

CORTE DI CASSAZIONE — Sez. I — 12 giugno 2001 n. 7879 — Pres. Grieco — Est. Verucci — P.M. Abbritti (concl. parz. diff.) — Società Autolinee Roma s.r.l. (avv. Barone) c. Banca Intesa s.p.a. (avv. Tartaglia).
(Conferma App. Roma 4 maggio 1999).

- [2112/96] Cosa giudicata in materia civile - Giudicato implicito - Giudicato implicito sulla proponibilità dell'azione - Formazione - Condizioni.
(C.p.c., art. 100, 324).
- [480/564] Appello - Incidentale - Eccezioni e domande respinte o comunque non esaminate nella sentenza impugnata - Onere della parte vittoriosa - Proposizione di appello incidentale sul punto - Necessità - Esclusione.
(C.p.c., art. 346).
- [7968/612] Società di capitali - Azioni - trasferimento - Clausola di prelazione in favore di tutti i soci - Indicazione nella *denuntiatio* del nome del terzo offerente - Necessità - Fattispecie in tema di vendita coattiva di azioni date in pegno.
(C.c., art. 2352, 2796, 2797).

Il giudicato implicito sulla proponibilità della domanda non può ritenersi formato quando la sentenza che ha provveduto sul fondamento nel merito della domanda sia stata impugnata per ragioni di merito, in quanto tale impugnazione impedisce la formazione del giudicato esplicito che costituisce il presupposto del giudicato implicito (1).

La parte rimasta vittoriosa che, nell'ipotesi di gravame proposto dal soccombente, chieda la conferma della decisione impugnata, eventualmente anche in base ad una diversa soluzione delle questioni da essa avanzate nel precedente grado del giudizio, non ha l'onere di proporre appello incidentale per chiedere il riesame delle domande, eccezioni o questioni respinte o ritenute assorbite o comunque non esaminate con la sentenza impugnata, essendo sufficiente che la riproponga in una delle sue difese nel giudizio di secondo grado (2).

In tema di patto di prelazione per il caso di vendita delle azioni, l'impegno pattizio di preferire i soci nella conclusione dell'affare implica, in applicazione dei criteri evincibili dalle ipotesi di prelazione legale ed in difetto di diversa regolamentazione negoziale, l'obbligo di comunicare a tutti i soci titolari dello stesso diritto di prelazione tutti gli elementi dell'offerta pervenuta al terzo; ne consegue che la denuntiatio deve contenere anche l'indicazione del nome del terzo offerente, trattandosi di tutelare, in relazione al riscontro di una volontà delle parti che assegni rilevanza all'intuitus personae, non soltanto uno specifico interesse a conservare una particolare omogeneità (anche familiare) della compagine sociale, ma anche l'esigenza di permettere una valutazione circa l'opportunità di esercitare o meno la prelazione, atteso che la serietà e congruità dell'offerta possono dipendere anche dalla persona dell'offerente e dovendosi dall'altra parte consentire ai soci titolari del diritto di prelazione la valutazione circa l'ingresso nella società di nuovi soci (Fattispecie in tema di vendita coattiva di azioni date in pegno realizzata nelle forme dell'esecuzione espropriativa privata ex art. 2797 ss. c.c.) (3).

(Massime ufficiali).

(Omissis). — Con il primo motivo, denunciando violazione degli art. 1325, 1331, 2352, 2355, 2796, 2797 c.c., 99, 100, 112, 345. c.p.c., nonché vizio di motivazione, la SAR censura la sentenza impugnata sotto vari profili, che possono così riassumersi:

— la genericità e cripticità dell'affermazione della Corte territoriale, secondo cui le ragioni del rigetto dell'appello attengono a condizione dell'azione e sono rilevabili d'ufficio, costituiscono autonomo vizio, sufficiente a determinare l'annullamento della sentenza;

— ove tale affermazione fosse idonea a prospettare l'esistenza di una condizione dell'azione, si configurerebbe comunque un vizio di ultrapetizione, perché il principio della rilevanza d'ufficio di detta condizione va coordinato con il sistema delle impugnazioni, con la conseguenza che il principio medesimo non opera quando sulla questione sia intervenuta una sia pur implicita statuizione, nel caso di specie ravvisabile nel fatto che il primo giudice — cui la Caripuglia e la BAM avevano prospettato l'inoperatività della prelazione statutaria

nell'ipotesi di vendita coattiva delle azioni — era passato a esaminare il merito della domanda, così implicitamente disattendendo l'indicata prospettazione; ne deriva che, in tanto il giudice del gravame si sarebbe potuto occupare della questione, in quanto ne fosse stato investito mediante specifico motivo di appello incidentale, che non è stato proposto;

— in ogni caso, l'inoperatività della prelazione non è concretamente configurabile, Caripuglia avendo autonomamente deciso di attenersi a quanto previsto dalla clausola statutaria n. 6 della Banca della Ciociaria, sostenendo più volte di aver perfettamente adempiuto agli obblighi relativi alla *denuntiatio*;

— non è vero, sul piano giuridico, che la prelazione statutaria non si applichi nell'ipotesi di vendita coattiva delle azioni, perché al silenzio sul punto dell'art. 2352 c.c. non può attribuirsi il significato di un rinvio alla disciplina generale del pegno su beni mobili, ove si consideri che l'art. 2355, comma 3, c.c. non riduce l'operatività e l'efficacia di clausole limitative della circolazione delle azioni, diversamente da quanto accade in virtù dell'art. 2480 c.c.;

— la Corte capitolina si è contraddittoriamente occupata di talune questioni riguardanti la regolarità della *denuntiatio*, in particolare della sussistenza o meno dell'onere di indicare il nominativo dell'acquirente, effettuando anche una valutazione errata circa l'articolazione familiare dell'azionariato della Banca della Ciociaria, accertata dal primo giudice con statuizione non impugnata;

— non ha tenuto in alcun conto, in ordine alla questione dell'indicazione del nominativo dell'acquirente, dell'unico precedente di legittimità, costituito da Cass. n. 1407 del 1981, secondo cui l'individuazione del terzo offerente assume rilievo fondamentale quando la prelazione sia ispirata all'esigenza di impedire l'ingresso nella società, articolata su base familiare, a terzi non graditi: principio, questo, che deve trovare applicazione nel caso di specie, stante l'evidente interesse della famiglia Zeppieri a conoscere l'identità del terzo aspirante ad acquistare le azioni;

— contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte romana, il diritto di prelazione non spettava al solo socio Carlo Zeppieri, ma a tutti i soci, compresa la SAR, tanto più che lo stesso Zeppieri, quale debitore pignorato, non poteva e non può essere ritenuto prelazionario né in forza della clausola statutaria, né ai sensi dell'art. 2352 c.c. o delle norme in tema di pegno su beni mobili, che nulla hanno a che vedere con detta prelazione.

