibere esplicite sulla sorte dei profitti, tanto nel caso in cui vengano assegnati alle azioni quanto nel caso in cui vengano trattenuti nelle casse sociali.».

<sup>167</sup> CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 2018, p. 505

c) **Delle declinazioni statutarie alla partecipazione degli utili tramite la creazione di privilegi patrimoniali ex art. 2348 c.c.** Dopo aver precisato sulla natura del diritto agli utili dell'azionista e sui limiti all'autonomia statutaria previsti in materia è fondamentale analizzare la possibilità, inesistente nel caso delle società di persone, di stabilire profili di deroga al principio di proporzionalità di cui all'art 2350 c.c. anche per il tramite della costituzione di categorie di azioni privilegiate dal punto di vista patrimoniale, in considerazione della partecipazione agli utili e nel rimborso della quota di liquidazione. Al riguardo, infatti, il primo comma dell'art. 2350 c.c. fa *salvi i diritti stabiliti a favore di speciali categorie di azioni*. Il diritto alla ripartizione del ricavato netto dell'attività sociale e alla quota del patrimonio netto risultante dalla liquidazione, essendo entrambi configurati come elementi essenziali indefettibilmente annessi allo status di soci, restano sottoposti dalla legge a distinte condizioni e possono essere oggetto di una diversa regolamentazione che in questo caso sarà inserita direttamente nello statuto. Venendo dunque all'esame delle possibili declinazioni statutarie della partecipazione agli utili, sul punto il privilegio può assumere distinte configurazioni, ma indipendentemente dalla tecnica prescelta, l'autonomia statutaria è legittimata ad intervenire sia sulla misura del privilegio o della maggiorazione riconosciuti alle azioni di categoria, sia sui parametri di riferimento per la determinazione del privilegio e le modalità di perfezionamento del diritto. In quest'ottica potranno essere previste azioni che partecipano agli utili in misura superiore alle azioni ordinarie, azioni che godono di una preferenza nella distribuzione degli utili rispetto alle azioni ordinarie ed azioni alle quali sono attribuiti entrambi i privilegi. Allo stesso modo, deve ammettersi la possibilità di emettere azioni che partecipino in misura minore alle perdite, azioni postergate nella sopportazione delle perdite e azioni che godano di entrambi i privilegi<sup>168</sup>. Nonostante ciascuna di queste possibilità fosse controversa prima della riforma del 2003, nella giurisprudenza stavano già emergendo orientamenti favorevoli – ma non esclusivi<sup>169</sup> – ad escludere la configurabilità del patto leonino nel caso in cui *l'esclusione di un*

---

<sup>168</sup> CAGNASSO A.-PANZANI L., *Le nuove s.p.a.*, vol. II, Azioni. Strumenti finanziari partecipativi e obbligazioni, Bologna, 2013, p. 34 e ss.

<sup>169</sup> In senso diametralmente opposto Trib. Udine, 5 dicembre 1997 in Società, 1998 con nota di IANNIELLO ha affermato che: «*non è omologabile lo statuto di una società per azioni contenente una clausola che prevede la facoltà di emettere azioni privilegiate nella partecipazione alle perdite (nel senso che la partecipazione alle perdite viene postergata interamente rispetto alle azioni ordinarie) ed azioni privilegiate nel caso di liquidazione della società (nel senso che alle stesse spettano, con priorità rispetto alle azioni ordinarie, il rimborso di quanto residui del patrimonio sociale dopo il pagamento dei creditori sociali con esclusione del diritto di voto nelle assemblee ordinarie) ed inoltre, attribuisce agli azionisti ordinari in caso di riduzione parziale o totale del capitale per perdite, la facoltà di sottoscrivere, con preferenza sugli azionisti titolari delle azioni privilegiate, gli aumenti di capitale deliberati a seguito della riduzione, in quanto contrastante con il principio fissato dall'art. 2348, co. 2°, c.c.,» il quale prevede la sola creazione di categorie di azioni fondate su diritti diversi, mentre la postergazione nelle perdite non è un diritto, ma un elemento essenziale nella struttura del fenomeno associativo.*

socio dagli utili e dalle perdite era perfettamente bilanciata nel suo esonero<sup>170</sup>. Inoltre, viene pure ammessa in dottrina la postergazione nella partecipazione alle perdite in sede di liquidazione, cioè il rimborso integrale del capitale con priorità rispetto alle altre categorie di azioni, si negava invece la liceità della postergazione nelle perdite durante la vita della società, cioè la riduzione del capitale sulle azioni privilegiate solo dopo che la perdita abbia assorbito il capitale rappresentato dalle altre azioni poiché in tal caso si sarebbe determinata, nei possessori delle azioni postergate, quella deresponsabilizzazione nell'esercizio dei poteri gestionali, derivante dall'indifferenza rispetto ai risultati sociali, che il divieto del patto leonino mira ad evitare<sup>171</sup>.

Per quanto riguarda il primo profilo inerente alla misura del privilegio patrimoniale concesso, esso è totalmente rimesso agli statuti, che potranno determinarlo in misura fissa, variabile o anche indicizzata, secondo criteri oggettivi predefiniti al momento dell'emissione con l'unico limite di rispettare il divieto di patto leonino<sup>172</sup>. Quanto ai parametri di riferimento, lo stesso, può essere definito in base ad un valore fisso o variabile. Nel primo caso, rientrano tra le variabili *fisse* gli indici storici di valore dell'azione (una percentuale del valore nominale, del valore contabile o del prezzo di sottoscrizione) o dell'intero capitale (una percentuale del capitale sottoscritto dai soci o del capitale da questi contestualmente versato). Nella seconda tipologia invece, tra gli indici *variabili* vi sono il risultato distribuibile (una percentuale dell'utile accertato) e il patrimonio netto, oppure, anche se meno probabile il prezzo di borsa, da intendersi come un parametro *indicizzato* e riferito a determinati periodi. Infine, il parametro di riferimento potrebbe pure essere stabilito *su misura*, in funzione di componenti specifiche che derivino dall'attività finanziata dai sottoscrittori speciali. Questo accadrebbe, nel caso in cui il parametro sia legato al fatturato o all'utile di un settore di attività della società, una quota di utile rappresentata dalla cessione di determinate attività o rami di azienda o, in caso di *holding*, alla

---

<sup>170</sup> Cass. 21 gennaio 2000, n. 642 secondo cui: «il c.d. patto leonino, vietato ai sensi dell'art. 2265 c.c., presuppone la previsione dell'esclusione totale e costante del socio dalla partecipazione al rischio d'impresa o dagli utili, ovvero da entrambi; esulano, pertanto, da tale divieto le clausole che contemplino la partecipazione agli utili e alle perdite in una misura diversa dalla entità della partecipazione sociale del singolo socio, sia che si esprimano in misura difforme da quella inerente ai poteri amministrativi, sia che condizionino in alternativa la partecipazione o la non partecipazione agli utili o alle perdite al verificarsi di determinati eventi giuridicamente rilevanti (nella fattispecie, alla stregua di tale principio, la suprema corte ha confermato la decisione della corte di merito che aveva escluso la configurabilità del patto leonino, in quanto la esclusione di un socio dagli utili e dalle perdite era perfettamente bilanciata dal suo esonero, come socio d'opera, dall'obbligo di sopperire al fabbisogno finanziario della società posto a carico esclusivo dei soci di capitale in proporzione delle loro quote».

Conformi anche: Trib. Verona, 9 febbraio 1989 in Società, 1989, p. 798 con nota di BONERA, che ha affermato: «la categoria delle azioni privilegiate nella riduzione del capitale sociale per perdite non contrasta con il divieto del patto leonino, in quanto la partecipazione alle perdite non viene esclusa ma solo posticipata rispetto alle azioni ordinarie».

per lo stesso principio con riguardo alle s.r.l. vedi Trib. Monza, 15 gennaio 1997, in Società, 1997, p. 588 con nota di PAPPALARDO e Trib. Trieste, 2 giugno 1994 in Società, 1995, p. 87 con nota di RORDORF.

<sup>171</sup> MARASÀ G., Le società. Società in generale, Milano, 2000, p. 229

<sup>172</sup> Per tale orientamento, in giurisprudenza si v. Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927 e Cass., 21 gennaio 2000, n. 642

quota di utile di una società controllata, ovvero alla quota di utile *dell'affare* (nella componente di spettanza della società) nel caso di patrimonio destinato ai sensi dell'art. 2447-bis, lett. a, c.c.<sup>173</sup>.

## 2. CLAUSOLE INSERITE NEI PATTI PARASOCIALI

La panoramica condotta inerente all'atteggiamento dell'istituto della ripartizione non proporzionale nelle società di persone e di capitali ha permesso di comprendere come la possibilità di derogare alle tradizionali regole di proporzionalità sia ampiamente ammessa sia dalla legge che dalla dottrina e giurisprudenza. Tuttavia, è possibile che le modalità di previsione alternativa degli utili così come generalmente introdotte – in termini concreti di clausole di preferenza o di priorità – possano essere inserite non solo nel contratto sociale ma anche in appositi accordi esterni ad esso stipulati al solo scopo di prevedere una ripartizione specifica, nella forma dei patti parasociali. È chiaro che, le problematiche analizzate che ruotano attorno al concetto della ripartizione non proporzionale si ripresentano ugualmente in questa sede e pertanto si richiamano, specialmente con riguardo alla diversa natura del diritto agli utili che sorgerebbe a seguito dell'attuazione del patto parasociale tanto per il socio di società personale quanto per l'azionista.

I riferimenti normativi inerenti alla disciplina dei patti parasociali<sup>174</sup> sono scarsi, e risalgono alla riforma intervenuta con il D.lgs. del 17 gennaio 2003, n. 5, dato che il legislatore del 1942 aveva volutamente escluso gli accordi parasociali da ogni regolamentazione normativa motivando tale silenzio, nella relazione al codice, con la *molteplicità delle situazioni di cui si sarebbe dovuto tener conto* e quindi, con la difficoltà di poter esprimere un giudizio di validità che *dipende molto dalle situazioni concrete e quindi spetta più al giudice che al legislatore*. Queste incertezze, tuttavia, si comprendono alla luce delle difficoltà ad assumere una posizione di fronte alla dottrina, che per lungo tempo si è mostrata ostile ai patti parasociali temendo che si trattasse di uno strumento in grado di assumere dimensioni macroscopiche nella realtà societarie, che difficilmente avrebbero potuto essere disciplinate per assicurare il rispetto dei limiti già presenti all'autonomia statutaria<sup>175</sup>. Per una breve ricostruzione storica della formazione di questa disciplina basti dire che gli interventi legislativi importanti in materia sono arrivati a partire dagli anni '80, durante i quali l'ampio utilizzo dei patti ha

---

<sup>173</sup> SFAMENI P., Commento all'art. 2350 c.c., in *Azioni*, a cura di Notari M., in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti. P. – Bianchi L.A. – Ghezzi F. – Notari M., Giuffrè, 2008, p. 273 e ss.

<sup>174</sup> Per uno studio monografico si v. OPPO G., *Contratti parasociali*, Milano, 1942 che ha coniato l'espressione di patti parasociali.

<sup>175</sup> CARITÀ F., *Codice commentato delle società*, a cura di Abriani N. e Richter M.S., Artt. 2247.2483 c.c., Milano, 2010, Società per azioni, *sub art. 2341 bis*, p. 553

suggerito al legislatore che fosse opportuno intervenire. Ciò accadde solo sporadicamente, fino alla fine degli anni '90, in cui la necessità di una disciplina più specifica che regolasse gli accordi extrasociali si avvertì sempre più a causa dell'impiego più frequente che si iniziò a farne di questo istituto nelle società quotate, nelle quali vi è una maggiore attenzione al regime della pubblicità. Proprio per questo, la preoccupazione di non avere una disciplina che frenasse i soci dall'inserire nei patti clausole che non avrebbero potuto essere conosciute da tutti i soci (in quanto data la natura convenzionale, i patti sono noti ed esplicano i propri effetti solamente nei confronti dei sottoscrittori) ma che avrebbero potuto danneggiare anche altri. Fu così che, con il D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (anche detto T.U.F.) vennero introdotti gli artt. 122<sup>176</sup> e 123 con lo scopo di garantire una adeguata pubblicità e la fissazione di un limite alla durata di tali accordi. Da un lato, nel costruire la fattispecie, le norme non forniscono una definizione astratta e generale di patto parasociale, ma si limitano piuttosto ad individuare alcuni patti aventi contenuti specifici e che appaiono prevalentemente legati ad una visione societaria influenzata dalla realtà delle società quotate. Una definizione chiara dell'istituto arrivò perciò solo anni dopo e attualmente, la definizione dei patti parasociali fornita in dottrina, è illuminante e definisce gli stessi come *espressione dell'autonomia privata (nella forma di patti estranei all'atto costitutivo o allo statuto*<sup>177</sup>), *con cui i soci di una società possono regolare il loro comportamento nella società e verso la società*<sup>178</sup>.

