

CORTE DI CASSAZIONE — Sez. lav. — 12 luglio 2002 n. 10144 — Pres. De Musis — Est. Celentano — P.M. Apice (concl. diff.) — Banca Intesa s.p.a. (avv. Flauti, Robino) c. De Angelis Frua s.p.a. e a.

(Conferma App. Milano 2 dicembre 1998).

[7968/1332] Società di capitali - Modificazioni - Diritto di recesso - Legittimazione del creditore pignoratizio delle azioni - Esclusione - Conservazione del diritto in capo al socio debitore. (C.c., art. 2352, 2437, 2790, 2795).

[7308] Responsabilità patrimoniale - Conservazione della garanzia patrimoniale - Azione surrogatoria - Diritto di recesso ex art. 2437 c.c. - Mancato esercizio del diritto da parte del socio - Esercitabilità in via surrogatoria - Esclusione. (C.c., art. 2437, 2900).

Il creditore pignoratizio delle azioni — ancorché, ai sensi dell'art. 2352 c.c., a lui compete, in luogo del socio suo debitore, il diritto di voto (anche) nelle deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto o del tipo di società o il trasferimento della sede sociale all'estero — non è legittimato ad esercitare il diritto di recesso di cui all'art. 2437 c.c., configurandosi questo come atto di disposizione in ordine alla partecipazione sociale, di esclusiva spettanza del socio, ed essendo d'altra parte la tutela del creditore pignoratizio affidata, in presenza di una diminuzione del valore delle azioni conseguente a quei deliberati mutamenti societari, all'istituto della vendita anticipata ex art. 2795 c.c. (1).

L'esercizio del potere surrogatorio è escluso per i diritti connessi con una qualità del loro titolare. Ne consegue che il diritto di recesso da una società per azioni, essendo strettamente collegato al carattere personale delle valutazioni che l'azionista è chiamato a compiere in ordine allo status di socio ed al contenuto ed al significato della partecipazione societaria, non può essere esercitato in via surrogatoria ex art. 2900 c.c. dal creditore pignoratizio di cui all'art. 2352 c.c. (2).

(Massime ufficiali).

(Omissis). — Con tre motivi la banca ricorrente ha denunciato:

1) in ordine alla negata validità della dichiarazione di recesso dalla De Angelis Frua s.p.a., espressa dal Banco Ambrosiano Veneto quale creditore pignoratizio, per asserito difetto della sua legittimazione all'esercizio del recesso di cui all'art. 2437 c.c., « la violazione e falsa applicazione di norme di diritto, e in particolare degli art. 2437, 2352 e 2795 c.c. nonché l'insufficiente e comunque errata e contraddittoria motivazione sul punto decisivo della ratifica della dichiarazione di recesso, intervenuta ad opera del debitore costituente il pegno delle azioni (la Iniziative Industriali s.p.a.) e per esso, da parte della curatela del suo fallimento »;

2) in ordine alla negata validità dell'esercizio del diritto di recesso in via surrogatoria, « la violazione e falsa applicazione di norme di diritto, e in particolare degli art. 2900 e 2437 c.c. e comunque errata e contraddittoria motivazione su punto decisivo »;

3) in ordine all'affermazione contenuta nella sentenza impugnata, secondo la quale il diritto di recesso sarebbe stato comunicato oltre il termine di cui all'art. 2437, comma 2, c.c., questione non disaminata dalla Corte di merito, perché ritenuta assorbita, « l'omessa motivazione su punto decisivo ».

Il primo motivo non ha fondamento.

La Corte di merito, argomentando sulla base della norma dell'art. 2792 c.c. e del coordinamento secondo criteri di razionalità logico-sistematica della norma dell'art. 2352 con l'altra dell'art. 2437 c.c., ha giustamente negato la legittimazione del Banco Ambrosiano Veneto, quale creditore pignoratizio delle azioni, all'esercizio del recesso ex art. 2437 c.c.

Deduce la ricorrente, denunciando l'erroneità del giudizio, che la Corte abbia « omesso di dare il giusto rilievo alla norma dell'art. 2352 c.c. e alla sua ratio, costituendo essa il riconoscimento, da parte del legislatore, dell'esigenza del creditore pignoratizio di tutelare il valore della garanzia costituita da partecipazioni di capitale, esigenza prevalente rispetto a quella del socio ».

Richiama la pronuncia di questa Corte n. 2698 del 1961 per il principio che « il fondamento della previsione » (contenuta nella norma circa l'attribuzione al creditore pignoratizio del diritto di voto) è l'attribuzione al creditore pignoratizio di una tutela del suo diritto di garanzia in coerenza con la natura di tale diritto e del normale intento pratico delle parti. E ciò ammesso, deve escludersi carattere di eccezionalità della disposizione.

E ancora deduce che « l'attribuzione per ogni delibera di qualsivoglia natura e contenuto del diritto di voto al creditore pignoratizio, lo scopo di tutelare il valore del suo diritto reale di garanzia e il preminente carattere patrimoniale del diritto di partecipazione sociale nella società commerciale di capitali costituiscono i parametri interpretativi in forza dei quali non si può non attribuire al creditore pignoratizio la legittimazione ad esperire la dichiarazione di recesso di cui all'art. 2437 c.c., perché ritenere, al contrario, che il diritto di recesso non possa essere esercitato dal creditore pignoratizio e che debba restare nella discrezionalità del socio sarebbe, da una parte, in palese contrasto con la tutela del diritto reale di garanzia riconosciuta al creditore pignoratizio e sarebbe, d'altra parte, contraddittorio con la facoltà spettante allo stesso creditore pignoratizio di deliberare lo stesso scioglimento del rapporto sociale; sarebbe, infine, in contrasto con il fatto che attribuire il diritto di voto per ogni delibera al creditore pignoratizio a tutela del suo diritto reale di garanzia si risolverebbe in una vuota proposizione, che resterebbe senza contenuto se non si riconoscesse che con il diritto di voto spetta anche quanto con tale diritto è in connessione ».