La censura è fondata, nei limiti di seguito precisati.

Sebbene alquanto laconica, l'affermazione della Corte capitolina — secondo cui le ragioni dell'infondatezza dell'appello erano rilevabili d'ufficio, perché attinenti a condizione dell'azione — vuol evidentemente significare che la SAR non aveva interesse ad agire, dal momento che la prelazione statutaria non si applicava nell'ipotesi di vendita coattiva di azioni: ciò risulta chiaro dal contesto della motivazione, incentrata sulla diversità di finalità e disciplina tra la procedura per il soddisfacimento del diritto di credito garantito da pegno su azioni e quella per l'esercizio del diritto convenzionale di prelazione per il caso di libera vendita delle azioni medesime.

Ne deriva che, per un verso, non sussiste l'autonomo vizio della sentenza impugnata per asserita incompatibilità della statuizione e, per altro verso, non era (e non è) configurabile, al riguardo, un giudicato implicito nella sentenza di primo grado, essendo noto che detto giudicato sulla proponibilità dell'azione non può ritenersi formato quando la sentenza che ha provveduto sul fondamento della domanda sia stata impugnata per ragioni di merito, in quanto tale impugnazione impedisce la formazione del giudicato esplicito, che costituisce il presupposto di quello implicito (Cass. n. 1981 del 1999, in fattispecie interessata, come quella oggetto del presente ricorso, della questione dell'interesse ad agire).

In ogni caso, non può condividersi la tesi che la Caripuglia (oggi, Banca Intesa) e/o la Banca Agricola Mantovana avrebbero dovuto proporre appello incidentale, al fine di consentire al giudice del gravame di esaminare la questione — da loro già prospettata in prime cure — dell'operatività o meno della prelazione statutaria. Ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 346 c.p.c., invero, la parte rimasta vittoriosa che, nell'ipotesi di gravame proposto dal soccombente, chieda la conferma della decisione impugnata, eventualmente anche in base ad una diversa soluzione delle questioni da lei avanzate nel precedente grado del giudizio, non ha l'onere di proporre appello incidentale per chiedere il riesame delle

domande, eccezioni o questioni respinte o ritenute assorbite o comunque non esaminate con la sentenza impugnata, essendo sufficiente che le riproponga in una delle sue difese nel giudizio di secondo grado (*ex plurimis*, Cass. n. 602 del 2000, n. 11929 del 1998, n. 8294 del 1994 e sez. un., n. 1005 del 1993).

Ciò ha fatto puntualmente la Caripuglia con la comparsa di costituzione e risposta depositata in cancelleria il 9 aprile 1998, al cui esame questa Corte può procedere in relazione alla natura del vizio denunciato: dopo aver affermato di richiamare « in questa sede integralmente e letteralmente quanto sostenuto e comprovato negli scritti difensivi del giudizio di primo grado... », detta società ha specificato di aver dedotto « l'inoperatività della clausola di prelazione, contenuta nello statuto sociale, nell'ipotesi di vendita coattiva del pacchetto azionario... », con l'indicazione di precedenti giurisprudenziali (di merito) e di posizioni dottrinarie in tal senso. Non si è trattato, quindi, di un mero rinvio recettizio alle difese svolte in prime cure, ma di una precisa riproposizione della questione.

Tuttavia, il giudice del gravame non ha tenuto conto, nell'esaminare il problema dell'applicabilità o meno della prelazione statutaria in caso di vendita coattiva delle azioni, di una circostanza di tal rilievo, da eliminare radicalmente l'incidenza dello stesso problema nel caso di specie.

Ed invero, dall'esposizione dei fatti contenuta nel controricorso della Banca Intesa risulta che l'allora Caripuglia aveva provveduto a comunicare agli azionisti della Banca della Ciociaria, in data 21 marzo 1995, l'intenzione di alienare le azioni costituibile in pegno da Carlo Zeppieri: poiché la SAR, con lettera del 5 aprile 1995, aveva chiesto ulteriori chiarimenti in ordine alla decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di prelazione, la Caripuglia le aveva comunicato le modalità ed il luogo della futura vendita, « precisando che l'assegnazione dei titoli all'asta sarebbe stata vincolata all'esercizio del diritto di prelazione, a norma dell'art. 6 dello statuto della banca » (p. 2-3 controricorso Banca Intesa, con richiamo agli allegati n. 4 e 5 del fascicolo di primo grado).

Ne deriva che la Caripuglia, quale creditore pignoratizio, aveva autonomamente deciso di dar attuazione alla prelazione statutaria, tenendo un comportamento negoziale volto alla realizzazione degli effetti della clausola statutaria ed instaurando un preciso rapporto in tal senso con la SAR, a seguito del ricordato scambio di note: tale condotta, quindi, rendeva poi impossibile contestare unilateralmente l'operatività della clausola medesima, una volta che, sul piano negoziale, ne aveva accettato gli effetti.

Non può ragionevolmente sostenersi che si trattava di comportamento ultroneo, giuridicamente non dovuto, sia perché comunque la Caripuglia aveva attivato la prelazione, sia perché — come ha esattamente osservato l'odierna ricorrente — nel caso di specie (ed anche prescindendo dalla pacifica efficacia reale della clausola statutaria di prelazione: cfr. Cass. n. 8645 del 1998) non venivano in alcun modo in rilievo due profili che, secondo un orientamento dottrinario minoritario e giurisprudenziale di merito, costituirebbero impedimento all'applicazione della prelazione nell'ipotesi di vendita coattiva delle azioni: la tutela, cioè, dell'interesse del creditore di ottenere il maggior vantaggio possibile dalla vendita e quella delle esigenze di carattere pubblicitario inerenti ad una procedura esecutiva.

Sotto il primo profilo, va osservato che nella fattispecie era escluso il rischio di un danno per il creditore pignoratizio, dal momento che l'osservanza della prelazione comportava l'offerta in vendita delle azioni al medesimo prezzo ottenuto all'esito dell'incanto: sotto il secondo profilo, è agevole rilevare che non si poneva — e non si pone — una questione di tutela delle esigenze connesse ad una vendita forzata attuata dal giudice dell'esecuzione, atteso che Caripuglia si era avvalsa delle forme di vendita regolata dagli art. 2797 ss. c.c., integranti un'esecuzione espropriativa privata.

Tutto l'*iter* logico-giuridico dell'impugnata sentenza risulta inficiato da tale errore, indipendentemente dalla soluzione data alla questione, aderendo ad un'impostazione dottrinale (ma senza alcun esame degli argomenti posti a base di essa), peraltro minoritaria.