Sia il Codice civile che il Testo Unico della Finanza escludono la necessità di requisiti di forma per la validità di tali patti. Libera scelta, pertanto, è attribuita ai soci in ordine alla forma scritta, orale o per fatti concludenti. Con riguardo ai rapporti con lo statuto e con l'atto costitutivo, tali accordi costituiscono di norma contratti autonomi rispetto agli stessi. In ragione di ciò, infatti, hanno assunto la denominazione di patti *para-sociali* differenziandosi da quelli che tradizionalmente vengono definiti sociali. La Corte di Cassazione ha tuttavia sostenuto nel 2008 con la sentenza 17960, che

---

<sup>176</sup> Sull'art. 122 T.U.F. si veda MEO G., Le società di capitali. Le società con azioni quotate in borsa, in Trattato di diritto privato, Torino, 2002, p. 96 e ss.

<sup>177</sup> La giurisprudenza conferma tale definizione in: Cass., sez. I, 5 marzo 2008, n. 5963 secondo cui: « I patti parasociali sono accordi atipici volti a disciplinare, tra i soci contraenti ed in via meramente obbligatoria, con conseguenze meramente risarcitorie, i rapporti interni fra di essi; il vincolo che ne discende opera, pertanto, su di un terreno esterno a quello dell'organizzazione sociale, sicché non è legittimamente predicabile, al riguardo, né la circostanza che al socio stipulante sia impedito di determinarsi autonomamente all'esercizio del voto in assemblea, né quella che il patto stesso ponga in discussione il corretto funzionamento dell'organo assembleare o la formazione del capitale (operando il vincolo obbligatorio così assunto non dissimilmente da qualsiasi altro possibile motivo soggettivo che spinga un socio a determinarsi al voto assembleare o alla gestione della partecipazione in un certo modo), poiché al socio non è impedito di scegliere il non rispetto del patto di sindacato ogni qualvolta l'interesse ad un certo esito della votazione assembleare o proprio atto negoziale prevalga sul rischio di dover rispondere dell'inadempimento del patto».

<sup>178</sup> DE LUCA N.-PERRECA F., Patti parasociali di gestione e condotte predatorie. Spunti di riflessione, in Società n. 6, 1° giugno 2021, p. 677. Nota a sentenza del Tribunale Milano Sez. spec. in materia di imprese, 21 dicembre 2020 c.c. art. 2378

talvolta clausole statutarie che riguardano la posizione individuale del singolo socio potrebbero avere natura parasociale<sup>179</sup>. Spetta in tal caso al giudice di merito nel caso di specie la valutazione circa la natura della clausola.

**a) Considerazioni sull'ambito soggettivo di applicazione.** Chiarita brevemente l'evoluzione storica della disciplina dei patti parasociali, è necessario – prima di elencare le clausole inseribili nei patti parasociali così come in quelli sociali - fare alcune considerazioni riguardo all'ambito di applicazione di tale disciplina che ha causato non poche incertezze e discussioni in dottrina. La norma inerente alle caratteristiche principali degli accordi extrasociali si trova all'art. 2341 *bis*, nella sez. III *bis*, capo V dedicato alle società per azioni e si applica esclusivamente alle società azionarie e alle società che le controllano. Questo assunto è stato da parte della dottrina ricavato oltre che dal dato testuale e dalla collocazione fisica della norma all'interno del c.c., anche da considerazioni di altra natura riguardanti la *ratio* della norma. Secondo la parte della dottrina contraria all'estensione della suddetta norma anche a tipi sociali diversi dalle società di capitali, un motivo risiede nel fatto che quella in commento è una disciplina speciale, pertanto derogatoria rispetto alla disciplina generale dei contratti e come tale non applicabile se non nei confronti dei soggetti che il legislatore abbia voluto suggerire con il posizionamento della norma<sup>180</sup>, soprattutto con riferimento alle S.r.l. in cui il legislatore della

---

<sup>179</sup> Cass. 17960/2008, secondo cui: «Nella specie, risulta chiaro che la sentenza impugnata ha confermato integralmente la pronuncia di primo grado nel punto in cui, interpretando la clausola statutaria che disciplinava il gradimento ed il contratto di compravendita, ha ritenuto che la prima, nonostante l'inserimento nello statuto, avesse natura parasociale, privilegiando una esegesi che ha fondato l'affermazione della sufficienza della prestazione del consenso da parte di tutti i soci, purché tali alla data del contratto. Inoltre, interpretando il contratto del 22 ottobre 1992, ha ritenuto che la modalità della partecipazione dei soci a tale atto e della formulazione del consenso inducesse a far ritenere intervenuto il gradimento, nei termini previsti dalla clausola statutaria, così come interpretata. Pertanto, è chiaro che nel caso qui in esame era ed è in questione esclusivamente l'interpretazione di detti atti di autonomia privata, anzitutto della clausola statutaria, che, come ha precisato questa Corte in una fattispecie analoga, ed è stato sopra ricordato, costituisce un apprezzamento di fatto riservato al giudice del merito, incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da logica ed adeguata motivazione (Cass. n. 2637 del 1993)

La pronuncia ha, invece, reputato che la clausola di gradimento, così come formulata, per le ragioni sopra sintetizzate, integrasse una clausola parasociale, con conclusione la cui correttezza è esclusivamente condizionata dalla formulazione e dalla esegesi della pattuizione convenzionale. Al riguardo, va infatti osservato che le clausole non contenute nello statuto sono certo prive di carattere "sociale". Diversamente, l'inserimento di una determinata clausola nello statuto, come questa Corte ha chiarito, e va qui ribadito, tendenzialmente, può ritenersi operata in vista dell'attribuzione alla clausola di una coloritura sociale (Cass. n. 7614 del 1996; n. 12012 del 1998). Tuttavia, come ha correttamente osservato larga parte della dottrina, nel caso di clausole che hanno ad oggetto le posizioni soggettive dei titolari delle partecipazioni sociali, siffatta circostanza richiede di avere riguardo al contenuto della clausola per stabilire se tanto sia accaduto. La questione che si pone è, quindi, di formulazione ed esegesi della clausola, allo scopo di accertare, alla luce della sua concreta formulazione, nel quadro della disciplina data delle situazioni soggettive dei soci, sia corretta l'esegesi datane dal giudice del merito».

<sup>180</sup> DONATIVI V., *sub art.* 2341-bis, in Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 162 e ss.

Nello stesso senso anche: PICCIAU A., *sub art.* 2341- bis c.c., in Commentario alla riforma delle società, a cura di P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Artt. 2325-2345 c.c., Milano, 2007, p. 329 e ss.; MAZZAMUTO S., I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa, in *Contratto e impresa*, 2004, n. 3, 1 settembre 2004, p. 1086 secondo cui: «Sicuramente le norme degli artt. 2341 bis e ter c.c., pur nella loro limitatezza, hanno prodotto una frattura dell'unità dogmatica e concettuale della nozione tradizionale di patti parasociali: se di tradizione si può parlare con riferimento ad un tema segnato da recentissimi revirement giurisprudenziali e da un vivace dibattito dottrinale. [...] Ed invero, la disciplina dell'art. 2341 bis c.c. tipizza i patti parasociali, seppure in relazione alle sole s.p.a. (ed alle società di altro tipo che di queste abbiano il controllo) e per quanto riguarda gli obblighi di pubblicità alle sole s.p.a. c.d. "aperte" (in quanto fanno ricorso al mercato del capitale di rischio), riferendosi ad accordi connotati, in primo luogo, dal fine e,

riforma del 2003 ha inteso dare maggiore autonomia alla volontà dei soci. Diversamente però, altra parte della dottrina<sup>181</sup> – anche molto recente – ritiene invece che l'estensione sia possibile<sup>182</sup>. Tale ragionamento si basa infatti anche sulle affermazioni rinvenibili nella stessa relazione al codice richiamata prima, la quale chiarisce che: *la disciplina, inserita nel capo relativo alle società per azioni, ha inteso regolare la fattispecie con riferimento a quel tipo sociale, perché in esso è più sentita l'esigenza di garantire regole certe e definite in considerazione della maggiore rilevanza per il pubblico e per il mercato finanziario; essa, ovviamente, non intende escludere la possibilità che analoghi patti riguardino altre forme di società, per le quali ovviamente resterà applicabile la disciplina generale dell'autonomia privata e dei contratti, così per esempio per le società a responsabilità limitata, come anche per le società di persone.* Alla luce di ciò, si sostiene che anche le s.r.l. e le società di persone potranno stipulare patti parasociali. Come è possibile dedurre da queste due linee di pensiero, il dibattito è estremamente delicato e, assumere una posizione non risulta semplice. Tuttavia, dato che è necessario farlo per proseguire, partendo dalla certezza che, in base alla lettera della norma di cui all'art. 2341 *bis* c.c. è pacifico certamente che qualora una s.r.l. o altro tipo societario siano controllanti di una s.p.a. o di una società quotata senza dubbio dovrà essere applicata la norma, si può concludere che il legislatore ha seppur indirettamente, considerato l'eventualità che la normativa

---

*all'interno di esso, dall'oggetto. [...] Non sono, poi, ricompresi nella definizione normativa – e quindi non sono soggetti alla disciplina ivi prevista – tutti quei patti che la dottrina e la giurisprudenza, fino ad oggi, hanno denominato patti parasociali (in ragione della loro estraneità al contratto sociale) e che hanno per oggetto non solo l'esercizio del diritto di voto o la clausola di blocco, ma, altresì, la gestione della società e delle sue partecipate, le joint venture commerciali e la pianificazione di investimenti. [...] Conseguenza di ciò è che la dizione "patti parasociali" potrà essere utilizzata esclusivamente nel caso di patti stipulati con riferimento alle s.p.a. che abbiano il fine e l'oggetto previsto dalla legge.».*

<sup>181</sup> RESCIO G.A. – SPERANZIN M., *sub art. 2341-bis*, in Commentario Gabrielli, Torino, 2015, p. 725 ss.

Nello stesso senso anche: RESCIO G.A., in AA.VV., *Le società: autonomia privata e suoi limiti alla riforma*, Milano, 2003, p. 126 ss; SANTONI G., *sub art. 2341-bis c.c.*, in Commentario Sandulli-Santoro, 2/I, Torino, 2003, p. 86 ss.

<sup>182</sup> PICCIAU A., *sub art. 2341-bis c.c.*, in Commentario alla riforma delle società, a cura di P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Artt. 2325-2345 c.c., Milano, 2007, p. 329 e ss. in tema afferma che: *«più articolata deve essere la riflessione sull'eventuale applicabilità delle norme in commento alle società che non rivestano la forma di società a base azionaria e, segnatamente, alle società a responsabilità limitata. Le norme degli artt. 2462 ss., che pure segnano un profondo rinnovamento del tipo s.r.l. nel segno della centralità della autonomia privata e della persona del socio all'interno della società, non contengono alcun richiamo ai patti parasociali. Si potrebbe allora ipotizzare che essi, quando riguardino una società a responsabilità limitata, siano soggetti soltanto alla generale disciplina sui contratti e siano sottratti all'applicazione delle norme in commento. Occorre però fare i conti con l'art. 2341-bis che esige l'applicazione delle norme sui patti anche alle società che controllino una s.p.a., senza peraltro dettare alcuna prescrizione circa la forma delle controllanti. Con formula analoga a quella delle disposizioni del T.U.F. il legislatore sottopone le controllanti allo stesso trattamento ipotizzato per le controllate. Il fine è di evitare che vengano aggirate le norme sui patti, sfruttando il meccanismo del controllo tramite società che abbiano forma diversa da quella azionaria. Ne discende che è il controllo l'elemento sul quale si fonda l'estensione della disciplina anche alle controllanti, non certo la forma di queste. Sarebbe perciò operazione non persuasiva, sul piano logico, quella che automaticamente ricavasse dalla soggezione di un patto relativo ad una s.r.l. controllante il principio della generale soggezione dei patti concernenti s.r.l. alla disciplina degli artt. 2341-bis e 2341-ter. In altre parole, non credo che la norma che applica la disciplina dei patti anche alle controllanti possa essere argomento dirimente per sostenere che gli artt. 2341-bis e 2341-ter si debbano applicare, in via generale, alle società a responsabilità limitata. Altrimenti, per coerenza si dovrebbe considerare l'estensione alle controllanti quale meccanismo per applicare gli artt. 2341-bis ss. a qualunque altro tipo societario».*

enunciata potesse applicarsi a tipi societari diversi dalle s.p.a. Pertanto, non si vede perché non aderire al secondo orientamento. Per quanto riguarda la giurisprudenza invece, essa rimane generica sul punto, giustificando un'ammissibilità in base al generale principio di autonomia negoziale spettante ai soci<sup>183</sup>. Esaminati dunque succintamente i vincoli imperativi che costituiscono il limite alla libertà di deviazione dal principio di proporzionalità o alle creazioni di diritti diversi, occorre ora soffermarsi, in senso positivo, sulla possibile configurazione dei diritti così introdotti, valida per tutti i tipi societari al di là delle problematiche che sono state rispettivamente analizzate per ciascuna.