1. Un solo argomento sembra, *prima facie* proponibile, a sostegno della tesi che, nell'ipotesi dell'art. 2352 c.c., la legittimazione al recesso spetti al creditore pignoratizio: potrebbe, infatti, sostenersi che rispetto alle deliberazioni previste dall'art. 2437 c.c., alle quali, come ad ogni altra perché la norma non distingue, è ammesso al voto il creditore pignoratizio, dovrebbe ritenersi che la tutela della garanzia pignoratizia e il potere di operare, attraverso il voto, per la conservazione del valore delle azioni, non possano esaurirsi nella manifestazione del voto di dissenso perché questo non sarebbe sufficiente alle ragioni di tutela del creditore pignoratizio, alle quali l'attribuzione del diritto di voto è strumentale. Ma è argomento soltanto suggestivo, irrilevante e di nessun peso perché in senso contrario militano considerazioni di ordine teorico e sistematico relative sia alla *ratio* dell'attribuzione del voto sia alla configurazione del recesso e del relativo significato dell'esercizio del diritto, nonché il dato normativo.

È vero che la norma dell'art. 2352 c.c. crea un'interferenza della garanzia pignoratizia del creditore con le ragioni societarie dell'azionista debitore costituente del pegno, e tuttavia la tutela del creditore non può non essere ricercata secondo quella che viene definita la « prospettiva dominicale », ossia in coerenza con le sue ragioni di garanzia reale, all'interno del rapporto che la costituzione del pegno stabilisce tra esso creditore e il debitore e dunque nella disciplina normativa dello specifico diritto reale di garanzia, piuttosto che nelle norme e negli istituti che riguardano la partecipazione societaria del debitore. Soccorre allora, ai fini della tutela, e quale mezzo all'uopo apprestato dalla stessa disciplina codicistica del pegno, la vendita anticipata della cosa di cui all'art. 2795, cui già la Corte di merito si è riferita, mezzo di tutela che può essere visto in parallelo con la facoltà di recesso, alla quale viene comunemente assegnata la natura di « presidio di tutela delle minoranze azionarie e delle ragioni di partecipazione del singolo alla società e delle condizioni del proprio investimento » attraverso la possibilità di « recuperare il capitale investito » in presenza di quei significativi mutamenti indicati nell'art. 2437 c.c., sicché resterebbe esclusa, proprio sul fondamento di tale parallelismo di tutela attraverso mezzi rispettivamente apprestati al creditore dalla disciplina del pegno e al debitore azionista dalla disciplina societaria, che l'attribuzione del diritto di voto al creditore pignoratizio debba comportare l'attribuzione allo stesso anche del diritto o facoltà di recesso.

2. È altresì vero che il voto è attribuito al creditore pignoratizio nell'interesse specifico di questo in funzione di una tutela conservativa del valore patrimoniale delle azioni date in pegno, e tuttavia rileva che nella norma dell'art. 2352 c.c. non vi sia deroga alcuna alla disciplina del diritto reale di pegno qual è configurata dalle norme degli art. 2784 ss. c.c., sicché l'attribuzione del diritto di voto al creditore non può non coordinarsi con tale disciplina. La norma non esprime, dunque, un trasferimento della posizione societaria in

capo al creditore pignoratizio ma attribuisce a questo, con disposizione peraltro derogabile dalle parti (il che significativamente attenua la forza del termine spetta adoperato dal legislatore), il diritto di voto in funzione semplicemente conservativa della *res* (del valore delle azioni: in dottrina è stato giustamente osservato che l'oggetto « sostanziale » del pegno di azioni è costituito non dai diritti facenti parte o derivanti dalla partecipazione societaria o dai beni ricompresi nel patrimonio sociale bensì dal valore dei titoli dati in garanzia), donde il principio giurisprudenziale (v. per quest'ultima, la sentenza n. 7614 del 1996 di questa Corte, in tema di usufrutto di quota, ma il principio di diritto è comune al pegno) secondo il quale il creditore esercita sì un diritto proprio ma nell'esercizio dello stesso egli deve astenersi da comportamenti che possano arrecare pregiudizio al titolare delle azioni e in particolare da modi di esercizio del diritto di voto che possano compromettere la conservazione del valore economico della partecipazione societaria (le c.d. ragioni societarie essendo salvaguardate in ogni caso dalla validità del voto espresso in assemblea e dalla validità della deliberazione che l'assemblea abbia adottato con il concorso, quale che sia stato, del voto del creditore pignoratizio).

L'attribuzione del diritto di voto in funzione, come si è detto, conservativa del valore delle azioni date in pegno, e degli altri diritti sociali minori (richiesta di convocazione dell'assemblea, di informativa nello svolgimento di essa, di impugnazione delle deliberazioni invalide — per quest'ultimo v. Cass. n. 3422 del 1977) dei quali pure si ammette l'esercizio da parte del creditore pignoratizio, segna dunque il limite dell'interferenza dinanzi rilevata.

Tali considerazioni di ordine sistematico, ricostruttive della fattispecie in coerenza con il dato normativo, impongono di porre in primo piano quest'ultimo, e segnatamente la norma dell'art. 2790 c.c. circa l'obbligo del creditore pignoratizio di custodire la cosa data in pegno e la sua responsabilità, secondo le regole generali, per la perdita e il deterioramento della cosa stessa.

Si profila del tutto evidente l'impossibilità giuridica, sul piano normativo e sistematico, di configurare in capo al creditore pignoratizio di cui all'art. 2352 c.c. un potere di disposizione in ordine alla partecipazione societaria del suo debitore.