A ciò si aggiunga che la Corte romana, pur negando l'operatività della prelazione, si è contraddittoriamente occupata di taluni aspetti concernenti la regolarità o meno della *denuntiatio*: tuttavia, si tratta di questioni che non possono ritenersi assorbite, sussistendo un preciso interesse, da un lato, della ricorrente ad evitare che sulle relative statuizioni possa

formarsi il giudicato e, dall'altro lato, delle resistenti a non veder rimessi in discussione profili definitivamente accertati.

In ordine all'asserita articolazione familiare della Banca della Ciociaria, la censura della SAR riguarda valutazioni fattuali del giudice del merito, insindacabili in sede di legittimità. In particolare, non v'era stato un riconoscimento di detta composizione familiare da parte del primo giudice, che potesse ritenersi definitivo per mancata impugnazione: dall'esame della sentenza del Tribunale (anch'esso consentito al Collegio dalla natura della doglianza) non risulta un accertamento in tal senso, ma soltanto la considerazione dell'eventuale interesse che la SAR poteva avere alla « tutela dell'articolazione prevalentemente familiare della società », sicché avrebbe dovuto comunque esercitare il diritto di prelazione, non potendo ignorare che il promissario acquirente era « estraneo all'ambito familiare ». In altri termini, il primo giudice non ha proceduto, sulla base della documentazione acquisita, ad un accertamento della composizione familiare della Banca della Ciociaria (ossia, del pacchetto azionario), ma si è limitato a svolgere un'argomentazione circa l'interesse che la SAR poteva avere ad esercitare la prelazione, volendo salvaguardare un'asserita articolazione familiare della società.

Il giudice del gravame, pertanto, ha correttamente ritenuto che sul punto non si fosse formato alcun giudicato: negando, poi, che la famiglia Zeppieri detenga complessivamente — anche attraverso partecipazioni societarie — la maggioranza o quasi totalità del capitale sociale, ha compiuto una valutazione che non è sindacabile in questa sede, non risultando che a tale conclusione la stessa Corte romana sia pervenuta in modo illogico e sulla base di un'incompleta od erronea valutazione delle risultanze documentali.

Tuttavia, la questione non è decisiva ai fini dell'ulteriore requisito della *denuntiatio* di cui il giudice di merito si è occupato: quello, cioè, dell'indicazione del nominativo del terzo offerente. A tal riguardo, infatti, la censura della ricorrente è fondata, indipendentemente dalla funzione che detta indicazione dovrebbe svolgere a tutela dell'asserita composizione familiare della Banca della Ciociaria.

L'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui nel sistema non si rinvia il principio dell'onere di indicazione del terzo offerente — diversamente da quanto previsto dall'art. 8, l. n. 814 del 1971 in tema di prelazione agraria — non può essere condivisa, se non altro per la sua apoditticità, dovendosi verificare se ed in qual misura detta indicazione sia necessaria al fine di dare concretezza e serietà alla *denuntiatio*, sicché « la comunicazione del promittente integri una completa proposta contrattuale e l'esercizio della prelazione si sostanzi in nell'accettazione di tale proposta » (così Cass. n. 1407 del 1981, unico precedente di legittimità risultante in materia).

Non vale sostenere, inoltre, che il legislatore ha previsto tale onere soltanto nel caso di prelazione agraria, si dà far ritenere che lo abbia escluso in tutti gli altri casi, anche di prelazione pattizia: la citata sentenza n. 1407 del 1981, infatti, ha esattamente osservato che l'esigenza, normativamente stabilita in materia di prelazione agraria, non è giustificata in altri casi per la previsione di rimedi diversi (ad esempio, diritto di riscatto e di seguito presso gli aventi causa dell'acquirente ex art. 732 c.c. e 39 l. n. 392 del 1978), tali da realizzare un'ulteriore garanzia a favore del titolare della prelazione medesima.

L'onere dell'indicazione del nome del terzo offerente deriva dall'esigenza di consentire ai soci, titolari del diritto di prelazione, una piena e corretta valutazione dell'opportunità di esercitare o meno tale diritto. Secondo un'autorevole dottrina (che assegna alla clausola di prelazione una duplice portata, organizzativa e di tutela di interessi individuali), l'indicazione può anche ritenersi superflua in un'ottica di considerazione dell'interesse degli altri soci all'acquisto delle azioni, ma assume certamente una funzione decisiva sotto il profilo dell'interesse sociale se consentire o meno l'ingresso nella società di un nuovo socio.

In questo senso va inteso e completato il principio enunciato da questa Corte con la menzionata sentenza n. 1407 del 1981, con la precisazione che si tratta di tutelare un *intuitus personae* non soltanto e non tanto collegato ad uno specifico interesse a conservare una particolare omogeneità (anche familiare) della compagine sociale, quanto, e soprattutto, finalizzato a permettere una completa valutazione circa l'opportunità di esercitare o meno la prelazione, sia perché la serietà e congruità dell'offerta possono dipendere anche dalla

persona dell'offerente, sia perché non può disconoscersi l'esigenza di una valutazione dell'opportunità di nuovi ingressi.

Così intesa la prelazione e configurata la *denuntiatio* (ovviamente, insieme ad altri elementi, oltre a quello dell'indicazione del terzo offerente), non v'è alcun rischio di confonderla con la clausola di gradimento, la cui ontologica diversità è data dal potere di subordinare la circolazione delle azioni (o delle quote) al *placet* di un organo sociale.

Il motivo in esame è fondato anche sotto un diverso profilo.

Nel ritenere che la Caripuglia avesse consentito a Carlo Zeppieri, ai sensi dell'art. 2352 c.c. di esercitare il diritto di opzione attraverso le comunicazioni dategli nel marzo, aprile e maggio 1995, la Corte capitolina, per un verso, ha qualificato come opzione la clausola statutaria, finendo per confondere l'opzione prevista dall'art. 2352 e regolata dall'art. 2441 c.c. con il diritto di prelazione: per altro verso, non ha tenuto conto del fatto che la prelazione non spettava al solo Carlo Zeppieri, ma a tutti i soci, compresa la SAR, onde non sarebbe stato certamente sufficiente che un solo socio fosse stato messo in condizione di esercitarla (ammesso che dette comunicazioni rispondessero ai necessari requisiti), tanto più che il debitore pignorato non poteva « riacquistare » le azioni costituite in pegno.

Trattandosi di affermazione viziata da errore di diritto, con riferimento a dispositivo anch'esso non conforme a legge, non può porvisi rimedio con la mera correzione della motivazione, come auspicato dalla resistente Banca Intesa.

Nei sensi precisati, quindi, il primo motivo del ricorso merita accoglimento e la sentenza impugnata va cassata con rinvio ad altro giudice, designato in diversa sezione della Corte d'appello di Roma, che procederà a nuovo esame della controversia, attenendosi a quanto enunciato in tema di applicazione — nel caso di specie — della clausola statutaria di prelazione, di indicazione nella *denuntiatio* del nominativo del terzo offerente e dell'appartenenza a tutti i soci dello stesso diritto di prelazione. (*Omissis*).