**b) Della tesi dell'applicabilità del divieto di patto leonino alle pattuizioni parasociali.** Le clausole elaborate nella prassi all'interno dei patti parasociali non hanno mancato di sollevare in diversi ordinamenti problemi di compatibilità con il divieto di patto leonino. Sul punto, è interessante analizzare la posizione della tesi inerente all'applicabilità del divieto di patto leonino anche alle pattuizioni parasociali, in quanto, seppur maggioritaria, non è unanime. Nell'ordinamento italiano la tesi della non applicabilità è stata sostenuta tanto in dottrina<sup>184</sup> che in giurisprudenza. Interessante è l'assunto della dottrina che prevede che debba essere esclusa la possibilità astratta di un contrasto fra un patto extrastatutario e il divieto di patto leonino sulla base del fatto che un patto parasociale non può mai provocare l'esclusione di un socio da ogni partecipazione agli utili o alle perdite. E questo perché, non può mai, in altri termini, impedire l'attribuzione originaria a ciascun socio del rischio tipico di impresa, potendo al massimo, comportare una negoziazione di quel rischio da parte del socio che

---

<sup>183</sup> Cass., sez. I, 14267/2006 secondo cui: Per il resto (s.r.l. e società di persone) è ancora il caso di fare riferimento al generale principio di autonomia negoziale (art.1322 cod.civ.) onde se ne riferisce in generale l'ammissibilità, se ed in quanto non contrastanti con i principi generali e con norme aventi carattere imperativo. Per il resto, in mancanza di regole ulteriori rispetto a quelle specifiche appena rammentate, si può fare riferimento ai principi generali in tema di contratto. Così si è reputato che, raggiunta un'intesa soltanto sugli elementi essenziali del patto (e non già anche sugli ulteriori elementi accessori dello stesso), l'accordo potrebbe essere qualificato come atto meramente preparatorio e preliminare.

<sup>184</sup> PIAZZA G., La causa mista credito-società, in *Contratto e impr.*, 1987, p. 803 e ss secondo cui: «Al riguardo è significativo rilevare che la giurisprudenza, nelle poche pronunce in materia, si è mostrata sempre molto guardinga nell'ammettere la sussistenza di un patto leonino. E l'argomento di fondo su cui hanno fatto leva i giudici per escludere a priori l'applicabilità dell'art. 2265 c.c., è stato che il patto, il cui contenuto sembrava impingere nel divieto in parola, non era da considerarsi inserito o comunque compenetrato nel contratto sociale bensì sganciato da questo. Specialmente con riguardo alle società di capitali, la giurisprudenza ha escluso la ricorrenza del patto leonino sulla base del decisivo rilievo che il patto sospetto sottoposto al suo esame, aveva rilevanza meramente interna tra i contraenti essendo stato stipulato da ciascuna delle parti non uti socius bensì uti singulus. La Suprema Corte ha così negato che i patti tra soggetti, soci di una società, volti a garantire ad alcuni di essi un reddito fisso sul conferimento effettuato, indipendentemente dagli utili prodotti realmente dalla società, impingano nel divieto del patto leonino; come pure si è escluso che integri un patto siffatto quello con cui viene garantito da un gruppo di soci ad un altro l'integrale rimborso dell'apporto al momento dello scioglimento della società (v. Cass. 29 luglio 1930 e Cass. 15 maggio 1931). Ed è importante notare - ai fini di corroborare le riflessioni innanzi svolte - che l'unica sentenza di merito rinvenuta sotto il codice vigente che, ravvisando l'esistenza di un patto leonino, sancisce la nullità dell'intero contratto di società nella specie di accomandita semplice - stabilisce però, e significativamente, la conversione del negozio nullo di società in un valido contratto di lavoro subordinato (Pretura Torino 28 maggio 1975, in *Foro it.*, 1976, I, c. 500). L'impiego della nozione di convenzione autonoma o extrasociale, come tale del tutto estranea alla figura del patto leonino, ci sembra legittima anche nel caso concreto».

Dello stesso orientamento anche: BARCELLONA E., *Clausole di put & call a prezzo predefinito*, Milano, 2004, p. 56 secondo cui: CALVOSA L., *La clausola di riscatto nella società per azioni*, Milano, 1995, p. 242 ss.



peraltro: in primo luogo, conferma la titolarità del rischio da parte del socio; e in secondo luogo, si presenta come una ordinaria traslazione che deve essere soggetta alla sola verifica della causalità dello scambio, cioè della corrispettività. In ogni caso, tale tesi è stata sostenuta anche in giurisprudenza<sup>185</sup>. Anche se la tesi della non applicabilità è stata sostenuta, si può concludere dicendo che la dottrina prevalente<sup>186</sup>, ha respinto tale tesi affermando che la configurabilità del divieto di patto leonino in accordi parasociali può verificarsi spostando sul piano dell'indagine la sussistenza del collegamento, e della liceità della realizzazione attraverso un negozio indiretto della funzione di finanziamento, a fronte della esclusione del finanziatore dalla partecipazione alle perdite<sup>187</sup>. Appare innegabile, infatti, che potenzialmente l'accordo parasociale abbia pienamente la capacità di proiettarsi sull'accordo associativo, con l'effetto di deformarne la struttura e la funzione, cosicché si impone la valutazione se tale deformazione sia tollerabile, ovvero contrasti con il divieto di cui all'art. 2265 c.c. La stessa Cassazione, ritornata sull'argomento in tempi recenti<sup>188</sup>, ha avuto modo di rivedere la propria posizione, accogliendo la tesi sostenuta in dottrina ed affermando espressamente che *se la legge ha sottoposto un rapporto a norme imperative, ed ha imposto degli obblighi ai contraenti, non è certo perché questi debbano rispettarli come parti del contratto sociale, ma possano al tempo stesso contraddirli come terzi*<sup>189</sup>.

**c) Della tesi della compatibilità dei patti di garanzia degli utili o delle perdite con il divieto di patto leonino.** Interessante è la tesi dottrina che ha analizzato la compatibilità degli accordi di garanzia con il divieto di patto leonino e ha concluso che questi non possano essere intesi come patti con cui il socio è escluso dalla partecipazione agli utili o alle perdite così come previsto dall'art. 2265 c.c. Nel caso dell'accordo di esclusione del socio dalle perdite infatti, esso è un accordo che *muovendo dal presupposto dell'esposizione del socio al rischio delle perdite, realizza un trasferimento a terzi di*

---

<sup>185</sup> Cass. 29 luglio 1930, n. 2929, in Riv. dir. comm., 1932, II, p. 138; Cass. 30 maggio 1941, n. 1618, in Riv. dir. comm., 1942, II, p. 305; Trib. Udine 10 aprile 1981 (decr.) e Trib. Udine, 25 novembre 1981 (decr.), in Giur. comm., 1982, II, p. 884, con nota di GUGLIELMUCCI L., Le azioni postergate nelle perdite.

<sup>186</sup> TORSELLO M., Saggio sulla partecipazione a scopo di finanziamento e patto leonino parasociale, in Contr. e impr., 2000, p. 896

<sup>187</sup> Considera tale operazione in contrasto con il divieto del patto leonino GUGLIELMUCCI L., Lo smobilizzo delle partecipazioni nei patti parasociali delle finanziarie regionali private, in Riv. soc., 1980, p. 1196 e ss.

<sup>188</sup> Cass. 29 ottobre 1994, n. 8927

<sup>189</sup> MINERVINI G., Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino, in Contr. e impresa, 1998, p. 771 e ss secondo cui: «viola la normativa di divieto – e la viola direttamente, e non sotto il profilo dell'art. 1344 c.c. – anche il patto (di esclusione del socio dagli utili, o dalle perdite) autonomo rispetto al contratto sociale, e anche se esso sia convenuto addirittura con terzi».

tale rischio (traslazione che non sarebbe neanche possibile se il socio non fosse titolare del rischio trasferito).

Con riferimento a ciò, solamente una materializzazione della logica di deresponsabilizzazione dietro il divieto di patto leonino può giustificare la confusione fra un patto esonerativo dal rischio della perdita (vietato dall'art. 2265 c.c.) e un patto meramente traslativo del rischio della perdita, che invece è compatibile sia con il divieto di patto leonino che con l'ordinamento societario in generale. Può dunque concludersi che, ciò che la legge vieta è, l'esclusione del socio dal rischio (negativo) delle perdite e non la *negoziiazione* di tale rischio con i terzi. Allo stesso modo per gli utili, la legge vieta che il socio sia esclusione dalla partecipazione alle *chances* (positive) degli utili ma non dalla negoziazione delle stesse con i terzi<sup>190</sup>.

Al contrario, dunque, un problema di violazione del divieto di patto leonino potrebbe verificarsi nel caso in cui siano delle clausole statutarie a prevedere il potere di escludere il socio dal rischio originario di impresa. Ad esempio, una clausola che disponga l'esclusione del socio da ogni partecipazione agli utili o alle perdite avrebbe davvero l'effetto di impedire l'attribuzione al socio titolare il rischio positivo degli utili o quello negativo delle perdite. Ancor di più, dunque, non si scontrano con tale divieto le clausole che attribuiscono diritti patrimoniali in misura non proporzionale (artt. 2263 e 2346 c.c.), le quali non sembrerebbero incidere sull'attribuzione o sull'esclusione del socio dal rischio.