3. Il recesso di cui all'art. 2437 c.c.

In nessun modo si dubita — e la Corte di merito lo ha già correttamente rilevato — che il diritto di recesso abbia un contenuto patrimoniale. Una volta esercitato, si traduce, assume, infatti, quella diversa configurazione di diritto alla liquidazione delle azioni, al rimborso del valore di queste. Ma tale contenuto patrimoniale non esaurisce la natura del diritto di recesso perché questo, quale tipica e del tutto particolare (nell'ambito del vincolo sociale) situazione soggettiva attiva, funzionale alla tutela del socio dissenziente in ordine al deliberato mutamento delle originarie condizioni, si ricollega pur sempre alla partecipazione societaria *lato sensu* e alla complessità inscindibile della posizione che al socio deriva dalla titolarità dell'azione. Tale diritto di recesso si configura, dunque, come diritto a contenuto dispositivo, il cui aspetto patrimoniale non è limitato al credito che nasce in conseguenza del suo esercizio, ma investe l'intera, complessa, situazione soggettiva derivante dalla partecipazione societaria. L'esercizio del recesso è dunque atto di disposizione e in quanto tale, non può non restare in capo al socio, come atto che naturalmente rientra nelle sue facoltà in ordine alla partecipazione societaria, anche allorché il socio medesimo abbia costituito in pegno le azioni delle quali sia titolare. In tal senso può anche parlarsi di « personalizzazione » (nel senso, appunto, che resti comunque riservata al socio) della facoltà o diritto di recesso.

I limiti normativi delle attribuzioni del creditore pignoratizio, quali emergono dalle norme degli art. 2352, 2790 c.c., e il significato e le conseguenze societarie dell'esercizio della facoltà di recesso ex art. 2437 c.c. si pongono dunque di ostacolo a ritenere che la costituzione del diritto di pegno sulle azioni implichi il trasferimento in capo al creditore pignoratizio della disponibilità della partecipazione societaria del suo debitore e, a monte, delle scelte in ordine alla stessa (mantenere o non il vincolo associativo in presenza dei deliberati mutamenti dell'oggetto sociale o del tipo societario ecc., in relazione alle ragioni e alle valutazioni relative all'investimento del suo capitale).

Concorda sul punto la dottrina, anche quella che la norma dell'art. 2352 c.c. ricostruisce nella prospettiva societaria, piuttosto che nell'ottica della garanzia pignoratizia, e considera

che « l'attribuzione al creditore sarebbe in contrasto con il divieto di uso della cosa, non necessario alla sua conservazione (art. 2792 c.c.), norma questa che è derogata dall'art. 2352 soltanto per il diritto di voto, ferma la non estensibilità al diverso atto di disposizione del bene, qual è il recesso » (ciò indipendentemente dalle ragioni che, sul piano strettamente esegetico nonché su quello della ricostruzione logico-sistemica, altra dottrina ricava dall'aver la norma stessa dell'art. 2352 c.c. mantenuto in capo al debitore pignoratizio la titolarità del diritto di opzione, ossia il « diritto di decidere in ordine alle modifiche quantitative » della propria partecipazione societaria).

4. In ordine alla c.d. « ratifica » da parte del curatore fallimentare della Iniziative Industriali s.p.a., socio azionista della Soc. De Angelis Frua, si osserva quanto segue.

Sotto il profilo della violazione di legge, la ricorrente deduce che muovendo dal riconoscimento, cui pure i giudici dell'appello erano pervenuti, della natura patrimoniale dei diritti connessi alla partecipazione societaria in una società di capitali, si sarebbe dovuto conseguentemente riconoscere anche « che il curatore del fallimento era pienamente legittimato ad esprimere la volontà della società con riferimento, appunto, ai diritti di carattere patrimoniale », mentre sotto il profilo della denunciata inadeguatezza della disamina sul punto, la stessa ricorrente deduce che sia stata sostanzialmente trascurata da quei giudici, proprio a cagione dell'errore di diritto per il profilo della provenienza della dichiarazione, la circostanza, « di per sé determinante », della « ratifica » da parte del debitore pignoratizio e, per esso, da parte del curatore del suo fallimento-ratifica avente efficacia retroattiva ex art. 1399 c.c.

Avendo la Banca ora ricorrente dedotto a motivo di gravame (v. la sentenza impugnata, nella parte in cui riassume le censure sul punto della legittimazione al recesso, segnatamente *sub* lett. I) che « lo stesso socio azionista Iniziative Industriali s.p.a. aveva manifestato la volontà di recedere a mezzo del proprio creditore pignoratizio », la Corte di merito ha rilevato che « tale riconoscimento non proveniva dal socio Iniziative Industriali, ma dal curatore del suo fallimento » e a tale rilievo ha assegnato valore (negativo) decisivo e assorbente, omettendo ogni altra considerazione sul punto.

Il rilievo in questione, che evidentemente presuppone un (inespresso) giudizio negativo della stessa Corte circa la possibilità che la suddetta dichiarazione « di riconoscimento » proveniente dal curatore fallimentare del socio valesse a conferire efficacia giuridica alla dichiarazione di recesso manifestata dal Banco creditore pignoratizio, la cui legittimazione diretta era stata già esclusa, non tiene conto della circostanza che, una volta intervenuto il fallimento (s'intende, a cagione della sua insolvenza quale imprenditore) del socio azionista, non altri che il curatore sarebbe stato legittimato all'esercizio dei diritti e delle facoltà a contenuto patrimoniale che già spettavano al socio, dovendosi gli stessi, per di più, essere acquisiti al procedimento concorsuale.

Ma, riconosciuto tale errore e rilevata anche l'effettiva, e ad esso conseguente, manchevolezza della disamina condotta dai giudici dell'appello, che non è stata estesa a tutti i profili di diritto sotto i quali l'intervenuta dichiarazione di ratifica, la sua rilevanza giuridica e la sua efficacia retroattivamente sanante erano state prospettate dalla Banca appellante, può procedersi in questa sede, sul fondamento della norma dell'art. 384, comma 2, c.p.c. e sulla base delle stesse prospettazioni della ricorrente, all'integrazione della motivazione, atteso che una più esauriente valutazione in termini di diritto della suddetta dichiarazione di « ratifica » non conduce a decisione diversa da quella alla quale è pervenuta la Corte di merito, nel senso della inefficacia della ratifica stessa, e nulla toglie alla conformità al diritto della decisione finale di rigetto dell'opposizione.