(1) Negli identici termini cfr. *ex plurimis*: Cass. 28 luglio 2000 n. 9906, in *Foro it.*, 2001, I, 2937; Cass. 8 marzo 1999 n. 1981, ed, in epoca più risalente, Cass. 16 novembre 1985 n. 5642; Cass. 7 febbraio 1979 n. 829.

Più in generale per le numerose problematiche relative ai limiti oggettivi del giudicato vedi in dottrina: MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano 1987; LUISSO, *Diritto processuale civile*, I, Milano 2000, 139 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I. *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino 2000, 146 ss., cui *adde*, in relazione alla specifica tematica del giudicato implicito, PUGLIESE, *Giudicato civile*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 864, il quale osserva come si abbia un fenomeno di estensione almeno apparente del giudicato oltre il contenuto letterale della sentenza non solo quando si applica il principio per cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, ma anche quando si fa riferimento al giudicato implicito perché così « si includono nel giudicato pronunzie non contenute effettivamente nella sentenza ».

(2) Il principio secondo cui non è necessario esperire l'appello incidentale per far valere eccezioni, pregiudiziali o preliminari di merito, non accolte (dichiarate assorbite o pretermesse) dal primo giudice, essendo a tali fini sufficiente la loro semplice riproposizione ex art. 346 c.p.c., è stato più volte ribadito dalla Corte di cassazione. Cfr. infatti tra le altre: Cass. 24 novembre 1998 n. 11929; Cass. 10 gennaio 1995 n. 649; Cass., sez. un., 27 gennaio 1993 n. 1005; Cass. 17 giugno 1981 n. 3965.

Si è però sostenuto in dottrina da GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 401 e 412 ss., che la decisione su una questione preliminare in senso sfavorevole al soggetto processuale, risultato poi vittorioso nel merito, costituisce pur sempre una parte della sentenza, ma che tuttavia, contrariamente a quanto si deve ritenere con riferimento alla sentenza di secondo grado, nei confronti della quale la parte vittoriosa ha l'onere di spiegare impugnazione incidentale condizionata, se vuole ottenere il riesame della suddetta questione, tale onere non esiste invece con riguardo alla sentenza di primo grado dal momento che, in virtù del disposto dell'art. 346 c.p.c., la questione deve essere semplicemente riproposta nel giudizio di appello.

(3) [5952/1908] [7968/612] Le clausole di prelazione e la *denuntiatio* nell'attività negoziale e nel diritto societario.

1. È stato autorevolmente osservato in dottrina in relazione alle società di capitali che le clausole statutarie sono riconducibili sostanzialmente a due filoni principali costituiti dalle clausole di gradimento e da quelle di prelazione che, spesso variamente combinate tra loro, rispondono

all'esigenza, da sempre avvertita, di utilizzare l'assetto organizzativo delle società in funzione di situazioni di fatto e di esigenze economiche fortemente differenziate. In tale ottica le suddette clausole limitative della libertà di circolazione delle azioni rispondono nelle società a base ristretta alla finalità di garantire l'omogeneità della compagine sociale e la partecipazione alla vita della società, essenziali per il benessere dell'impresa, laddove nella società che si rivolge a una pluralità indefinita di risparmiatori finanziatori accanto a pochi soci imprenditori, che controllano tutti i meccanismi organizzativi, vi è una massa di soci anonimi di fatto estranei alla vita della società (1).

Per quanto attiene più specificamente alle clausole di prelazione — oggetto di esame da parte dell'annotata sentenza — è opportuno ricordare come esse, ritenute da tutti valide, abbiano però fatto sorgere, anche in ragione delle varie e complesse formulazioni assunte, una diversità di opinioni sotto molteplici profili, primo tra tutti quello attinente al consenso richiesto per la loro introduzione, modificazione e soppressione.

Un primo indirizzo ritiene, infatti, necessaria l'unanimità dei consensi dei soci sul presupposto che le clausole in esame vengono ad incidere direttamente sul diritto soggettivo, ritenuto inderogabile, del singolo socio alla circolazione delle azioni (2). Ne consegue, in questa ottica, che devono essere introdotte all'unanimità, perché la maggioranza non può attribuire ai soci singolarmente diritti nei confronti degli altri soci, ed ugualmente sempre all'unanimità devono essere soppresse, perché la maggioranza non può togliere ai soci diritti che ad essi siano stati singolarmente attribuiti nel contratto sociale (3).

Altro indirizzo, dopo avere premesso che la soluzione della problematica in oggetto è condizionata dalla qualificazione come patto sociale o parasociale della clausola di prelazione, individua in detta clausola un contenuto che ne impedisce la classificazione come parasociale, in ragione di una sua duplice valenza concretizzantesi nella tutela di uno specifico interesse facente capo alla società (quale quello del controllo sull'accesso alla compagine sociale ed all'equilibrio interno dei soci) e di altro interesse del singolo socio, di diversa natura e con risvolti di carattere patrimoniale. Corollario di una siffatta impostazione, attributiva di un valore sociale alla clausola, è che il suo inserimento nello statuto — come pure la sua modifica o soppressione — ne comporta l'assoggettamento al principio maggioritario, avente nell'ambito della gestione societaria — al di là di esprese deroghe legislative o statutarie — una portata applicativa generalizzata (4).

La condivisione del summenzionato regime maggioritario passa però attraverso un sistema qualificatorio che più che assegnare valore al contenuto intrinseco della clausola valga a valorizzarne l'inserimento nello statuto come momento significativo della volontà dei soci di assegnare alla

(1) Cfr. in tali sensi SBISA, in FRÈ, SBISA, *Società per azioni*, t. I, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di GALGANO, *Libro quinto. Del lavoro* (Art. 2325-2409), Bologna-Roma 1997, 330 s., che ricorda al riguardo come, anche dopo le codificazioni, tutte le legislazioni moderne ammettano le clausole limitative della circolazione delle azioni e come l'esame delle esperienze straniere dimostri che il problema consiste sempre « nel coordinamento dell'interesse del socio ad uscire dalla società con l'interesse della società a regolare i mutamenti della compagine sociale, evitando l'ingresso di soggetti non graditi e mantenendo l'armonia tra i soci ».

(2) Cfr. al riguardo FERRARA F. jr., CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano 1987, 436 nt. 10, per i quali i limiti statuari possono disporsi solo al momento della costituzione della società non potendosi modificare la legge di circolazione dei titoli a cui gli azionisti hanno diritto senza il consenso unanime di tutti i soci e, per analoghe considerazioni in epoca più risalente, GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli 1960, 263, secondo cui dopo la costituzione della società non è più consentito introdurre clausole limitatrici mediante modifiche statutarie perché dette clausole incidono sulla legge di circolazione del titolo e questa non può essere modificata dalla maggioranza, ragione quest'ultima che osta anche a che la maggioranza possa abrogare una clausola limitativa originariamente posta nell'atto costitutivo.