### **3. CLAUSOLE PER LA FISSAZIONE DI CRITERI NON PROPORZIONALI**

Ammessa la validità dei patti parasociali e delle clausole statutarie di ripartizione dell'utile, è possibile analizzare le diverse costruzioni formali delle clausole così presentate e che possono dunque essere collocate nella sede ritenuta dai soci più opportuna ad assicurare la loro efficace attuazione. Fino ad ora si è parlato di patti di ripartizione degli utili, si è analizzato l'uso che di questi è stato proposto in ordinamenti più o meno rigidi, e si è compresa l'estrema utilità ed importanza sul fatto che i soci si pronuncino riguardo ad eventuali meccanismi derogati delle regole suppletive. L'autonomia di cui tanto si è parlato e di cui la legge garantisce l'esercizio in capo ai soggetti che condividono l'attività sociale, è esplicabile anche con riferimento alla stipula di clausole specifiche inerenti alla ripartizione. Le regole ed i limiti normativi previsti (principio di proporzionalità e divieto di patto leonino) sono ovviamente valide a prescindere dalla locazione del patto inerente alla ripartizione degli utili, sia sociale (inserito nella forma di una clausola statutaria) sia extrasociale (come clausola di un patto parasociale). È proprio

---

<sup>190</sup> BARCELLONA E., *Clausole di put & call a prezzo predefinito*, Milano, 2004, p. 54 e ss.

tramite l'una o l'altra modalità che vengono individuati i parametri principali di riferimento inerenti alla ripartizione e che riguardano elementi quali, *l'esigibilità individuale*, che può essere compresa in un statuto fino ad assoggettarla alla volontà di una maggioranza, ovvero fino ad originare una riserva a favore della società; *la periodicità*, che può essere anticipata rispetto al rendiconto; *la misura* della partecipazione, sicché anche una partecipazione eventualmente disproporzionale rispetto ai conferimento e/o rispetto ai diritti amministrativi e/o asimmetrica tra utili e perdite; *lo scioglimento* del rapporto sociale e del contratto sociale<sup>191</sup>. Con riferimento al principio delle clausole che incidono sulla destinazione dell'utile, i metodi attraverso i quali può essere realizzata la ripartizione non proporzionale sono diversi. È chiaro, infatti, che la clausola statutaria potrebbe essere formulata in termini di: spettanza automatica di un dividendo minimo *salva deliberazione contraria*; spettanza di un dividendo minimo garantito e del dividendo residuale fatta salva la deliberazione contraria dell'assemblea. Nel primo caso, il diritto al dividendo sorgerebbe dopo l'approvazione del bilancio e in assenza di deliberazione dell'utile diversa da quella prevista dallo statuto; nel secondo caso il diritto al dividendo minimo sorgerebbe in ogni caso dopo l'approvazione del bilancio, mentre il diritto al dividendo residuale sorgerebbe in assenza di diversa deliberazione assembleare. Il tema non riguarda ancora quello della deviazione dal principio di proporzionalità attraverso la creazione di diverse categorie particolari di attribuzione dell'utile, bensì riguarda una diversa prospettiva del principio di proporzionalità e di uguaglianza formale. Per motivi di praticità, si precisa in via preliminare un esempio classico di non proporzionalità tra partecipazione sociale e quote di partecipazione all'utile. Ciò accade nel caso in cui, ad esempio, quattro soci possiedono partecipazioni al capitale in misura di uguale del 25 % ciascuno, uno dei quattro partecipa all'utile in misura del 40 % (e quindi non proporzionale rispetto agli altri) e altri tre abbiano quote dell'utile del 20 %. In questo modo, è possibile rilevare come, il privilegio patrimoniale può essere sganciato dalla semplice non proporzionalità ed essere di conseguenza, modulato in modo diverso<sup>192</sup>. Ma procediamo ora ad analizzare più nel dettaglio le diverse modalità di ripartizione con il relativo criterio collegato che può essere presentato come elemento caratterizzante della clausola, si precisa che le fonti parlano quasi sempre di azioni, ma, date tutte le considerazioni in materia di autonomia statutaria, i soci nella pratica decidono di prevedere criteri alternativi sempre scegliendo tra criterio prioritario, preferenziale o ulteriore, indipendentemente dal tipo societario.

---

<sup>191</sup> Si v. spunti presenti in *Obiettivoprofitto.it.*, voce *Patti parasociali: come funzionano*, 2022, consultabile su [www.obiettivoprofitto.it](http://www.obiettivoprofitto.it)

<sup>192</sup> CAVANNA M., Partecipazione e “diritti particolari” dei soci, in *La Nuova S.r.l.*, diretto da SARALE M., Bologna, 2008, p. 139 e ss.

### 3.1. Criterio prioritario

Si parla di criterio di tipo prioritario quando viene stabilito che al socio privilegiato spetti una certa quota dell'utile, ad esempio nella misura prestabilita del 20 %, ripartendosi il restante 80 % in parti uguali alle rispettive aliquote di partecipazione al capitale sociale. Nelle società per azioni, la categoria cui si fa riferimento viene denominata delle azioni cd. di priorità, che incorporano normalmente un diritto, in via *prioritaria*, alla distribuzione dell'utile in una determinata percentuale massima rispetto ad un determinato *parametro* (valore nominale dell'azione o capitale versato o altro parametro) e/o un determinato ammontare assoluto (*dividend cap; dividende plafonnè*) che possono prevedere una priorità assoluta se negano alle azioni stesse ogni ulteriore diritto di partecipazione all'utile residuo (*non-participating preferred shares*)<sup>193</sup>. Ne deriva che, le azioni di questo tipo fanno sorgere un diritto a percepire un dividendo garantito ed eventualmente anche limitato<sup>194</sup>, nel caso in cui dovessero essere rilevati utili residui. La prassi rileva come conseguenza applicativa la trasformazione delle azioni ordinarie in azioni postergate nella partecipazione al risultato di esercizio. A tal riguardo, è necessario precisare che la postergazione di cui si fa riferimento non deve essere intesa come un diritto minore. Anzi, viene spesso considerata come un'applicazione pratica di meccanismi con lo scopo di ristabilire l'equilibrio<sup>195</sup> tra azioni di priorità e quelle postergate, nel caso in cui il diritto all'utile residuo inerente alle prime sia eccedente di quanto garantito in via prioritaria dalla clausola. Potrebbe però anche accadere che il criterio in oggetto venga applicato con una ulteriore clausola di prededuzione, anziché di postergazione. In entrambi i casi, comunque, deve dirsi che il diritto incorporato nelle azioni di priorità è una deviazione dal principio di proporzionalità, che non è però suscettibile di determinazione

---

<sup>193</sup> SFAMENI P., Commento all'art. 2350 c.c., in Azioni, a cura di Notari M., in Commentario alla riforma delle società diretto da Marchetti. P. – Bianchi L.A. – Ghezzi F. – Notari M., Giuffrè, 2008, p. 270

<sup>194</sup> La possibilità che un diritto incorporato nell'azione si riferisca ad un diritto al dividendo minimo garantito con esclusione della partecipazione ad un eventuale utile residuo fa sorgere alcuni dubbi con riferimento alla compatibilità con la natura stessa della partecipazione sociale, con riguardo alle azioni di risparmio. A riguardo, è infatti possibile dire che, alcuni dissentono da tale impostazione di incompatibilità chiarendo che l'azione di priorità potrebbe anche essere considerata come un'azione di preferenza, in considerazione della percentuale di spettanza dell'utile garantito dalla clausola. Se l'utile oggetto di accertamento fosse pari ad un valore appena sufficiente a garantire il dividendo minimo prioritario inserito nella pattuizione, ne deriverebbe che le uniche azioni a ricevere una remunerazione sarebbero proprio quelle di priorità. Perciò, questa clausola sembra compatibile con i principi imperativi del tema, configurando una deviazione del principio di proporzionalità che non possa essere considerata come una violazione del divieto di patto leonino né tanto meno una eliminazione o soppressione dei diritti garantiti al socio. In tal modo, appare che la possibilità di partecipare all'utile residuo eventualmente risultante è da considerare più come un bilanciamento della garanzia del dividendo minimo. Infatti, questo è in linea con le ragioni storiche di queste clausole, che hanno proprio il principale scopo di ridurre il rischio del rendimento derivante dalla partecipazione azionaria per determinate categorie di soci, che avvicinerrebbero l'azione a quello che verrebbe a definirsi come un titolo in grado di generare ai titolari un reddito fisso.

<sup>195</sup> Nei casi di questo tipo accade che, la previsione secondo la quale prima di una distribuzione proporzionale o non proporzionale che voglia attuarsi dell'utile residuo tra tutte le azioni, questo debba essere attribuito per primo alle azioni postergate, nella percentuale uguale o maggiore rispetto a quella prevista per le azioni di priorità. Questo, infatti, verrebbe a configurarsi come un principio del tutto in linea con la coerenza delle ragioni inerenti all'emissione di azioni di priorità, che sono quelle di garantire al socio finanziatore una redditività minima.

*ab initio*, in quanto la ripartizione è funzionale all'utile prodotto durante gli esercizi, alla percentuale massima che viene stabilita spettante alle relative azioni, al parametro di calcolo previsto per il calcolo del risultato finale e anche alla possibilità esistente o meno inerente alla partecipazione all'utile residuo. Di conseguenza, parrebbe possibile dire che, anche se le azioni di questo tipo consentono all'azione di essere partecipante al meccanismo societario, tuttavia, sembrerebbero attribuire dei diritti diversi e all'occorrenza, minori rispetto a quelli previsti per le azioni postergate o di altra categoria che siano, e in definitiva ciò appare lecito in virtù della possibilità ormai appurata di consentire ai soci l'applicazione del principio di libera creazione dei diritti diversi incorporabili nelle azioni.

### **3.2. Criterio preferenziale**

Altra clausola con la quale si può disporre la ripartizione non proporzionale delle quote del risultato di esercizio si ha con il criterio preferenziale, tale per cui, ad esempio, al socio privilegiato viene riservato un dividendo in misura raddoppiata rispetto a quello previsto per tutti gli altri soci. Nelle società di capitali, questo diritto viene incorporato da azioni che assumono il nome di azioni di preferenza. In generale, lo scopo è quello di attribuire ai titolari un vero e proprio privilegio quantitativo, essendo le clausole di questo tipo incorporanti il diritto a ricevere una determinata percentuale di utile distribuito, superiore rispetto a quella che altrimenti spetterebbe nel caso in cui fosse applicato il tradizionale criterio di proporzionalità. Con riferimento a questa modalità o a quella introdotta nel paragrafo subito sopra, può essere previsto un contenuto *vincolato* ad alcuni fattori quali ad esempio il trascorrere del tempo o il verificarsi di determinati eventi, quali il raggiungimento di una quota dell'utile o altri parametri interni che misurano l'andamento economico-finanziario della società. In questo modo, potranno pertanto configurarsi clausole con un'automatica modulazione del loro contenuto, come può accadere nel caso di inserimento di meccanismi di *progressione* (aumento progressivo delle percentuali di spettanza), di *regressione* (riduzione progressiva delle percentuali di spettanza), di *scaglionamento* (percentuali di priorità in funzione di scaglioni quantitativi di utile accertato e distribuito) o di *contingentamento* (nessuna spettanza del diritto oltre una certa soglia di dividendo ricevuto nell'esercizio) dei diritti<sup>196</sup>. Suddetti parametri possono inoltre fare riferimento anche a fattori di tipo esterno<sup>197</sup>, configurabili per eccellenza con la remunerazione prevista per le azioni di godimento *ex art.*

---

<sup>196</sup> SFAMENI P., Commento all'art. 2350 c.c., in *Azioni*, a cura di Notari M., in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti. P. – Bianchi L.A. – Ghezzi F. – Notari M., Giuffrè, 2008, p. 272

<sup>197</sup> In tema, è considerata legittima anche la possibilità di prevedere che i dividendi vengano conferiti in natura. Tale diritto può infatti essere incorporato in azioni speciali, pur nel rispetto del principio di proporzionalità. In questo modo, la previsione della corresponsione del dividendo in natura rappresenta un criterio per attuare la ripartizione non proporzionale, che si viene a configurare ogni qual volta il valore di mercato dei beni da assegnare a titolo di dividendo in natura sia diverso dal valore contabile dello stesso. In altri termini, anche se l'utile venga ripartito formalmente in maniera proporzionale, il fatto che ne sia disposta l'assegnazione in natura potrebbe di

2353 c.c. In altri termini, sebbene l'utile accertato sia *formalmente* ripartito in modo proporzionale, il fatto che il dividendo, per previsione statutaria, sia corrisposto in natura può portare – secondo le oscillazioni di valore del bene in natura da assegnare – ad una maggiorazione o ad una riduzione, sul piano *sostanziale*, del *quantum* erogato rispetto alla quota di capitale rappresentato dalle azioni speciali<sup>198</sup>.

### **3.3. Clausole statutarie di fissazione di un tetto massimo al diritto agli utili ed esame dei profili di compatibilità con il principio di proporzionalità e il divieto di patto leonino**

Un aspetto interessante riguarda la modalità di deviazione dal principio di proporzionalità raggiungibile tramite la previsione di clausole che impongono un tetto massimo agli utili. Questa tematica è stata oggetto di studio con riferimento alle società per azioni, anche se, i meccanismi che verranno analizzati a breve sembrano comunque possibili anche nelle società di persone, nonostante non vi siano conferme sul punto. Si tratta infatti, di un tema abbastanza dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, infatti, questo concetto non è stato condiviso fin da subito. Statuiscono in tal senso alcune decisioni provenienti dalla Commissione della Società del Consiglio Notarile di Milano con la massima 189 che ha previsto in particolare: *a)* limiti massimi cd. *assoluti* espressi singolarmente per ciascun esercizio; *b)* limiti massimi cd. *relativi* espressi in relazione al capitale sociale o al patrimonio netto, oppure ad ogni altro un dato variabile; *c)* limiti massimi espressi solo in relazione al *tempo*, prevedendo che gli utili di una categoria di azioni o di quote o di determinate quote spettino a decorrere da una determinata data. Qualora tali clausole siano tali da configurare la sopravvivenza di categorie di azioni o di quote del tutto prive del diritto all'utile per l'intera durata della società, chiarisce la Commissione che la loro legittimità dipenderà dalla permanenza di ulteriori diritti patrimoniali, quali in particolare il diritto alla distribuzione di riserve e/o alla distribuzione del residuo attivo di liquidazione<sup>199</sup>. Con riferimento a tale pronuncia, essa avalla la possibilità di prevedere una

---

conseguenza, portare ad una variazione del valore assegnato (maggiore o minore, in senso sostanziale) rispetto alla quota di capitale rappresentato dalle azioni speciali.