La norma dell'art. 384, comma 2, c.p.c., intesa secondo la sua *ratio*, può infatti consentire che resti superata la necessità dell'annullamento della sentenza nell'ipotesi in cui, riconsiderati quei profili di diritto di un fatto o di un atto o di un negozio giuridico dedotto dalla parte che il giudice di merito abbia trascurato, e in tal modo integrata la motivazione della sentenza, non debba restare mutata la decisione finale raggiunta dal giudice di merito circa la rilevanza o l'irrilevanza giuridica nel medesimo fatto o atto o negozio giuridico.

Può infatti ritenersi contrario a detta *ratio* della norma che per la disamina dei suddetti profili di diritto debba disporsi l'annullamento con rinvio anche allorché sia prefigurabile un esito di conferma, nella sede di rinvio, della sentenza sul medesimo punto, in altri termini,

allorché la più completa disamina della fattispecie — ritenuta questa nella configurazione in cui è stata dedotta e non contrastata o in cui è stata accertata nel giudizio di merito — non debba portare, in ordine alla stessa, a conseguenze decisorie diverse da quelle che il giudice di merito ha raggiunto pur nella sua incompleta disamina.

Nel caso di specie, risulta di immediata evidenza che le prospettazioni della ricorrente, già di per sé considerate, non arrecano sostegno alcuno alle tesi svolte nel ricorso sul punto specifico del preteso riconoscimento di una qualche efficacia giuridica, in forza della successiva dichiarazione di « convalida e ratifica » (in ogni caso esulante dalla fattispecie tipica configurata dagli art. 1398 e 1399 c.c. atteso che la ricorrente ha sempre dedotto, nei gradi di merito e con il ricorso in esame, di aver manifestato il recesso in proprio, nella sua qualità di creditore pignoratizio delle azioni: v. p. 3 del ricorso) proveniente dal curatore fallimentare, alla dichiarazione di recesso.

Deve infatti considerarsi a) che, pur ricondotto il caso di specie, nei termini nei quali è enunciato dalla ricorrente, ad una situazione nella quale avrebbe potuto operare il principio generale dell'efficacia mediante ratifica successiva della dichiarazione negoziale resa dal soggetto non legittimato, non è dubbio che detta ratifica o approvazione debba intervenire tempestivamente allorché un termine di decadenza sia previsto per la dichiarazione è il caso del recesso *ex art. 2437 c.c.* il cui termine è di decadenza (v. Cass. n. 5173 del 1999 e n. 12 del 1998, mentre per il principio del completamento della fattispecie entro il termine di decadenza v. Cass. n. 249 del 1989 e le altre conformi in essa richiamate) e per il caso di specie la stessa ricorrente ha dedotto, con il ricorso, che le deliberazioni 10 luglio 1991 della Soc. De Angelis Frua erano state iscritte presso il Tribunale di Milano il 3 ottobre 1991, che la sua dichiarazione di recesso era stata inoltrata il 18 ottobre 1991 mentre la dichiarazione di c.d. « ratifica » da parte del curatore fallimentare della Soc. Iniziative Industriali era stata resa il 31 marzo 1993, allorché il medesimo curatore aveva presentato la domanda di ammissione al passivo nel fallimento DAF per il credito corrispondente al valore delle azioni. E può ancora rilevarsi, b) che al momento in cui fu resa, tale dichiarazione del curatore fallimentare del socio azionista non avrebbe mai potuto concorrere alla produzione degli effetti di cui all'art. 2437 c.c. a cagione del già intervenuto (il 6 ottobre 1992, secondo quanto la ricorrente ha indicato: p. 3 del ricorso) fallimento della De Angelis Frua s.p.a. — situazione sopravvenuta, questa, che imprimeva tutt'altra sorte e destinazione al patrimonio di quest'ultima società e che anche poneva limiti intrinseci all'eventuale efficacia retroattiva della dichiarazione di ratifica.

Da tutto quanto considerato in ordine (la facoltà di) recesso deriva l'infondatezza del secondo motivo di ricorso. La Corte di merito ha infatti esattamente individuato i limiti dell'esercizio del potere surrogatorio *ex art. 2900 c.c.*

A) Per il caso di specie non risultano dedotti nei gradi di merito comportamenti del socio azionista s.p.a. Iniziative Industriali diversamente interpretabili, e dunque assume rilievo decisivo la considerazione che, in via generale, l'astensione da ogni tipo di iniziativa, il silenzio del socio circa ogni sua determinazione di seguito ad una deliberazione societaria avente il contenuto indicato dalla norma dell'art. 2437 c.c., non potrebbe essere interpretato, nella sua semplice oggettività di comportamento omissivo in astratto riferibile all'alternativa di ritiro dalla partecipazione societaria, come inerzia nell'esercizio del recesso, onde dell'esercizio in via surrogatoria della relativa facoltà difetterebbe il primo presupposto.

B) La norma dell'art. 2900 c.c. consente l'esercizio del potere surrogatorio — il cui fine è, nel sistema dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, quello di recuperare al patrimonio del debitore somme di danaro, beni o altre utilità economico-giuridiche che il debitore stesso trascuri di farvi rientrare omettendo l'esercizio dei relativi diritti ed azioni — soltanto in relazione a diritti ed azioni che abbiano contenuto patrimoniale, sempre che non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare. Resta dunque estraneo all'ambito oggettivo del potere surrogatorio l'esercizio di diritti o facoltà che, ricollegandosi all'autonomia che l'ordinamento assicura al soggetto, implicano il disporre di una situazione giuridica soggettiva.