(3) Cfr. in tali sensi FERRI G., *Soppressione a maggioranza del diritto di prelazione attribuito ai soci nello statuto sociale?*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, II, 260.

In giurisprudenza per l'unanimità del consenso dei soci per l'introduzione, la modifica e soppressione delle clausole limitative della circolazione delle azioni, v. *ex plurimis*: Cass. 9 novembre 1993 n. 11057, in *Foro it.*, 1994, I, 1456; Cass. 14 gennaio 1977 n. 171, *ivi*, 1977, I, 2741; Cass. 8 gennaio 1970 n. 52, *ivi*, 1970, I, 1155, e, tra i giudici di merito: Trib. Pistoia 6 agosto 1993, in *Soc.*, 1994, 190; Trib. Verona 16 gennaio 1992, *ivi*, 1992, 828.

(4) Cfr. al riguardo ANELLI, *Prelazione societaria e poteri della maggioranza*, in *Riv. soc.*, 1991, 1071; MELI, *La clausola di prelazione negli statuti della società per azioni*, Napoli 1991, 325 ss. In giurisprudenza per tale indirizzo cfr.: Cass. 21 dicembre 1960 n. 3292, in *Foro it.*, 1961, I, 19, e per i giudici di merito, Trib. Milano 23 novembre 1988, in *Giur. comm.*, 1990, II, 563.

clausola una funzione organizzativa e regolamentatrice della stessa gestione societaria. E da qui, appunto, deriva l'applicazione, in tema di modifica e di soppressione della clausola in esame, non delle norme generali dei contratti e delle obbligazioni ma di quelle del diritto delle società, e quindi anche della regola maggioritaria che — come si è già evidenziato — di tale diritto costituisce uno dei principi cardine (5).

Ma il profilo forse più ampiamente trattato in tema di clausole di prelazione contenute negli statuti societari attiene alla loro efficacia.

In dottrina ed in giurisprudenza l'indirizzo quasi unanime riconosce a dette clausole una efficacia reale (6), anche se si riscontra poi una molteplicità di distinte opinioni circa il modo di intendere la loro portata *erga omnes*, affermandosi da alcuni che l'atto di trasferimento disposto in violazione del patto di prelazione è affetto da inefficacia assoluta, che può essere fatta valere sia dalla società, con il rifiuto di annotazione del terzo acquirente nel libro dei soci, sia da ciascuno dei restanti soci (7); sostenendosi da altri, invece, che l'inefficacia valga soltanto nei riguardi della società sicché il carattere della realtà opererebbe unicamente nei rapporti tra acquirente e società, per assumere di contro la clausola di prelazione valore obbligatorio nei rapporti tra alienante e beneficiari pretermessi, perché relativa ad interessi interindividuali (8); e preferendosi, ancora, da altri affermare più specificamente che « la vendita attuata in violazione della prelazione statutaria non è nulla o inefficace, ma inopponibile al prelazionario pretermesso, il quale, pertanto, può esercitare il proprio diritto di acquisto anche nei confronti del terzo acquirente » (9).

La capacità delle clausole di prelazione di incidere — anche per effetto di una vasta gamma

(5) Per l'affermazione secondo cui « ipotizzare che mediante l'inserimento della clausola in esame nello statuto si sia voluto darle anche una rilevanza organizzativa e non solo parasociale non appare per nulla incongruo » cfr.: Cass. 19 agosto 1996 n. 7614 (in questa *Rivista*, 1997, I, 107, con nota di VIDIRI, *Due questioni in tema di società a responsabilità limitata: il diritto di voto dell'usufruttuario di quote e la soppressione con delibera maggioritaria della clausola di prelazione*), che evidenzia anche come le clausole di prelazione (o di gradimento) hanno per l'appunto l'effetto di incidere sul rapporto tra l'elemento capitalistico e quello personale della società, accrescendo il peso del secondo elemento rispetto al primo nella misura che i soci ritengano di volta in volta più adatta alle esigenze dell'ente sicché « non stupisce, dunque, che esse possano assolvere anche ad una funzione specificamente sociale, ed è questo il senso più evidente della loro collocazione nello statuto organizzativo della società ».

In generale sulla natura dei patti parasociali, v.: COTTINO, *Diritto commerciale*, I, t. 2, Padova 1994, 476 ss., cui *adde*, per la natura di detti patti nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano, e specificamente sull'art. 122 d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (c.d. « legge Draghi »), FURFARO, *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, in *Il diritto attuale* diretto da COTTINO, Torino 1999, 115 ss.

(6) Per l'efficacia reale del patto di prelazione v. per tutti: SBISA, *op. cit.*, 364 s.; COLUCCI, *Efficacia reale della clausola statutaria di prelazione e conseguenze della sua violazione*, in *Giur. comm.*, 1994, II, 709 ss.; VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano 1988, 188 ss.; FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano 1987, 162.

Contra però, e cioè per la tesi che riconosce efficacia obbligatoria della clausola di prelazione, cfr. GATTI, *L'iscrizione nel libro dei soci*, Milano 1969, 112 ss.

In giurisprudenza per l'efficacia reale della clausola cfr. tra le altre: Cass. 12 marzo 1981 n. 1407, in *Giur. comm.*, 1982, II, 303, e in *Dir. fall.*, 1982, II, 1039 con nota di MENEGHINI, *La circolazione delle partecipazioni azionarie, la clausola di prelazione e i requisiti della denunziatio*; Cass. 21 ottobre 1973 n. 2763, *ivi*, 1975, II, 23, e, tra i giudici di merito, Trib. Napoli 21 gennaio 1995, in *Giur. merito*, 1997, I, 82; Trib. Bassano del Grappa 17 febbraio 1993, in *Soc.*, 1993, 977; Trib. Milano 25 febbraio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 94.

Per un più completo panorama degli orientamenti giurisprudenziali in materia BALZARINI, *Le azioni di società, in Il diritto privato oggi* a cura di CENDON, Milano 2000, 207 ss.

(7) Così DE SABATO, *Manuale delle società*, Torino 1990, 331, che per quanto attiene al trasferimento delle azioni operato in violazione della clausola in esame piuttosto che alla categoria della nullità assoluta preferisce fare riferimento a quella della « inefficacia assoluta », in base alla considerazione che la fonte della prelazione è negoziale e che essa, pertanto, non incide sugli elementi dell'atto ma solo sul potere di disposizione dell'alienante.

(8) Cfr. in tali sensi: ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria. Le azioni, in Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO e PORTALE, II, t. 1, Torino 1991, 195 ss.