<sup>198</sup> SFAMENI P., Commento all'art. 2350 c.c., in Azioni, a cura di Notari M., in Commentario alla riforma delle società diretto da Marchetti. P. – Bianchi L.A. – Ghezzi F. – Notari M., Giuffrè, 2008, p. 273

<sup>199</sup>Massima Commissione Società, 16 giugno 2020, n. 189, Clausole che pongono un tetto massimo al diritto agli utili (artt. 2247, 2265, 2350 e 2433 c.c.), con nota bibliografia di BORIO M. La massima della commissione società dichiara che: “Sono legittime le clausole statutarie di s.p.a. e di s.r.l. che pongono un «tetto massimo» al diritto all'utile, quali ad esempio le clausole che prevedono: (i) limiti massimi espressi in misura assoluta, esercizio per esercizio; (ii) limiti massimi espressi in misura relativa, assumendo come parametro un dato variabile, quale ad esempio il capitale sociale o il patrimonio netto; (iii) limiti massimi espressi solo in relazione al tempo, di modo che gli utili di una categoria di azioni o di quote o di determinate quote spettino solo a decorrere da una determinata data. Qualora siffatte clausole siano tali da configurare, a decorrere da un dato momento della vita della società, la sopravvivenza di categorie di azioni o di categorie di quote o di determinate quote del tutto prive del diritto all'utile per l'intera durata residua della società, la loro

modificazione in diminuzione del diritto agli utili, consistente nell'apposizione di un tetto massimo agli stessi, nelle diverse forme e relative modalità. La legittimità di questo comportamento deve essere rinvenuta in principio, nel senso che, non può non essere consentita in virtù della già citata derogabilità della regola della proporzionalità dei diritti patrimoniali spettanti alle partecipazioni sociali, tuttavia, tale possibilità non è certo illimitata. Deve infatti sul punto, considerarsi che una clausola in tal senso è altamente rischiosa di collisione con le discipline societarie, specialmente quella inerente al divieto di patto leonino *ex art. 2265 c.c.* o comunque alle alterazioni più o meno totali degli elementi caratterizzanti delle partecipazioni sociali, quali derivanti dagli elementi insiti nella nozione stessa di società *ex art. 2247 c.c.* A tal proposito, è opportuno procedere con l'analisi delle diverse modalità e forme in cui può essere declinata la possibilità di fissazione di un tetto massimo agli utili, in considerazione del fatto che, solo in alcune circostanze è ritenuto che l'alterazione della regola di proporzionalità sia suscettibile di incidere sui principi ora menzionati. Per quanto riguarda le considerazioni dottrinali sul punto, alcune sono rinvenibili con riguardo alle clausole statutarie di s.p.a., laddove si dichiara che non sembra disagevole sostenere, in linea di principio, la legittimità della clausola statutaria volta a condizionare la *partecipazione agli utili* di una determinata categoria di azioni al trascorrere di un determinato numero di esercizi. Purché, evidentemente, il *dies a quo* non corrisponda al termine di durata della società<sup>200</sup>.

a) **limite massimo espresso in misura assoluta.** Le tipologie di clausole che prevedono un tetto agli utili con un limite massimo espresso in misura assoluta, esercizio per esercizio, non hanno lo scopo di far venire meno la partecipazione agli utili in misura complessiva delle categorie di azioni o quote oggetto del limite massimo, in quanto le stesse, conservano comunque per tutta la durata della società il diritto di ricevere gli utili loro spettanti, ove siano distribuiti, bensì prevedono una limitazione stabilendo una soglia predeterminata. Ad esempio, la categoria di azioni B potrebbe essere connotata dal diritto di ricevere, ogni esercizio, un ammontare massimo di euro 0,50 per ciascuna azione, mentre le altre azioni avrebbero il diritto di ricevere gli utili di cui l'assemblea deliberi la distribuzione, senza limiti di scorta<sup>201</sup>.

---

*legittimità dipende dalla permanenza di ulteriori diritti patrimoniali, quali il diritto alla distribuzione di riserve e/o alla distribuzione del residuo attivo di liquidazione”.*

<sup>200</sup> SFAMENI P., Commento all'art. 2350 c.c., in Azioni, a cura di Notari M., in Commentario alla riforma delle società diretto da Marchetti. P. – Bianchi L.A. – Ghezzi F. – Notari M., Milano, 2008, p. 263 e ss.

<sup>201</sup> Massima Commissione Società, 16 giugno 2020, n. 189, Clausole che pongono un tetto massimo al diritto agli utili (artt. 2247, 2265, 2350 e 2433 c.c.), con nota bibliografia di BORIO M.

**b) limite massimo espresso in misura relativa.** Con riferimento alle clausole che prevedono un limite massimo agli utili in misura relativa, viene solitamente selezionato dalla clausola un dato *variabile*, che può essere tanto il capitale sociale, quanto il patrimonio netto, considerato con riferimento ad un esercizio societario. Si pensi al caso in cui lo statuto preveda che le azioni B abbiano il diritto di ricevere in via proporzionale gli utili di cui l'assemblea abbia delineato la distribuzione, entro il limite massimo, per ciascuna azione o anche per l'insieme delle azioni B, pari a una frazione del patrimonio netto risultante dell'ultimo bilancio approvato<sup>202</sup>.

**c) limite massimo espresso in relazione al fattore tempo con introduzione di un termine iniziale o finale.** Tra le possibili forme con cui poter disporre una deviazione dal principio di proporzionalità nella partecipazione agli utili vi è anche la presa in considerazione del *fattore tempo* come variabile. Le forme pratiche con cui questo viene reso possibile riguardano l'apposizione di un termine iniziale o finale per il diritto alla partecipazione agli utili. Ad esempio, si immagini, per un verso, che lo statuto preveda che le azioni B abbiano diritto alla distribuzione degli utili solamente a partire dal quinto esercizio successivo alla costituzione della società oppure, per altro verso, che esse abbiano diritto alla distribuzione degli utili solamente per i primi dieci esercizi sociali, venendo del tutto meno la partecipazione agli utili dopo tale termine<sup>203</sup>. Con riferimento a queste due configurazioni di clausole, con l'apposizione di un tetto agli utili in misura determinata in base al fattore tempo, quella inerente al termine *iniziale* sembra non creare particolari problemi con la violazione del patto leonino o, in generale, dei limiti tipologici della partecipazione sociale, essendo che, per tutta la durata della società le azioni conservano un'aspettativa di partecipare agli utili e che, in questo modo, le stesse continuano a sussistere, essendo solamente rimandate più avanti nel tempo. Questo meccanismo non attribuisce infatti, alla clausola alcuna connotazione leonina, nel senso che, la delimitazione a livello temporale non viene prevista per vanificare il diritto alla partecipazione agli utili, ciò accadrebbe se ad esempio, il termine fosse fissato al 31 dicembre 2049 per una società costituita con durata fino al 31 dicembre 2050.

Per quanto riguarda invece, la configurazione della clausola di tetto massimo a tempo con apposizione del termine finale, alcuni problemi di compatibilità potrebbero sorgere in quanto, la previsione di un termine di questo tipo, una volta individuata la scadenza, creerebbe un periodo oltre il

---

<sup>202</sup> Massima Commissione Società, 16 giugno 2020, n. 189, Clausole che pongono un tetto massimo al diritto agli utili (artt. 2247, 2265, 2350 e 2433 c.c.), con nota bibliografia di BORIO M.

<sup>203</sup> Massima Commissione Società, 16 giugno 2020, n. 189, Clausole che pongono un tetto massimo al diritto agli utili (artt. 2247, 2265, 2350 e 2433 c.c.), con nota bibliografia di BORIO M.



quale una parte delle azioni in cui il capitale sociale è stato suddiviso rimarrebbe *del tutto priva del diritto agli utili per l'intera durata della società*. Gli utili percepiti dalle azioni o quote di una determinata categoria verrebbero dunque accumulati nel tempo, fino a che non venga raggiunta la soglia complessiva prevista dallo statuto, alla cui scadenza tali quote o azioni perderebbero definitivamente il diritto a partecipare alla distribuzione agli utili, fino alla scadenza del termine di durata della società. Ciò comporta la stabilizzazione di un meccanismo di cumulo degli utili distribuiti, esercizio per esercizio, in realtà frequente nella pratica societaria e volto ad attribuire ad una parte della compagine societaria il diritto ad essere soddisfatti in misura maggiore o totalitaria degli utili, prima di altri soci, fino al raggiungimento di un determinato ritorno dell'investimento da questi effettuato.

**d) considerazioni sulle clausole cd. di *waterfall*.** Con riferimento alle possibili alternative di distribuzione ulteriore, è interessante soffermarsi su un'altra possibilità sovente utilizzata nella pratica. Tale modalità è caratterizzata dal fatto che una volta raggiunta la soglia stabilita a favore delle azioni o delle quote oggetto del privilegio, «le successive distribuzioni avvengano a favore di tutte le azioni o quote, vuoi in misura *paritetica* (ripristinando cioè la regola della proporzionalità del diritto agli utili), vuoi in misura *non paritetica*, magari privilegiando le azioni o quote che sino a quel momento non avevano ricevuto utili o li avevano ricevuti in misura meno che proporzionale. In altri termini le clausole di questo tipo vengono impropriamente definite come clausole cd. *waterfall* inerenti alle distribuzioni patrimoniali. Tali tipologie di clausole possono disporre in diverso modo.

In primo luogo, le disposizioni statutarie di questo tipo potrebbero ripristinare la proporzionalità o disporre in modo non proporzionale, in questo caso, non vi è niente in grado di poter causare dubbi o problematiche inerenti alla loro applicazione. In secondo luogo, potrebbe accadere che queste clausole *waterfall* vengano impiegate al fine di stabilire una sorta di alternanza per azioni o quote che passano da essere oggetto di una situazione di privilegio a una diminuzione del diritto agli utili. Pertanto, i problemi potrebbero causarsi nel caso in cui le clausole prevedano che il raggiungimento del tetto coincida con la privazione totale dalla partecipazione dal diritto agli utili per queste azioni, *per tutta la durata della società*, in grado di provocare lo stesso effetto prodotto dall'apposizione del termine finale. Ne deriva che, «siffatta situazione potrebbe forse superare il vaglio del divieto del patto leonino, qualora si volesse considerare la partecipazione sociale nel suo insieme, per l'intera durata della società. Si potrebbe infatti ritenere che, così come possono esservi soci che partecipano agli utili solo dopo il decorso di un determinato termine, allo stesso modo altri soci vedrebbero limitato il loro diritto agli utili alla prima parte della vita della società. Anche questi secondi, in fin dei conti, avrebbero comunque

partecipato agli utili della società, seppur sino ad un certo ammontare o fino a un certo momento»<sup>204</sup>. Anche se questa considerazione è convincente, non appare comunque abbastanza per giustificare la totale esclusione dal divieto delle clausole in questione, in quanto, occorrerebbe giustificare la legittimità di partecipazioni sociali che, da un determinato momento in poi sarebbero private del tutto del diritto agli utili, riuscendo a conservare i relativi diritti amministrativi e continuando ad essere considerate come delle partecipazioni sociali a tutti gli effetti. Pertanto, riprendendo la giurisprudenza derivante dalla massima n. 189 citata sopra del Consiglio Notarile di Milano, viene precisato come la possibilità di considerare ammissibili le clausole di *waterfall* sia collegata alla circostanza secondo cui, pur diminuite del diritto di partecipazione agli utili, le quote mantengano comunque un diritto patrimoniale *minimo*, in modo da poter continuare a godere di anche solo una parte dei risultati di impresa, pur se private però del diritto di ricevere, in ogni esercizio, le distribuzioni degli utili maturate col trascorrere del tempo. Per fare un esempio, «ciò accadrebbe, qualora le azioni o quote assoggettate alle clausole continuassero a beneficiare del diritto di ottenere la distribuzione delle riserve o di una parte di esse, vuoi qualora fossero distribuite dopo il venir meno del loro diritto agli utili, vuoi qualora ciò avvenisse dopo lo scioglimento della società, mediante il riparto del residuo attivo risultante al termine della liquidazione. Il tutto, ovviamente, a condizione che l'insieme delle altre disposizioni statutarie e delle condizioni concrete non rendano di fatto insussistenti siffatti residui diritti patrimoniali»<sup>205</sup>.