In via generale l'esercizio del potere surrogatorio *ex art. 2900 c.c.* è escluso per quei diritti « qualificati come connessi con una qualità del loro titolare, in considerazione della

quale sarebbe attribuito a quest'ultimo il potere di risolvere a proprio favore una situazione di concorso con altri soggetti», configurazione questa che si attaglia ai diritti connessi allo *status* di socio, ed altresì, per quel che qui rileva considerare, in relazione all'esercizio di quei diritti il cui esercizio comporti e si risolva « in una modificazione che incida sul contenuto di una situazione o di un rapporto giuridico, ovvero sulla relativa titolarità ».

Proprio l'esercizio in via surrogatoria del potere di disposizione, quale il recesso *ex art.* 2437 c.c. implica, in relazione al carattere personale delle valutazioni che l'azionista è chiamato a compiere di fronte alla deliberazione indicata nella stessa norma dell'*art.* 2437 c.c., in ordine allo *status* di socio e al contenuto e al significato della partecipazione societaria, non può essere riconosciuto al creditore pignoratizio di cui all'*art.* 2352 c.c. se non violando i limiti normativi del potere surrogatorio, dinanzi individuati.

Tali conclusioni negative sono condivise dalla dottrina, alla quale si debbono le delimitazioni del potere surrogatorio dinanzi ricordate e che non trascura di richiamare, ancora attualmente e nella generalità delle trattazioni sulla materia, la sentenza 7 dicembre 1927 di questa Corte (l'unico precedente rinvenibile sulla questione, almeno in sede di legittimità) secondo la quale « il diritto di recesso da una società anonima è strettamente personale al socio e pertanto non può essere esercitato in via surrogatoria, *ex art.* 1234 c.c., dal creditore particolare di lui ».

Occorre aggiungere, venendone sollecitazione dal contenuto patrimoniale del diritto di recesso *ex art.* 2437 c.c., che se pur l'intervento del creditore in via surrogatoria deve ammettersi per quei diritti che il socio possa vantare nei confronti della società e nel cui esercizio si ravvisi « una pretesa a struttura creditoria », è evidente che debba trattarsi di diritti patrimoniali già acquisiti al socio, sicché, nel caso del recesso in questione, l'esercizio del potere surrogatorio, escluso per la facoltà di recesso, sarebbe ammissibile soltanto sulla base della dichiarazione in tal senso del socio, per il conseguimento del rimborso delle azioni, diritto che, appunto, può, esso sì, risultare configurato come a (semplice) struttura creditoria. Nella giurisprudenza di questa Corte è ricorrente l'affermazione che « per l'esperimento dell'azione surrogatoria non basta l'interesse generico che al creditore deriva dalla norma generale dell'*art.* 2740 c.c., ma occorre un interesse specifico determinato dal pregiudizio che alle ragioni del creditore può derivare dall'inerzia o dalla negligenza del debitore rispetto all'esercizio di diritti che allo stesso debitore competono nei confronti di terzi », ov'è messa in evidenza proprio la « struttura creditoria », nel senso dinanzi delineato, del diritto e della pretesa azionabile.

Per tali ragioni di infondatezza del primo e del secondo motivo, il ricorso va rigettato, restando assorbito — come già nella sentenza impugnata — il terzo motivo. (*Omissis*)

(1-2) [7968/1332] [7308] Pegno di azioni, diritti del creditore pignoratizio e recesso *ex art.* 2437 c.c.

1. La sentenza annotata, che ha deciso una specifica fattispecie presentatasi per la prima volta all'esame dei giudici di legittimità, induce ad alcune considerazioni sul disposto dell'*art.* 2352 c.c., e più precisamente sui diritti spettanti al creditore pignoratizio di azioni e sui rapporti correnti tra detto creditore ed il socio pignorato.

Nella parte in cui disciplina il pegno di azioni, il citato *art.* 2352 c.c. statuisce che il diritto di voto spetta, salvo disposizione contraria, al creditore pignoratizio (comma 1); riconosce al socio il diritto di opzione se detto diritto venga attribuito dalle azioni, regolandone poi la vendita in caso di mancato versamento (entro il termine di tre giorni dalla scadenza) delle somme necessarie per l'esercizio dell'opzione stessa (comma 2); legittima, infine, il creditore pignoratizio a vendere i titoli societari allorquando, essendo richiesti versamenti sulle azioni, il socio non abbia provveduto (almeno tre giorni prima della scadenza) a tali versamenti (comma 3) (1). L'impossibilità da parte del legislatore di disciplinare in maniera esaustiva tutte le fattispecie di possibile sovrapposizione di poteri tra socio e creditore pignoratizio, suscettibili di presentarsi nella realtà fattuale della gestione

(1) Sulle diverse problematiche relative alla legittimazione all'esercizio dei diritti inerenti alla partecipazione sociale, cfr. RIVOLTA, *Azioni e quote sociali: pegno di usufrutto, pegno di nuda proprietà e diritto di voto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 583 ss.

delle singole società, impone all'interprete il non agevole compito di accertare se sussistano diritti di esclusiva spettanza del socio, in relazione ai quali debba escludersi qualsiasi condizionamento da parte del creditore pignoratizio. In questa direzione la decisione in oggetto fornisce un utile contributo alla migliore comprensione di un diritto, quello appunto regolato dall'art. 2352 c.c., che, per il suo specifico oggetto, assume connotati propri e peculiari rispetto al pegno di beni mobili (o universalità di mobili) (art. 2786 ss.), di crediti o di altri titoli o valori (art. 2800 ss.) (2).