(9) In tali precisi termini EREDE, *Clausole di prelazione sociale e parasociale: tipi ed effetti, in Sindacati di voto e sindacati di blocco* a cura di BONELLI e JAEGER, Milano 1993, 252.

combinatoria con altre pattuizioni — sulla formazione delle compagini societarie e la loro permeabilità alle molteplici e variegate esigenze organizzative da queste di volta in volta espresse, confortano la conclusione che la finalità delle suddette clausole, che ne caratterizza la natura, non può reputarsi limitata ad un compito di mera garanzia dei singoli soci prelazionari, per assumere, appunto, una portata più ampia, perché destinata ad influenzare positivamente, attraverso la tutela dell'omogeneità dei soci e del loro reciproco affiatamento, la vita stessa della società (10).

Attraverso la clausola in oggetto si perviene, così, ad una limitazione dei poteri dispositivi del singolo socio in relazione alla naturale alienabilità delle proprie partecipazioni azionarie, con l'ulteriore effetto che il trasferimento attuato in violazione della clausola risulta viziato non da nullità ma da inopponibilità nei riguardi dei soci prelazionari e della stessa società, che conseguentemente risultano legittimati ad agire in giudizio nei confronti dell'alienante e del terzo al fine di far valere l'inefficacia del disposto trasferimento (11).

In un siffatto contesto la già ricordata efficacia reale della clausola non può, dunque, essere esclusa sulla base del principio desumibile dal disposto dell'art. 1378 c.c., da cui è dato evincere l'esistenza di un principio generale sull'inopponibilità ai terzi dei limiti obbligatori alla disponibilità dei beni.

Ed invero, è *communis opinio* che in tema di società di capitali la previsione normativa, secondo cui l'atto costitutivo (di cui lo statuto è parte integrante) può sottoporre a condizioni e limitazioni l'alienazione delle azioni (cfr. art. 2355, 2464, 2479, 2523 c.c.) deve coordinarsi con il principio dell'opponibilità ai terzi dell'atto costitutivo attesa la sua conoscibilità (12).

A conforto di quanto sinora detto va evidenziato anche: come la portata delle clausole di cui si discute debba essere definita — in ragione della natura non immobiliare dei beni oggetto della prelazione — non alla stregua del summenzionato art. 1379 c.c. ma sulla base dell'art. 1260, comma 2, c.c. che, con riferimento ai diritti di credito, riconosce l'efficacia reale al patto di non cedibilità (13); e come, infine, debba darsi, sul piano logico-sistematico, il dovuto rilievo al costante riconoscimento dello *ius sequelae* nei riguardi del terzo acquirente in tutti quei casi in cui si è inteso, con il patto di prelazione, garantire un interesse connesso ad una specifica destinazione del bene (14).

2. Il contenuto e la forma che la *denuntiatio* deve assumere nella prelazione societaria — oggetto di specifico esame da parte dell'annotata sentenza — ha fatto sorgere notevoli problematiche, di cui è opportuno dar conto con l'avvertenza che l'esigenza del rispetto di un ordinato *iter* argomentativo impone qualche preliminare indicazione in relazione alla natura ed agli elementi costitutivi del patto di prelazione, di ampia applicazione nell'area contrattualistica, e la cui operatività in sede societaria presenta una specifica e peculiare caratterizzazione.

(10) Osserva puntualmente SBISA, *op. cit.*, 353 s., che le clausole limitative della circolazione delle azioni, ed in particolare quelle di prelazione e di gradimento, entrambe dirette a tutelare l'omogeneità e la compattezza della compagine sociale, dimostrano l'intercambiabilità e l'intreccio delle varie forme di controllo degli spostamenti azionari, sicché « negare la funzione organizzativa e, quindi, la natura tipicamente statutaria di queste clausole, significa negare l'interesse sociale al mantenimento dei rapporti partecipativi e ad evitare l'ingresso di soggetti non graditi e pericolosi per la gestione dell'impresa anche in società connotate da elementi personalistici e/o condizionate nella loro operatività dagli equilibri interni ».

(11) Per la considerazione che l'inosservanza di una regola negoziale non può determinare la nullità del negozio essendo tale sanzione prevista unicamente in caso di violazione di norme imperative e negli altri casi stabiliti espressamente per legge (art. 1418 c.c.) e che, pertanto, è più corretto parlare nel caso di specie di inefficacia assoluta dell'alienazione delle azioni, cfr. SBISA, *op. cit.*, 365; SQUILLACE, *La prelazione societaria*, in *Giur. comm.*, 1990, II, 586 s.; SANSONE, *Clausola di prelazione nella vendita di azioni*, in *Soc.*, 1988, 689 ss.

(12) Cfr. al riguardo per tutti: BIANCA, *Diritto civile*, III. *Il contratto*, Milano 2000, 268 s.

(13) Cfr. per tale opinione GRAZIANI, *op. cit.*, 201 s.

(14) Cfr. MOSCARINI, *La prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 984, che ricorda, al riguardo, le figure introdotte dal codice civile a tutela della compattezza delle compagini sociali (come quelle di cui agli art. 2441, comma 3, e 2477, comma 2) e le figure introdotte dalla legislazione speciale in materia agraria ed in materia di locazione di immobili adibiti ad attività produttiva, che tendono nell'insieme « a perseguire una funzione di tutela non più della proprietà bensì dell'impresa, assunta come valore meritevole appunto di tutela anche a discapito della stessa proprietà ».

Cfr. in argomento anche BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli 1977, 176, che parla dell'efficacia reale del patto quando la prelazione tutela un interesse che si connette alla destinazione del bene.

Nell'assenza di una completa e generale regolamentazione codicistica (15), la ricostruzione più convincente della prelazione volontaria (contrapposta a quella derivante direttamente dalla legge, che la ricollega a fattispecie tassative da essa determinate) è quella che configura detta prelazione come un esempio emblematico di contratto unilaterale, con propria autonoma causa (16), consistente nella rinuncia da parte di un soggetto (promittente o concedente) alla libera scelta dell'altro contraente in virtù della promessa resa ad altro soggetto (c.d. prelazionario) di preferirlo, a parità di condizioni, rispetto a terzi qualora in futuro decida di stipulare un determinato contratto (17).

Nel definire il contenuto del patto di prelazione è stato poi chiarito in modo puntuale che da detto patto nascono a carico del promittente non un obbligo a contrarre ma invece due distinti obblighi: il primo a carattere positivo (*facere*), consistente nel rendere nota al prelazionario la volontà di concludere il contratto a certe condizioni (*denuntiatio*), ed il secondo a carattere negativo (*non facere*) di non stipulare il contratto stesso con i terzi prima o in pendenza della *denuntiatio* (18).