#### **3.4. Conseguenze del riconoscimento di diritti particolari ai soci**

Dopo aver analizzato le diverse modalità statutarie con cui può essere diversamente disposto, si rendono opportune alcune considerazioni di chiusura prima di proseguire nella trattazione. Il tema della modificazione dei diritti patrimoniali è oggetto di interpretazione estensiva della dottrina, in particolare di quella notarile, la quale prevede che le modificazioni riguardino un concetto di variazione che può spaziare da una semplice modifica ad una sproporzione più complessa, arrivando fino all'esclusione totale, che è la forma più estrema di clausola. La posizione giuridica soggettiva derivante dal riconoscimento dei diritti particolari è a valenza organizzativa ed induce ad una deroga del principio di proporzionalità e della misura della partecipazione. Le previsioni alternative riescono pertanto a

---

<sup>204</sup> Massima Commissione Società, 16 giugno 2020, n. 189, Clausole che pongono un tetto massimo al diritto agli utili (artt. 2247, 2265, 2350 e 2433 c.c.), con nota bibliografia di BORIO M.

<sup>205</sup> Massima Commissione Società, 16 giugno 2020, n. 189, Clausole che pongono un tetto massimo al diritto agli utili (artt. 2247, 2265, 2350 e 2433 c.c.), con nota bibliografia di BORIO M.

soddisfare contemporaneamente l'interesse del socio titolare delle quote o delle azioni oggetto di disposizione statutaria, sia tutti gli altri soci con riferimento alla realizzazione di una determinata forma organizzativa della società, differenziata dal tipo legale codicistico<sup>206</sup>.

Questa prospettiva è infatti utile per considerare i diritti particolari al pari di un *metodo di organizzazione alternativo della società*, secondo la caratterizzazione che gli viene conferita dall'atto costitutivo. I diritti che è possibile predisporre, secondo tutte le regole finora analizzate, possono attribuire diritti diversi sia in senso *accrescitivo*, come ad esempio abbiamo visto possibile nel caso in cui venga previsto il diritto di percepire gli utili in misura più che proporzionale rispetto alla propria quota di partecipazione, oppure ancora al caso in cui venga inserita una clausola con regola di partecipazione al riparto utilitario in via prioritaria rispetto agli altri soci; sia in senso *riduttivo*, come ad esempio accade nel caso in cui si preveda la postergazione di un socio nel riparto degli utili. Alla luce di tutte le considerazioni fin qui esposte è possibile dire senz'altro che una qualsiasi altra conclusione inerente alle modalità di concepire la partecipazione degli utili in misura non proporzionale porterebbe ad una ingiustificata riduzione dell'autonomia privata che per disposizioni di legge viene riconosciuta ai membri delle società, a seconda del diverso tipo societario in esame. Si pensi a titolo esemplificativo, alla struttura delle s.p.a. e all'art. 2348, comma 2 del c.c., in cui la locuzione dei *diritti diversi* coincide solitamente con le regole diverse inerenti anche alla partecipazione all'attivo. Una volta conclusa l'analisi delle clausole statutarie in grado di attribuire diritti patrimoniali particolari al verificarsi di condizioni oggettive e predeterminate, è possibile affermare che anche nelle società per azioni è possibile far emergere profili personalistici seppur nel rispetto dei canoni dell'impersonalità e dell'anonimato per poter attribuire situazioni giuridiche ai soci, rivolgendo lo sguardo a metodi di ripartizione alternativi di più marcata personalizzazione.

La principale funzionalità delle norme esaminate in questo capitolo vuole consentire infatti alla società di avvalersi del contributo che i soci possono personalmente fornire all'entità societaria complessivamente intesa<sup>207</sup>. È inoltre possibile concludere la tematica delle pattuizioni statutarie per

---

<sup>206</sup> A tal proposito, pare che la tesi qui citata sia desumibile dalle interpretazioni riguardanti da un lato, la asserita e indiscutibile possibilità di prevedere in capo ad alcuni o a tutti i soci dei diritti patrimoniali di natura particolare, in ragione del tenore letterario derivante dall'art. 2468 c.c., il quale lascia intendere che i diritti particolari possono riguardare anche i soci intesi nella loro interezza. La conferma di questa tesi è ulteriormente derivante dal fatto che la possibilità di prevedere dei diritti particolari non sempre comportino dei vantaggi per i soggetti a cui sono rivolti, al contrario di come potrebbe desumersi dal termine "diritto".

<sup>207</sup> CALAMANDREI P., Prestazioni e compensi dei promotori della società per azioni, nota a Cass., 5 febbraio 1942, in Riv. dir. comm., 1942, II, 69; GALGANO F., sub art. 2341. Della società per Azioni, Commentario del Codice civile Scialoja – Branca, diretto da Galgano F., t. I, Bologna – Roma, 2005, 197; BERTONE J., sub artt. 2337-2341, in Costituzione - Conferimenti, a cura di M. Notari, in Commentario alla riforma delle società, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2008, 313. A tal proposito, sono significative le considerazioni inerenti all'ammissibilità dei diritti particolari dell'azionista, con riferimento alle disposizioni che consentono la possibilità di apportare benefici ai promotori e ai soci fondatori. Le conseguenze delle statuizioni in questo senso, possono

L'attuazione di metodi di ripartizione non proporzionale dell'utile di esercizio dicendo che, il clima culturale che è stato possibile intessere tramite lo studio dei concetti finora trattati hanno costituito la base fertile per la riforma della disciplina del finanziamento dell'impresa azionaria e dei modi in cui il socio può partecipare all'attività. Le prassi e gli istituti che sono stati elaborati presso gli altri ordinamenti quali ad esempio quello nordamericano, inglese e francese dimostrano la volontà pressoché generale di modificare i percorsi interpretativi e la ricostruzione sistematica che la dottrina ha cominciato ad intraprendere. In definitiva, la sensazione che si evince è quella di un forte desiderio di emancipazione dai vincoli dogmatici di aspetti concettualistici legati alla società ormai appartenenti al passato, soprattutto quelli inerenti alla relatività delle situazioni e alla impossibilità di prevedere statuizioni alternative. Il metodo comparatistico e l'inevitabile incedere dell'*acquis communautaire* in materia societaria<sup>208</sup> consentono, sotto altri profili, di alimentare le spinte innovative segnalate, da un lato complicando il quadro d'insieme, dall'altro concedendo all'interprete spazi prima non percorribili. Tra i concetti più all'avanguardia che risultano da questa riflessione rientrano senza dubbio la concezione finanziaria dell'impresa azionaria, la nozione di interesse sociale inerente alla massimizzazione del valore delle azioni e la possibilità di attribuire posizioni amministrative a soggetti finanziatori. Questi spunti appaiono dunque come concetti concreti, in grado di assecondare i nuovi assetti dell'ambiente istituzionale e proprietario coniugandosi con una nuova sfumatura del concetto del potere dell'impresa e nell'impresa.

---

rinvierci nel fatto che, i privilegi che i promotori possono prevedere sono indipendenti dalla qualità di socio e possono essere predisposti entro il limite del decimo risultante dal bilancio e per un periodo di cinque anni massimi, ed è, in linea con le disposizioni legislative, l'unico privilegio attribuibile ai promotori firmatari del programma societario. Lo scopo è quello di retribuire per tali soggetti la intera attività che viene svolta per la costituzione della società. Così risulta dalle Relazioni al codice di commercio risalente al 1882 e al c.c. stesso.

<sup>208</sup> Sulla tematica della crescente componente internazionale riguardante la sensibilità degli assetti proprietari delle imprese europee, sia quotate che no, si v. spunti in DENIS C. – HUZINGA H. – NICODEME G., *Foreign ownership in Europe: determinants and tax consequences*, diretto da H. HUZINGA – L. JONUNG, *The internationalization of asset ownership in Europe*, Cambridge, 2005, p. 110 e ss. Mentre, inerente all'approfondimento della tematica inerente al finanziamento dell'impresa con l'utilizzo del canale del Private Equity si v. spunti in BARUCCI A., *Il private equity in Italia: mercato e contesto normativo*, Torino, 2005.

## CONCLUSIONI E RIFLESSIONI

Il percorso svolto fino ad ora con questa trattazione ha mostrato al lettore come le esigenze in ambito societario siano cambiate e come il superamento dell'unicità del principio di uguaglianza proporzionale nella distribuzione sia un dato di fatto ormai affermato nel panorama societario. I profili inerenti alla ripartizione non proporzionale stanno diventando sempre più frequentemente oggetto di interessamento e riflessione da parte del legislatore sociale e dei soci stessi, che cercano di trarre dalla loro scelta di partecipare all'ambito sociale il più possibile in termini concreti. In quest'ottica, pertanto, due sono i soggetti a cui viene dato il compito di tutelare questa libertà dei soci di modellare le clausole statutarie al fine di non nuocere altri partecipanti dotati del loro stesso *status*, e cioè l'interprete e il *board* di gestione societaria.

In primo luogo, essendo i patti parasociali uno strumento utilizzato dai soci al fine di concretizzare le loro volontà, sono esposti a tutti i problemi di manipolazione letterale; pertanto, l'interprete assume importanza con riguardo al fatto che tutte le clausole, così come predisposte da parte dei soci, sono esse stesse suscettibili di essere interpretate in vari modi. Ne deriva perciò l'importanza della predilezione verso modelli interpretativi che possano consentire alle clausole di acquisire il significato più adatto alla realtà sociale. Infatti, da ciò si assume la grande flessibilità del contenuto e conseguentemente, si apprende come la preoccupazione di reprimere la sproporzione tra partecipazione e ripartizione sia fortissima.

In secondo luogo, i *board* di gestione societaria intervengono nel discorso di approvazione alla ripartizione degli utili e delle perdite, a dimostrazione del fatto che questi diritti patrimoniali e la loro modifica sono insiti nel funzionamento dell'attività sociale stessa, derivano dal nucleo più duro della volontà collettiva ed è per questo che deve, da più fronti, sorvegliarsi sulla forma e sul contenuto che le pattuizioni alternative possono assumere. È in questo contesto infatti, che si riconosce come tale scelta a procedere nel senso della distribuzione piuttosto che dell'investimento, riguardi una precisa scelta effettuata dagli amministratori e che deve rispettare non solo disposizioni in grado di tutelare gli interessi dei creditori, ma anche evitare che le norme così inserite nello statuto disincentivino l'investimento azionario rendendo di fatto più difficoltosa la raccolta delle risorse finanziarie imprescindibili per lo svolgimento dell'attività sociale.

In definitiva però, si può concludere che gli effetti positivi che tali patti possono far sorgere sono superiori rispetto agli effetti negativi o quantomeno ai rischi che ne potrebbero derivare, il che rende questo strumento un'ottima alternativa alla modifica o all'inserimento di diritti particolari dei soci che

possano in questo modo creare strutture societarie che siano come dei microversi adattati alle esigenze specifiche dei soci.

Il principale segnale della contemporanea accettazione e suscettibilità nei confronti delle pattuizioni parasociali in materia è dato dalla predisposizione del divieto di patto leonino, utilizzato come presidio più imponente alla salvaguardia di interessi ben più profondi, radicati in tempi lontani e giustificati, si potrebbe dire, da impulsi naturali che vedono tra i primari interessi societari la protezione dei soci considerati più deboli e in generale, la *par condicio* tra tutti coloro che ugualmente partecipano al rischio sociale, seppur in misura diversa sul capitale.

La sottoscrizione dei patti parasociali è in grado di dare alla realtà societaria e ai rispettivi soci una serie di tutele che altrimenti non sarebbero raggiungibili tramite il solo statuto, per come normativamente inteso dal legislatore. I punti più importanti a riguardo sono in qualche modo, derivanti dalla struttura e delle caratteristiche insite nei patti, si pensi ad esempio al vantaggio della riservatezza.

In altri termini, i patti parasociali, a prescindere da quali siano le clausole specifiche inserite al loro interno, restano sempre delle scritture private tra i sottoscrittori e pertanto, restano tendenzialmente note soltanto ad essi. È infatti questo il principale motivo di distinzione con lo statuto, che è un documento registrato e di consultazione pubblica.