2. È stato affermato che il creditore pignoratizio non esercita il diritto di voto come socio ma per adempiere a quel dovere di attiva custodia che la legge pone a suo carico ed è stato anche precisato che il voto deve essere dato in base a criteri obiettivi e cioè per quelle finalità per cui il relativo diritto gli è attribuito affinché egli salvaguardi, nell'interesse sia proprio che del debitore, il valore dell'azione (3). Per quanto riguarda l'estensione del diritto, la norma codicistica non ne limita l'esercizio alle assemblee ordinarie sicché il creditore è legittimato al voto anche nelle assemblee straordinarie potendo così incidere gravemente sulla struttura della società fino all'ipotesi limite dello scioglimento anticipato, anche se non si dubita — a fronte della rilevanza e dell'autonomia di tale diritto — che allorché si provi che il titolare abbia agito non per il perseguimento degli interessi tipici di garanzia (o di godimento, nell'ipotesi di usufrutto di azioni) ma con l'esclusivo scopo di nuocere, o comunque per il perseguimento di un interesse in conflitto con quello dell'azionista (tipica l'ipotesi dell'eliminazione di un'impresa concorrente), vi sia materia per un'azione di danni del socio (4).

Incertezze si rinvenivano, di contro, in dottrina in relazione alla titolarità del potere di impugnativa delle delibere assembleari ex art. 2377 c.c. in quanto mentre risulta ampiamente condivisa l'opinione che detto potere spetti al creditore pignoratizio (o all'usufruttuario) in quanto connesso al diritto di voto e strettamente funzionale allo stesso (5), maggiori incertezze si rinvenivano, invece, in ordine alla configurabilità di una concorrente legittimazione del socio. Detta legittimazione da alcuni è stata ammessa sulla base dell'autonomia della posizione del socio rispetto a quella del creditore pignoratizio (e dell'usufruttuario) e dall'inesistenza — desumibile dalla disciplina delle azioni a voto limitato — di un collegamento necessario tra diritto di voto e potere di impugnativa (6); da altri, invece, ogni concorrente legittimazione è stata disconosciuta in forza della considerazione che qualsiasi richiamo alla posizione in cui versa il titolare di azioni a voto limitato si appalesa inconferente per la sua non omogeneità con quella del socio pignorato (o del concedente l'usufrutto) in ragione dei riflessi che su di essa scaturiscono dall'esistenza di un diritto reale. Si è al riguardo osservato che «la decisione di reagire o no alla delibera invalida e, successivamente ed eventualmente transigere o rinunciare all'azione, non sia che la logica proie-

(2) Per l'assunto che l'art. 2352 c.c. non considera neppure tutti gli effetti del pegno e dell'usufrutto delle azioni perché, in linea di massima, questi sono i medesimi che si verificano per i beni mobili in genere, cfr. FRÈ, SBISA, *Società per azioni*, I, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* diretto da GALGANO, *Libro quinto del lavoro* (Art. 2325-2409), Bologna-Roma 1997, sub art. 2352, 270, cui *adde* in argomento ANGELICI, *Azioni di società (diritto commerciale)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma 1988, 21, secondo cui, una volta attribuito espressamente dal legislatore il diritto di voto al creditore pignoratizio (o all'usufruttuario) delle azioni, rimane da accertare se a tale attribuzione consegua il riconoscimento anche di altri diritti sociali, in specie di quelli di tipo amministrativo, o se, di contro, debba derivarne una preclusione da parte del socio debitore.

(3) Così FRÈ, SBISA, *op. cit.*, 271 s.

(4) In tali sensi, cfr. PARTESOTTI, *Le operazioni sulle azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO e PORTALE, II, t. 1, Torino, 1991, 316 e 317 nt. 11.

(5) Cfr. al riguardo per tutti PARTESOTTI, *op. cit.*, 321; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, t. 2, Padova 1994, 390; FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile* fondato da F. VASSALLI, X, t. 3, Torino 1987, 502; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli 1960, 264; VISENTINI, *Azioni di società*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 1001.

Contra, MESSINEO, *Opposizione di merito a iscrizione di delibera di assemblea nel registro delle imprese?*, in *Studi di diritto delle società*, Milano 1949, 87.

(6) V., per tale orientamento dottrinario: ANGELICI, *La partecipazione azionaria nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, XVI, t. 2, Torino 1985, 281 ss.; PARTESOTTI, *op. cit.*, 321 nt. 31, cui *adde* RIVOLTA, *op. cit.*, 597 s., il quale, nel riconoscere al socio il diritto di impugnare la delibera annullabile e di denunciare irregolarità amministrative al collegio sindacale o al tribunale, osserva che la società (ente o compagine dei soci) ha interesse alla eliminazione dei vizi e delle irregolarità che formano oggetto delle impugnazioni e delle denunce.

zione processuale dell'attribuzione all'usufruttuario o al creditore pignoratizio del diritto a concorrere alla gestione sociale » (7).

Non può invece nutrirsi alcun dubbio che, in caso di azione ex art. 2379 c.c., debba essere ammesso il potere di impugnativa anche del socio, potendo la nullità essere fatta valere, alla stregua dell'art. 1421 c.c., da chiunque vi abbia interesse (8).

Con riferimento agli altri diritti amministrativi e di controllo sulla gestione societaria, mentre i pronunziati giurisprudenziali risultano esigui e talvolta contraddittori, in dottrina si constata un quadro di opinioni ben più articolato e ricco, nel cui ambito sembra prevalere l'opinione secondo cui detti diritti restano in capo al solo socio per essersi in presenza di situazioni soggettive che non ineriscono alle azioni, ma sono riconosciuti al socio in considerazione del suo *status* e della titolarità di una data misura di partecipazione della società. In tale ottica, per quanto attiene la convocazione dell'assemblea su iniziativa della minoranza ex art. 2367 c.c., si è negata la legittimazione al creditore pignoratizio (e all'usufruttuario) e ad analoga soluzione si è giunti sia in tema di legittimazione ex art. 2408 che di quella ex art. 2409 c.c. (9).