Nell'ambito della procedura, talvolta complessa, di attuazione del patto di prelazione (19), assume di certo rilievo, al fine di stabilire l'esatto « adempimento » del suddetto patto, la *denuntiatio*, che è stata da molti configurata come proposta contrattuale (20), revocabile alla stregua dell'art.

(15) Come è stato osservato da CATRICALÀ, *Patto di preferenza*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, 512, l'art. 1566 c.c. dell'odierno codice civile « detta per l'istituto in oggetto una disciplina incompleta che, per di più, rifacendosi in modo specifico al diritto di preferenza nel contratto di somministrazione, non sembra applicabile, in via generale, ai casi in cui il patto riguarda altri tipi negoziali ».

(16) Per l'infondatezza della tesi diretta ad identificare o accostare il patto di prelazione al contratto preliminare unilaterale cfr.: BIANCA, *loc. cit.*, che osserva come, a differenza di quanto accade nel preliminare, nel patto di prelazione il promittente rimane del tutto libero di contrarre o non contrarre e nessuna attuale pretesa può riconoscersi al promissario in ordine alla conclusione del contratto, cui *adde* per analoghe considerazioni SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, cit., *Libro quarto. Delle obbligazioni* (Art. 1321-1352), 1970, 157, il quale osserva che nel patto di prelazione (o di preferenza) l'obbligo di scegliere il contraente assume un contenuto e serve ad un fine ben diverso da quello di concludere un contratto futuro e anche da quello caratterizzante l'opzione, in cui il proponente rimane vincolato sin dall'inizio del contratto ed all'oblatto spetta il potere di accettarlo o meno. E sempre per l'affermazione che l'opzione « dà luogo ad un precostituito ed incondizionato diritto di acquistare, che rimane in sospenso, mentre nella prelazione, il diritto di acquistare è subordinato alla decisione del compratore di rivendere » v.: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, pt. I, t. I, Milano 1954, 70 s.

Per la configurabilità del patto di prelazione come preliminare unilaterale di vendita, con condizione sospensiva potestativa, v. invece: RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO, XXIII, Milano 1962, 63.

In giurisprudenza sul punto cfr.: Cass. 20 giugno 1986 n. 4116, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1454, e in *Vita not.*, 1986, 1249, anche per la statuizione che, in caso di inadempimento del promittente, il patto di prelazione ne comporta unicamente la responsabilità per danni, non essendo suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. perché il bene oggetto della pattuita prelazione non può essere né trasferito al promissario del disponente che lo ha ormai allenato né restituito dal terzo acquirente, che non è soggetto al riscatto, previsto soltanto per le prelazioni reali.

(17) Cfr. al riguardo per tutti: GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2000, 866 ss.; FREZZA, *Il patto di prelazione*, in questa *Rivista*, 1993, II, 405 ss.; CATRICALÀ, *loc. cit.*; BIANCA, *op. cit.*, 266.

(18) Così GAZZONI, *op. cit.*, 867, cui *adde* CATRICALÀ, *op. cit.*, 515, il quale dichiara di condividere la tesi secondo cui l'obbligazione del promittente nel patto di prelazione assume un duplice contenuto, un obbligo positivo di fare una *denuntiatio* che valga proposta ferma, ed un obbligo negativo di astenersi di concludere il contratto per il congruo *spatium deliberandi* concesso al promissario.

In giurisprudenza cfr. al riguardo: Cass. 12 aprile 1999 n. 3571, in *Riv. not.*, 1999, 1283.

(19) Parlano della *denuntiatio* come di un gradino del complesso iter esecutivo del negozio GRECO, COTTINO, *Vendita*, in *Commentario al codice civile*, cit., *Libro quarto. Delle obbligazioni* (Art. 1470-1547), 1981, 38, che precisano infatti come gli obblighi contrattuali non si esauriscano con essa ma solo « con il dare concretamente al promissario la preferenza nella conclusione del contratto » e, in ogni caso, data l'unilateralità del patto, « con il tenere ferma la proposta sino alla scadenza del termine pattuito per l'esercizio della prelazione, senza concludere il contratto con il terzo ».

(20) Ravvisano nella *denuntiatio* una vera e propria proposta contrattuale tra gli altri: BIANCA, *op. cit.*, 269 ss.; BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano 1984, 116; RUBINO, *op. cit.*, 67;

1328 c.c., e nei limiti da detta disposizione previsti (21). Se il proponente, quindi, decide di non contrattare più con nessuno non lede per ciò stesso il diritto del prelazionario, concretizzandosi la violazione di tale diritto solo quando il concedente conclude il contratto con il terzo (22). Corollario di una siffatta opinione è che la *denuntiatio* deve contenere tutte le condizioni contrattuali necessarie per consentire al promissario di valutare la convenienza ad avvalersi della prelazione (23), mentre se dette condizioni mancano si è in presenza di una proposta incompleta, che ben può assumere il valore di un invito ad offrire, ossia « di una sollecitazione rivolta alla controparte a fornire gli elementi base del programma contrattuale » e che « può segnare l'inizio di una trattativa » (24).

Altro indirizzo ritiene che la *denuntiatio* configuri unicamente una mera partecipazione delle condizioni a cui un terzo è disposto a contrarre, e quindi vada ricondotta nello schema degli atti non negoziali di partecipazione (25), per concretizzare più precisamente un invito ad offrire che lascia l'autore — contrariamente a quanto avviene se si considerasse la *denuntiatio* come proposta — comunque libero di non vendere al prelazionario stante il suo interesse a verificare, prima, se quest'ultimo fa proprie le condizioni cui si è dichiarato disponibile il terzo, ed a decidere, solo in un momento successivo, se addivenire o meno alla stipulazione (26).

In questa ottica si è poi osservato che se l'interpello o l'invito avviene a seguito di trattative o di un'offerta semplice del terzo, la mancata adesione o, a maggiore ragione, l'espresso rifiuto, legittimano, senz'altro, il promittente a concludere con il terzo medesimo, purché beninteso, alle condizioni già rese note (27). Come si è osservato, il risvolto pratico di un simile modo di argomentare consiste nel fatto che la semplice conoscenza, comunque acquisita, dell'esistenza di un procedimento contrattuale instaurato fra soggetto passivo e terzo, giustifica l'immediato esercizio del diritto di prelazione da parte del prelazionario (28).

SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 704; CATRICALÀ, *loc. cit.*

(21) Così RUBINO, *loc. cit.*, cui *adde* CATRICALÀ, *op. cit.*, 515 s., per il quale la tesi della *denuntiatio* come proposta ferma, pur seguita in giurisprudenza, appare originata da una confusione tra istituti nettamente distinti: la prelazione e l'opzione, perché mentre in quest'ultima « il concedente è già pervenuto alla determinazione di contrarre e si limita a rendere irrevocabile la proposta, nel caso del patto di preferenza, il concedente è libero di concludere o meno il contratto e non v'è motivo alcuno di negare che l'eventuale proposta sia revocabile secondo i principi generali ».