Oltre a ciò, vi è anche il vantaggio in termini di equilibrio, nel senso che essendo tali convenzioni poste al riparo da questioni riguardanti direttamente il *business aziendale*, vi è possibilità con tali patti di dare alla compagine una stabilità maggiore, potendo il loro contenuto essere piuttosto vario. In base a questa affermazione poi, ne deriva pure che più una società acquista stabilità a livello organizzativo e gestionale, più il suo *rating* aumenta, cioè la sua immagine agli occhi degli spettatori esterni risulta affidabile, si pensi ad esempio al vantaggio che ne deriva se chi guarda è un istituto di credito.

In ultimo, ma non per importanza, un ulteriore vantaggio è quello che può essere definito come la prevenzione dei business *deadlocks*, derivante dalla caratteristica dei patti stessi a tendere alla semplicità. Gli accordi tra i soci sono sempre esistiti, e con essi i problemi interni, fino anche a sfociare in stalli nei casi più gravi. A seguito delle considerazioni svolte sul versante contenutistico, non può non affermarsi che i patti di questo tipo consentono una volta per tutte di chiarire fin dal momento della loro predisposizione, le posizioni dei soci e cosa ad ognuno spetti, soprattutto quanto si mediti di inserire clausole alternative da attivare in sede di distribuzione degli utili. A prescindere dal fatto che gli interpreti debbano procedere all'analisi delle clausole, resta il fatto che la chiarezza cristallizzata per quanto riguarda le regole previste aiutano in modo non indifferente a prevenire malintesi che potrebbero sorgere tra i soci, favorendo perciò l'adozione di comportamenti tendenti alla correttezza

all'interno della compagine societaria. Si tratta infatti, di precisazioni che non vanno sottovalutate alla luce della fragilità degli equilibri societari e della rischiosità di eventuali conseguenze negative.

In generale però, a seguito delle considerazioni sulla forma e sul contenuto delle clausole extrastatutarie, è evidente che i patti parasociali risultano ormai la forma migliore per i soci da utilizzare nel caso in cui essi vogliano definire i diritti e i confini connessi alla ripartizione dei risultati di esercizio, senza andare a stravolgere la struttura societaria o lo statuto stesso.

In ogni caso, è possibile dire che i limiti posti dal legislatore fanno riflettere sui rischi insiti dietro all'utilizzo di questo istituto, che potrebbero pure compromettere in modo negativo il funzionamento e gli equilibri societari, se usati con intenti sbagliati.

I limiti che sono stati analizzati con riferimento alla possibilità di pattuizione alternativa riguardante la distribuzione degli utili testimoniano la definitiva apertura ed accettazione di questa pratica, ormai conveniente come principale strumento per il perseguimento degli interessi particolari dei partecipanti al rischio sociale. Tra i lati oscuri derivanti dal discostamento del principio di uguaglianza proporzionale nella distribuzione utilitaria vi è l'avversione per il *socio leone*, da cui derivano pure i profili di rischio insiti nella relazione tra potere gestorio e rischio imprenditoriale.

Sul punto, infatti, si è compreso come il più grande problema derivante da una eventuale deroga dal principio di proporzionalità sia inerente ai profili di criticità tra rischio e potere di gestione, in grado di tradursi sulla eventuale deresponsabilizzazione del socio. In base a quanto affermato nel primo capitolo sul divieto di patto leonino, sicuramente non è possibile dire che l'unica *ratio* di tale norma sia l'incentivazione del socio a rispondere della responsabilità che gli è tipica, tuttavia, questo rimane uno degli argomenti più discussi a riguardo in materia.

Gli effetti che potrebbero derivare da un malfunzionamento della società a livello gestionale sono molteplici, ma i più preoccupanti sono proprio quelli che sorgerebbero con riferimento alla confusione tra ruoli o ancora, alla rivendicazione della particolarità dei diritti patrimoniali inseriti nelle clausole extrastatutarie. Dunque, sebbene da un lato, i rapporti tra i soci potrebbero apparire migliorati dall'applicazione pratica di queste clausole, allo stesso tempo potrebbero, d'altro lato, risultarne indeboliti a causa dei danni che potrebbero essere causati all'equilibrio tra partecipazioni.

Per quanto riguarda i profili sistematici dell'assegnazione non proporzionale, c'è da dire solamente che, considerate le evoluzioni giurisprudenziali e dottrinali degli ultimi tempi in materia, lo strumento delle clausole parasociali si presenta estremamente versatile in termini di contenuto grazie all'utilizzo di varie modalità di calcolo della quota possibili.

Con riferimento a ciò, i diversi criteri analizzati inerenti alla previsione di criteri non proporzionali di distribuzione mostrano la grande versatilità di questo strumento in termini di adattamento alle esigenze dei soci. Le modalità più varie riflettono le possibili prospettive che la società può perseguire, disponendo diversamente anche con riguardo all'attivazione, alle percentuali e all'ordine di coinvolgimento dei soggetti cui le disposizioni extra convenzionali si rivolgono.

Gli ultimi profili analizzati sono tra i più complessi ma allo stesso tempo tanto interessanti quanto dimostrazione chiara di come l'influenza delle previsioni oggetto di trattazione siano una modalità internazionalmente accettata. Si è visto pure come, i diversi ordinamenti abbiano escogitato e predisposto norme differenti con riferimento alla tematica della distribuzione di utili, in considerazione dei principi maggiormente ritenuti necessari di tutela nei vari ordinamenti di origine.

Gli ordinamenti analizzati inoltre, hanno dimostrato ampiamente che le difficoltà inerenti all'accettazione della struttura dei patti parasociali siano nel tempo state superate, con non pochi ostacoli, ma sempre nella consapevolezza che il riconoscimento di tale strumento fosse utile al raggiungimento dei fini particolaristici che i soci potessero richiedere al fine di aderire alla causa societaria. Infatti, i ragionamenti e le riflessioni che la dottrina e la giurisprudenza hanno mosso con riferimento a questa tematica sono di grande ispirazione e possono essere utilizzate come base per continuare a rafforzare lo sfondo giuridico ancora in parte indefinito che vi è dietro l'accettazione di questo concetto.

Le informazioni essenziali inserite nelle clausole delle convenzioni extrastatutarie auspicano ad arricchirsi sempre di più, essendo ormai la loro natura ed efficacia obbligatoria tra le parti assodata definitivamente. Chissà che, tra qualche anno, la possibilità di previsione di clausole specifiche non diventi uno dei passaggi in sede costitutiva o almeno la principale occasione per i soci di manifestare alcune loro necessità prima di aderire allo scopo sociale. Sicuramente gli scenari internazionali hanno mostrato come, in conclusione, sia ormai universalmente accettato il fatto che i vantaggi sono maggiori dei rischi e che, pertanto, debba procedersi nel futuro a studiare ed approfondire questo istituto quanto più possibile.

Un dato che accomuna le previsioni internazionali di assegnazione non proporzionale riguarda la implicita possibilità di *socializzare*, in linea con i principi dei vari ordinamenti, molti degli accordi che stanno a fondamento delle trattative in sede costitutiva della società, le quali consentono infatti di inserire mediante appunto il ricorso alle assegnazioni non proporzionali.

Questo ragionamento, oltre che ad essere riscontrato nell'intreccio tra sfera sociale e parasociale, si riflette nell'accettazione a livello pratico dei risvolti, interessanti anche sul fronte teorico, che



giustificano e anticipano in un certo senso, le conseguenze notevoli che si stanno affermando dall'applicazione di questo istituto. Ne deriva un sistema caratterizzato da notevole snellezza nei traffici giuridici, che non sono più costretti a ricorrere a strumenti ambigui quali intestazioni fittizie o fiduciarie e alla maggiore garanzia che la *socializzazione* degli accordi parasociali offre ai soci una forma di tutela obbligatoria.

Tutte queste previsioni alternative si inseriscono a pieno titolo nella filosofia legislativa che sta alla base dell'intento principale di questo strumento, teso proprio a mettere a disposizione delle imprese e degli imprenditori quanti più strumenti possibili per una corretta ed efficiente definizione degli interessi possibili e talvolta contrapposti. Si pensi ad esempio a quanto accade con riferimento alla necessità di esprimere secondo regole che non rispecchiano il valore dei conferimenti gli amministratori della società, o anche l'esigenza di misurare i diritti sociali in modo autonomo rispetto alla quota dell'ammontare della partecipazione alla formazione del capitale, che trova nelle assegnazioni non proporzionali inserite nei patti parasociali una delle principali alternative da percorrere.

Ci si propone pertanto, di utilizzare questo strumento di flessibilità come elemento idoneo a contribuire alla forte espansione del contenuto complementare al testo dello statuto, come tassello di un mosaico più ampio in grado di restituire alla realtà societaria la versatilità che i tempi hanno richiesto e che i soci stessi hanno auspicato, nella forma delle pattuizioni parasociali intese come portatrici dell'ampia autonomia contrattuale riconosciuta alle parti e sul quale la sensibilità degli interpreti e dei legislatori dovrà essere sempre massima.

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., Diritto delle società, Manuale breve, Milano, 2012
- AA.VV., Le società: autonomia privata e suoi limiti alla riforma, Milano, 2003
- ABRIANI N., Il divieto di patto leonino, Milano, 1994
- ABRIANI N., La struttura finanziaria delle società di capitali nella prospettiva della riforma, in Riv. Dir. Comm., I, 2002
- ACQUAS B., Misura dei conferimenti e criterio di ripartizione di utili e perdite, in Società, n.1, 2010
- ANGELONI F., Imprenditori e società, Roma, 1952
- BARCELLONA E., Clausole di put & call a prezzo predefinito fra divieto di patto leonino e principio di corrispettività, Milano, 2004
- BARCELLONA E., Clausole di put & call a prezzo predefinito, Milano, 2004
- BARUCCI A., *Il private equity in Italia: mercato e contesto normativo*, Torino, 2005
- BERTONE J., sub artt. 2337-2341, in Costituzione - Conferimenti, a cura di Notari M., in Commentario alla riforma delle società, diretto da Marchetti P., Bianchi L.A., Ghezzi F., Notari M., Milano, 2008
- BIANCA C.M., Diritto civile, vol. III, Il contratto, Milano, 2000
- BUONOCORE V., Fallimento e impresa, Napoli, 1969
- BUSSOLETTI M., Società in accomandita semplice, in Enc. dir., XLII, Milano, 1990
- CAGNASSO A.-PANZANI L., Le nuove S.p.a., vol. II, Azioni. Strumenti finanziari partecipativi e obbligazioni, Bologna, 2013
- CALAMANDREI P., Prestazioni e compensi dei promotori della società per azioni, nota a Cass., 5 febbraio 1942, in Riv. dir. comm., II, 1942
- CALVOSA L., La clausola di riscatto nella società per azioni, Milano, 1995
- CAMPOBASSO G.F., Diritto commerciale, vol. II, Diritto delle società, Torino, 2018
- CARITÀ F., Codice commentato delle società, a cura di Abriani N. e Richter M.S., Artt. 2247.2483 c.c., Milano, 2010, Società per azioni, *sub art. 2341 bis*
- CAVANNA M., Partecipazione e “diritti particolari” dei soci, in La Nuova S.r.l., diretto da Sarale M., Bologna, 2008
- CHOLEY-COMBE, Nota sentenza 6 giugno 1990: D. 1992. 56  
Companies Act, 2006
- COSTI R., L'azionista accomandatario, Padova, 1969
- COTTINO G., Le società di persone, Zanichelli Editore, 2019
- COTTINO G., Le Società, vol. I, tomo II, Padova, 1999
- CUCINELLA G., Codice commentato delle società, a cura di Abriani N. e Richter M.S., Artt. 2247.2483 c.c., Milano, 2010, Società di persone, *sub art. 2262*
- DE LUCA N., Nota a Cass. Civ., 04 luglio 2018, n. 17498, Il socio “leone”. Il revirement della Cassazione su opzioni put a prezzo definito e divieto del patto leonino
- DE LUCA N.-PERRECA F., Patti parasociali di gestione e condotte predatorie. Spunti di riflessione, in Società, n. 6, 1° giugno 2021
- DENIS C. – HUZINGA H. – NICODEME G., *Foreign ownership in Europe: determinants and tax consequences*, diretto da Huzinga H. – Jonung L., *The internationalization of asset ownership in Europe*, Cambridge, 2005