Orbene, una simile conclusione va condivisa non potendosi — nell'assoluto silenzio sul punto dell'art. 2352 c.c. — consentire l'esercizio disgiunto o ripartito dei suddetti diritti all'azionista, da un lato, ed al creditore pignoratizio (o all'usufruttuario), dall'altro, non essendo tenuta la società a subire l'esercizio dei diritti spettanti alle azioni che da parte di un unico soggetto (10). Si è al riguardo ricavato dall'art. 2347 c.c. un principio generale regolante la materia, per il quale ciascun diritto o ciascun potere sociale non possono essere esercitati che da un solo soggetto, individualmente, con esclusione quindi in capo a persone diverse dal socio dei poteri di controllo, quale, ad esempio, quello di ispezionare i libri sociali, di esaminare il bilancio, di proporre denunce al collegio sindacale e al Tribunale (11).

Un simile assetto regolamentare trova adeguata giustificazione nell'esigenza di evitare il pericolo che in momenti rilevanti per la sorte della società e per la tutela dei singoli soci una gestione devoluta a più soggetti, portatori di interessi non sempre convergenti, possa di fatto determinare in concreto pregiudizi in termini di tempestività delle decisioni da adottare e di incentivazione della conflittualità con negative ricadute sul piano del contenzioso giudiziario. Pericoli questi che sembrano essere stati sottovalutati nel recente decreto legislativo (17 gennaio 2003 n. 6) che, nell'introdurre radicali innovazioni nel libro quinto del codice civile, dispone nell'art. 2352 c.c., così come riscritto, che « salvo che dal titolo o dal provvedimento del giudice risulti diversamente, i diritti amministrativi diversi da quelli previsti nel presente articolo spettano nel caso di pegno e di usufrutto, sia al socio sia al creditore pignoratizio o all'usufruttuario » [...] (12).

(7) Così PARTESOTTI, *op. cit.*, 322, il quale sottolinea anche come il discorso sulla problematica in oggetto possa svilupparsi « nella direzione di una responsabilità del titolare del diritto reale verso il socio per l'omessa reazione all'invalidità della delibera, invocando gli art. 981, comma 1, 1001, comma 2 (per l'usufrutto), e 2790, comma 1 (per il pegno) c.c. ».

(8) Così ancora PARTESOTTI, *op. cit.*, 323.

(9) Per tale opinione v., per tutti: FERRI, *op. cit.*, 502 ss.; Id., *Pegno di quote sociali e convocazione dell'assemblea a norma dell'art. 2367 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 252 s.

In giurisprudenza hanno negato la legittimazione del creditore pignoratizio: Trib. Roma 13 dicembre 1962, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 249, con nota di FERRI; Trib. Roma 29 novembre 1956, in *Banca, borsa*, 1956, II, 590. *Contra*, Trib. Roma 28 gennaio 1980, in *Foro it.*, 1980, I, 811. Per la concorrente legittimazione del creditore pignoratizio (e dell'usufruttuario) cfr.: Trib. Milano 6 luglio 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 614, cui *adde* Trib. Napoli 17 settembre 1971, in *Dir. giur.*, 1972, 940, con nota di GIUFFRÉ, *Puntualizzazioni in tema di controllo giudiziario della società ex art. 2409 c.c.*

Per la negazione della legittimazione ex art. 2409 c.c. dell'usufruttuario — con argomentazioni valide anche per il creditore pignoratizio — cfr. Trib. Roma 23 febbraio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 279, con nota critica di MEO, *Usufrutto dei titoli azionari e denuncia di gravi irregolarità*.

(10) In questi termini FERRARA JR., CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano 2001, 428 nt. 7.

(11) Così VISENTINI, *op. cit.*, 978, il quale esclude anche che l'azionista possa attribuire la rappresentanza a più soggetti, congiuntamente o disgiuntamente. Per l'assunto che l'azionista debitore non possa riservarsi il diritto di voto soltanto per alcune delle materie su cui deve deliberare l'assemblea ordinaria o straordinaria, cfr. FRE, SBISA, *op. cit.*, 273, che evidenziano come in una stessa assemblea non possano, per le medesime azioni, intervenire due diverse persone.

(12) La disposizione in esame non sembra per questo aspetto in linea con quelle riforme strutturali, introdotte con il d.lgs. n. 6, cit. (in questa *Rivista*, 2003, suppl.) e che sono state reputate idonee ad aiutare le imprese, ad esaltarne l'autonomia e ad accrescere la flessibilità delle società di

3. Le ragioni che inducono a ridurre nei limiti innanzi individuati l'area della legittimazione del creditore pignoratizio (o dell'usufruttuario) militano a favore della tesi — dominante in dottrina e fatta propria dai giudici di legittimità nell'annotata decisione — secondo cui il diritto di recesso (art. 2437 c.c.) non può che competere al socio che, in quanto titolare del rapporto societario su cui si innestano i diritti frazionari di usufrutto e di pegno, è il solo destinato a subire direttamente e permanentemente le conseguenze delle modifiche dell'assetto societario, in tema di rischio di perdita dell'investimento ed eventualmente anche di responsabilità per le obbligazioni sociali (13). La natura autonoma ed il carattere personale della decisione del socio di continuare a far parte della compagine sociale, pur in presenza di rilevanti modifiche statutarie, inducono, poi, a privilegiare la tesi che il diritto di recesso non è suscettibile di alcun condizionamento per effetto (dell'approvazione o) del dissenso espresso dal creditore pignoratizio (o dall'usufruttuario) rispetto alle delibere ex art. 2437 c.c. (14).

A conforto di tali conclusioni si è rilevato, per quanto riguarda l'usufrutto di azioni, che l'attribuzione del diritto di recesso al titolare di tale diritto sarebbe in insanabile contrasto con il rispetto della destinazione economica dell'oggetto dell'usufrutto, imposto dall'art. 981, comma 1, c.c.; e si è anche osservato che alla stessa soluzione può pervenirsi perché l'attribuzione del diritto di recesso al creditore pignoratizio sarebbe in contrasto col divieto d'uso della cosa non necessario alla sua conservazione imposto dall'art. 2972, comma 1, c.c., norma questa derogata espressamente dall'art. 2352 c.c. per il solo esercizio del diritto di voto (15).