DENOZZA F., Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali, Milano, 1973

DI SABATO F., Manuale delle società, Torino, 1990

DONATIVI V., *sub art. 2341-bis*, in Commentario Niccolini G.-Stagno d'Alcontres A., Napoli, 2004

DUFFY M.J., *Shareholders' agreements and shareholders' remedies contract versus statute?*, Bond Law Review, Vol. 20, Issue 2, Article 1, *The Berkeley Electronic Press*, 2008

FERRAN, *Company Law and Corporate Finance*, 1999

FERRARA JR. G. – CORSI F., Gli imprenditori e le società, Milano, 2006

FERRI G., Delle Società, in Commentario del codice civile, a cura di Scialoja A. e Branca G., Bologna, 1962

FERRI G., Le società, Torino, 1971

FIGÀ TALAMANCA G., Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale, Milano, 1997

GALGANO F., Degli amministratori di società personali, Padova, 1954

GALGANO F., *sub art. 2341*. Della società per Azioni, Commentario del Codice civile di Scialoja A. e Branca G, diretto da F. Galgano, vol. I, Bologna – Roma, 2005

GALGANO F., Trattato di diritto civile, Padova, 2011

GENGHINI L., Le società di persone, II edizione, Padova, 2021

GOWER L.C.B., Pollock on partnership, Fifteenth edition by, LL.M., London, 1952

GRAZIANI A., Diritto delle società, Napoli, 1962

GRAZIANI A., Patto leonino e contratto di garanzia, in *Giur. comp. dir. comm.*, VI, 1941

GUGLIELMETTI R., I limiti del potere dell'assemblea di non distribuire periodicamente gli utili, in *Soc.*, 2011

GUGLIELMUCCI L., Lo smobilizzo delle partecipazioni nei patti parasociali delle finanziarie regionali private, in *Riv. soc.*, 1980

HEENEN J., *Partnership and other personal associations for profit*, in *International Encyclopedia of comparative law. XIII. Business and Private Organizations*, Tübingen, 2006

ITTOIA – Income Tax Trading and Other Income Act, 2005

L. 29 dicembre 1993, n. 580

L. 4 gennaio 1978, n. 78-9, "Modifica del titolo IX del libro III del codice civile", *JORF* del 5 gennaio 1978

MARASÀ G., Le società. Società in generale, Milano, 2000

Massima Commissione Società, 16 giugno 2020, n. 189, Clausole che pongono un tetto massimo al diritto agli utili (artt. 2247, 2265, 2350 e 2433 c.c.), con nota bibliografia di BORIO M.

MAZZAMUTO S., I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa, in *Contratto e impresa*, 2004, n. 3, 1° settembre 2004

MEO G., Le società di capitali. Le società con azioni quotate in borsa, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 2002

MINERVINI G., Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino, in *Contratto e impresa*, 1988

MINERVINI G., Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino, in *Contr. e impresa*, 1998

OPPO G., Contratti parasociali, Milano, 1942

PAGLIANI A., Le Società, 10, 1° ottobre 1995

Paris, 5 déc. 1983: D. 1984. IR. 392, obs. Bousquet et Selinsky; Defrènois 1984. 1411, obs. J. Honorat. V aussi Paris, 22 oct. 1996: JCP 1997. I. 4012, N. 3, obs. Viandier et Caussain

Partnership Act, 1890

PIAZZA G., La causa mista credito-società, in *Contratto e impr.*, 1987

PICCIAU A., *sub art. 2341- bis c.c.*, in Commentario alla riforma delle società, a cura di Marchetti P. - Bianchi L.A.- Ghezzi F.- Notari M., Artt. 2325-2345 c.c., Milano, 2007

PREITE F. – BUSI C., Trattato società di persone, Torino, 2015

R.C. ANSON BANKS, LL.B., Lindley and Banks on partnership, Sixteenth Edition by London, 1990

RAGUSA MAGGIORE G., Trattato delle società, I – Le società in generale, Le società di persone, Padova, 2000

RESCIGNO P., Trasformazioni di società e responsabilità del socio, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1959

RESCIO G.A. – SPERANZIN M., *sub art. 2341-bis*, in Commentario Gabrielli, Torino, 2015

RUPERTO C., in Comm. Del Codice civile, Torino, 1975

SANTAGATA R., Dai patti di retrocessione a prezzo garantito alle azioni “redimibili”. Una rilettura del divieto del patto leonino nella S.p.A. riformata, in Riv. dir. comm., 2013

SANTONI G., *sub art. 2341- bis c.c.*, in Commentario Sandulli-Santoro, 2/I, Torino, 2003

SFAMENI P., Azioni di categoria e diritti patrimoniali, Giuffrè Editore, 2008

SFAMENI P., Commento all’art. 2350 c.c., in Azioni, a cura di Notari M., in Commentario alla riforma delle società diretto da Marchetti. P. – Bianchi L.A. – Ghezzi F. – Notari M., Giuffrè, 2008

SIMONETTO E., Responsabilità e garanzia nel diritto delle società, Padova, 1959

SPOLIDORO M.S., Clausole put e divieto di società leonina, in Riv. Delle società, n. 5/6, 2018

SRAFFA A., Patto leonino e nullità del contratto sociale, in Riv. dir. comm., I, 1915

TERRANOVA G., Il divieto del patto leonino: un’analisi comparata alla luce della recente riforma del diritto belga, in Le Nuove Leggi Civili Commentate, n. 3, 1° maggio 2020

THOMAS-RYAN, *The Law and Practice of shareholders’ agreements*, Butterworths, 2000

TORSELLO M., Saggio sulla partecipazione a scopo di finanziamento e patto leonino parasociale, in Contr. e impr., 2000

TRABUCCHI A., Istituzioni di diritto civile, Diritto Commerciale, Padova, 2018

TRONCI L., Distribuzione di utili e riserve, Profili patrimoniali e finanziari, Giuffrè Editore, 2017

VASSALLI F., Responsabilità d’impresa e potere di amministrazione nelle società personali, Milano, 1974

ZABBIA A., Codice commentato delle società, a cura di Abriani N. e Richter M.S., Artt. 2247-2483 c.c., Società di persone, *sub art. 2267*

## Giurisprudenza italiana e straniera

App. Bologna, 21 maggio 1994

App. Milano 25 marzo 1986

*Bond v Pittard*, (1838) 3 M. & W. 357

*Braganza v BP Shipping Limited* [2015] UKSC 17, The Supreme Court of United Kindom, 18 marzo 2015, Neutral citation number: (2015) UKSC 17, Case ID: UKSC 2013/0099

*Bucks v. Bowers*, High Court of Justice, Chancery Division, 12 december 1969, 46 TC 275, HMRC state in BIM 72055

Cass. 11 marzo 1993, n. 2959

Cass. 12 settembre 1970, n. 1401, in Mass. Foro it., 1970

Cass. 17 febbraio 1996, n. 1240

Cass. 20 aprile 1995, n. 4454  
Cass. 22 gennaio 1960, n. 98  
Cass. 22 giugno 1963, n. 1618, in Giust. civ., I, 1963  
Cass. 25 marzo 1966, n. 787, in Giust. civ., II, 1966  
Cass. 29 luglio 1930, n. 2929, in Riv. dir. comm., II, 1932  
Cass. 29 ottobre 1975, n. 3644  
Cass. 29 ottobre 1994, n. 8927  
Cass. 30 maggio 1941, n. 1618, in Riv. dir. comm., II, 1942  
Cass. 31 dicembre 2013, n. 28806, in Società, 2014, 3  
Cass. 4 luglio 2018, n. 17489  
Cass. 6 febbraio 1965, n. 187  
Cass. S.U., 16 febbraio 2015, n. 3022  
Cass. Sez I, 31 dicembre 2013, n. 28806  
Cass. Sez. I, 10 novembre 2005, n. 21832  
Cass. Sez. I, 5 novembre 1999, n. 12310  
Cass. Sez. I, 7.12.1995, n. 12628  
Cass. Sez. II, 30 agosto 2013, n. 19985  
Cass., 20 marzo 2001, n. 3980  
Cass., 21 gennaio 2000, n. 642  
Cass., 22 giugno 1963, n. 1686  
Cass., 27 febbraio 2009, n. 4820, in Società, 2009  
Cass., 28 maggio 2004, n. 10271  
Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927  
Cass., 4 luglio 2018, n. 17498  
Cass., 5 giugno 1985, n. 3356  
Cass., Sez. I, 12 dicembre 2007, n. 26012  
Cass., sez. I, 14267/2006  
Cass., Sez. I, 15 marzo 1961, n. 580  
Cass., Sez. I, 2.8.1995, n. 8468  
Cass., Sez. I, 29 dicembre 1966, n. 2972  
Cass., Sez. I, 31 luglio 2008, n. 20891  
Cass., sez. I, 5 marzo 2008, n. 5963  
Cass., Sez. II, 16 settembre 2004, n. 18653  
*Conseil d'Etat*, 10-9 SSR, 6 ottobre 2020, n. 307969  
*Conseil d'Etat*, 7-8-9 SSR, 26 aprile 1976, n. 93212  
*Coope v Eyre*, English Court of Common Pleas (1788), 1 H. Bl. 3  
*Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, 7 dicembre 2017, n. RG. 16/07376  
*Cour de Cassation, Chambre civil 1*, 2 marzo 2004, n. 01-14.243

*Cour de Cassation, Chambre civil 1*, 21 marzo 2000, n. 98-14.933

*Cour de Cassation, Chambre civil 3*, 18 aprile 2019, n. 18-11.881

*Cour de Cassation, Chambre commerciale*, 10 gennaio 1989, n. 87-12.155

*Cour de Cassation, Chambre commerciale*, 20 maggio 1986, n. 85-16.716

*Cour de Cassation, Chambre commerciale*, 24 maggio 1994, n. 92-14.380

*Dear and Griffith v Jackson* [2013] EWCA Civ 89, Court of Appeal (Civil Division), 22 febbraio 2013, Neutral Citation Number: (2013) EWCA Civ 89, Case No: A3/2012/2118

*Franklin v CIR* [1930] 15 TC 464

*Jeffrey v Bamford* (1921), 2 K.B. 351

*M Young Legal Associates Ltd v Zahid* 2006 EWCA Civ 613

*Mid Essex Hospital NHS Trust contro Compass Group UK and Ireland Ltd* [2013] EWCA Civ 200, Court of Appeal (Civil Division), 15 marzo 2013, Case No: A2/2012/0883

*Peter John Tribe v. Elborn Mitchell LLP*, High Court of Justice, Business and property courts of England and Wales business list (ChD), 6 luglio 2021, Neutral citation number: (2021) EWHC 1863 (Ch), Case No: BL-2018-00165

*Russel v. Northern Bank Development Corp. LTD*, House of Lords, 11 giugno 1992, UKHL J0611-1, Case No: 1 WLR 588

*Sally v Southern Health and Social Services Board* del 1992, 1 AC 294.

*Shurbanova v Forex Capital Markets Ltd* [2017] EWHC 2133 (QB), England and Wales High Court, 22 agosto 2017, Claim No: LM-2016-000018

Trib Trieste, 2 giugno 1994 in Società, 1995

Trib. Milano, 11 settembre 2003, Giur. comm., II, 2004

Trib. Milano, 11 settembre 2003, Giur. comm., II, 2004

Trib. Milano, 13 gennaio 1983

Trib. Milano, 22 ottobre 2014, in Società, II, 2015

Trib. Milano, 24 febbraio 1992, Giur. italiana, I, 1993

Trib. Milano, 7 febbraio 2003, Giur. milanese 2003

Trib. Monza, 15 gennaio 1997, in Società, 1997

Trib. Sciacca, Sez. I, 6 dicembre 2021, n. 478

Trib. Udine, 5 dicembre 1997 in Società, 1998

Trib. Verona, 9 febbraio 1989 in Società, 1989

*Watson v Watchfinder.co.uk ltd* [2017] EWHC 1275 (Comm), England and Wales High Commercial Court, 25 maggio 2017, Neutral Citation number: (2017) EWHC 1275 (Comm), Claim No: CI-2016-464

*Wood v Capita Insurance Services* [2017] UKSC 24, The Supreme Court of United Kindom, 29 marzo 2017, Neutral citation number: (2017) UKSC 24, Case ID: UKSC 2015/0212