A nostro avviso, per ritenere che il diritto di recesso spetti unicamente al socio, che può, quindi, esercitarlo in completa autonomia e senza alcun condizionamento proveniente da altri, non risulta necessario il richiamo alle summenzionate norme codicistiche essendo sufficiente ad accreditare la soluzione accolta la natura personale del diritto e le finalità che detto diritto è deputato a svolgere nell'ambito societario (16).

Si è detto che il ruolo del recesso societario possa essere ricondotto alla nozione di autotutela privatistica per essersi in presenza di un potere organizzativo attribuito al socio per consentirgli di reagire ad un'invasione della propria sfera giuridica determinata da un condotta della maggioranza societaria, concretizzatasi in una delle delibere di cui all'art. 2437 c.c., alla quale il suddetto socio non ha partecipato o verso la quale ha manifestato il proprio dissenso (17).

Una siffatta opinione merita piena adesione perché, a fronte di decisioni societarie comportanti mutamenti dell'assetto e dell'organizzazione societaria non previsti e suscettibili anche di determinare, come si è già detto, non trascurabili rischi per il singolo socio dissenziente, il diritto di recesso si configura per questi come strumento di tutela, la cui utilizzabilità non può che essere lasciata, in ragione della sua portata dispositiva e delle sue finalità, alla piena ed esclusiva discrezionalità del socio stesso. E che l'intento del legislatore sia stato quello di sottrarre il diritto in oggetto a qualsiasi condizionamento idoneo a limitarne la libertà di esercizio si evince, con chiarezza, dall'ultimo comma dell'art. 2437 c.c., che dichiara nullo ogni patto che esclude il diritto di recesso o ne rende più gravoso l'esercizio.

In un siffatto contesto, come ha puntualmente osservato la decisione in esame, la tutela del

capitali, con il superamento della logica dei « lacci e laccioli ». Per una ricognizione in tali termini dei tratti caratterizzanti la riforma del diritto delle società, cfr. l'intervento di VIETTI, *Una garanzia per lo sviluppo*, in *Norme e tributi*, in *Il Sole-24 Ore* 4 ottobre 2002, suppl., 1.

(13) In questi sensi RIVOLTA, *op. cit.*, 599, il quale mette anche in luce come una diversa conclusione, che faccia dipendere dal dissenso del titolare del diritto frazionato la facoltà del socio di recedere, offre al primo il potere di impedire il recesso e risulta in contraddizione rispetto alla premessa che il diritto a detto recesso spetta al secondo. *Contra*, PARTESOTTI, *op. cit.*, 326.

Sul diritto di recesso e sulle numerose problematiche che il suo esercizio fa sorgere cfr., in generale, GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, in *Quaderni Giur. comm.*, 2000, n. 214, 77 ss.

(14) Cfr., in tali sensi, RIVOLTA, *op. cit.*, 599, il quale evidenzia come la conclusione diversa, che fa dipendere dal dissenso del titolare del diritto frazionato la facoltà del socio di recedere, offra al primo il potere di impedire il recesso e risulti contraddittoria rispetto alla premessa che il diritto di recesso spetta al secondo. In senso contrario, PARTESOTTI, *op. cit.*, 325 s.

(15) In questi precisi termini PARTESOTTI, *op. cit.*, 325.

(16) Per una critica della tesi, che fonda la spettanza del diritto di recesso al solo socio nudo proprietario sugli art. 981, comma 1, e 2972, comma 1, c.c., cfr. RIVOLTA, *op. cit.*, 599 nt. 29, il quale ritiene, infatti, che dette norme siano suggerite da situazioni ed esigenze molto diverse.

(17) Per la suscettibilità del diritto del recesso del socio ad inserirsi negli istituti di autotutela privata cfr., *amplius*: GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, cit., 77 ss.

creditore pignoratizio non può essere rinvenuta nelle norme che riguardano la partecipazione societaria del debitore, ma nello strumento all'uopo apprestato dalla stessa disciplina codicistica del pegno, e specificatamente nella vendita anticipata della cosa di cui all'art. 2795 c.c. (18).

Ulteriore corollario delle argomentazioni sinora svolte è l'inammissibilità di un potere surrogatorio da parte del creditore pignoratizio nell'esercizio del diritto di recesso stante il suo già evidenziato carattere personale e la consequenziale inclusione della fattispecie in esame tra quelle per le quali l'art. 2900 c.c. esclude l'azione surrogatoria perché relativa a diritti o azioni « che, per loro natura o disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare » (19). Nel caso in esame per di più l'esercizio dell'azione surrogatoria non risulterebbe finalizzato alla sola conservazione della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c., ma finirebbe per incidere direttamente ed in modo definitivo sullo *status* del debitore pignorato limitando una delle più qualificanti prerogative del socio, quella cioè di effettuare — in presenza di eventi reputati di particolare rilevanza dal legislatore — in piena autonomia la scelta di continuare o meno a far parte della compagine societaria; scelta che non può prescindere da una valutazione di convenienza in termini economici, suscettibile di essere effettuata in maniera consapevole e ponderata non certo da un terzo estraneo, ma solo da chi ha partecipato, in qualità di socio e con i relativi poteri, alla gestione della società e/o al suo controllo (20).

GUIDO VIDIRI

(18) Sugli art. 2795-2798 c.c. regolanti la vendita della cosa data in pegno e la sua eventuale assegnazione in pagamento cfr. CICCARELLO, *Pegno (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, 699 ss., nonché GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2000, 645 ss.

(19) Sull'azione surrogatoria e sui diritti, inerenti alla persona, che ostano all'esercizio di detta azione cfr., in generale, GAZZONI, *op. cit.*, 669 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, V. *La responsabilità*, Milano 1994, 417 ss.

(20) In relazione alla funzione cautelare-conservativa dell'azione surrogatoria, in quanto mezzo finalizzato alla garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c., v. per tutti: PATTI, *L'azione surrogatoria*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, cit., XX, 1985, 105; BIANCA, *op. cit.*, 418-422.