(22) In questi termini cfr. BIANCA, *op. cit.*, 270 s., per il quale l'inadempimento del diritto di prelazione può riscontrarsi anche quando il concedente abbia già stipulato un contratto preliminare con il terzo, anche se in tal caso non si tratta di un inadempimento definitivo in quanto il concedente è ancora obbligato a dare la preferenza al promissario, e tale obbligo potrebbe essere soddisfatto mediante la stipulazione a suo favore del contratto definitivo.

(23) Osserva CATRICALÀ, *op. cit.*, 515, come al fine della determinazione del contenuto della *denuntiatio* possa farsi riferimento alla normativa in tema di prelazione legale, e ricorda al riguardo che l'art. 732 c.c. prevede che la proposta di alienazione (della quota ereditaria o di parte di essa) debba contenere l'indicazione del prezzo (indicazione già prescritta dall'abrogato art. 966 c.c.).

(24) Cfr., al riguardo, CENICCOLA, *Profili strutturali e funzionali della denuntiatio nella prelazione societaria*, in *Giur. merito*, 1997, I, 90.

(25) Cfr. al riguardo VETTORI, *op. cit.*, 76; DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano 1950, 112 ss.; GRECO, *Sul patto di prelazione per la cessione di una quota di accomandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 238 ss.

(26) Per tale opinione, cfr. GABRIELLI, *Prelazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma 1990, 5, cui mostra di volere aderire anche GAZZONI, *op. cit.*, 868, il quale precisa che il promittente è, comunque, libero di non vendere al prelazionario a condizione di non vendere nemmeno a terzi.

(27) In questi esatti termini GABRIELLI, *loc. cit.*, il quale ricorda anche che se poi il contratto non si perfezionasse per qualsivoglia ragione, l'obbligo di prelazione permarrrebbe e sarebbe necessaria, ad una nuova occasione, un'altra *denuntiatio*.

(28) Cfr. in tali esatti termini FREZZA, *op. cit.*, 416, che ricorda come contro la tesi prospettata la dottrina abbia osservato che la valutazione della *denuntiatio* quale avviso o interpellanza non è sempre conciliabile con alcune disposizioni in tema di prelazione legale in cui viene espressamente previsto l'obbligo di notificare una proposta (art. 732 c.c.; art. 966 c.c.; art. 8, comma 4, l. n. 590 del 1965, disposizione quest'ultima poi modificata dall'art. 8 l. 14 agosto 1971 n. 817), ed abbia altresì evidenziato che risulta infondata la premessa su cui si fonda la classificazione della *denuntiatio* come atto non negoziale partecipativo di un evento perché è proprio la volontà del soggetto passivo di volere o meno concludere il contratto a far sorgere l'obbligo di comunicazione e perché solo questa volontà anima la proposta da inviare al preferito.

A ben vedere, una maggiore aderenza a quanto accade nella realtà fattuale viene espressa dalle c.d. « teorie eclettiche », che ritengono come non sia corretto dare una risposta alla problematica della natura giuridica della *denuntiatio* in termini rigidi e definitivi perché la portata di essa va decisa caso per caso dopo avere vagliato se il promittente abbia inteso attribuire alla controparte, sia pure sotto condizione, il potere di concludere direttamente il contratto con la sua dichiarazione, oppure abbia voluto emettere una proposta definitiva oppure, infine, vincolarsi ad una mera comunicazione dello stato delle trattative o delle intese già raggiunte con il terzo (29). Ed invero, la considerazione che il patto di prelazione, quale espressione della autonomia privata, può avere il più vario contenuto e la più accentuata articolazione, porta a concludere che il patto stesso può disciplinare in maniera differenziata l'*iter* procedurale diretto a privilegiare — seppure a parità di condizioni — il promissario nei confronti di ogni altro soggetto nella conclusione di un negozio dispositivo su uno o più beni (determinati o determinabili) del promittente. In questi termini il suddetto patto può definirsi come una « convenzione di procedimentalizzazione » delle trattative, nell'ambito delle quali la *denuntiatio* può essere costruita come mero avviso o interpello o, invece, come vera e propria proposta contrattuale avente tutti gli elementi richiesti per procedere alla stipulazione (30). Tutto ciò, al di là della definizione della natura della *denuntiatio*, porta, da un lato, ad affermare che, per la corretta individuazione degli obblighi gravanti sul promittente (e dei diritti del promissario), costituisce presupposto necessario il rispetto, nell'interpretazione del patto di prelazione, dei canoni ermeneutici dettati dagli art. 1362 ss. c.c.; e induce, dall'altro lato, ad applicare, una volta esaurita l'indagine ermeneutica, i principi di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c. come parametro sul quale valutare la condotta delle parti negoziali ed il concretizzarsi di eventuali comportamenti inadempienti del promittente (31), in funzione della determinazione di possibili danni scaturenti da detti comportamenti, fonte di responsabilità, di natura contrattuale (32).

(29) Per questa opinione v.: ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, cit., 200 ss.; BENEDETTI, *Prelazione e riscatto nell'alienazione dei fondi rustici*, in *Scritti in onore di Pugliatti*, I, t. 1, Milano 1978, 132; DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano 1950, 107 ss.

(30) Per riferimenti alle teorie « eclettiche » cfr., CENICCOLA, *op. cit.*, 89 s. e nt. 15.

(31) Cfr. per una valorizzazione del principio di buona fede BIANCA, *op. cit.*, 500 ss., il quale ricorda che mentre negli altri ordinamenti, ed in particolare in quello tedesco, il richiamo alla buona fede ha consentito di adeguare l'applicazione della legge ad esigenze di giustizia particolarmente avvertite dalla coscienza sociale, nel nostro ordinamento, invece, l'applicazione giurisprudenziale del principio di buona fede ha incontrato una certa difficoltà che è anzitutto difficoltà di intendere il significato e la portata del principio (p. 502). In argomento vedi pure — per l'attribuzione al principio della buona fede anche di una funzione integrativa del contenuto contrattuale — MORELLI M.R., *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in questa *Rivista*, 1994, I, 2159; DI MAJO, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1991, 794, il quale addebita il ritardo della dottrina, nel comprendere la portata del principio di buona fede, alla « scarsa familiarità con una teoria dell'obbligazione a tutto campo (sull'esempio dello *Schuldrecht* tedesco) », che ha impedito il maturarsi su questo versante, della « consapevolezza del carattere complesso (del contenuto) dell'obbligazione, e ciò nel senso del suo allargamento anche ad interessi diversi da quello più strettamente di prestazione ».

(32) Per una ampia panoramica sulla natura del risarcimento danni nella materia in esame cfr. FREZZA, *op. cit.*, 421 ss. cui adde GABRIELLI, *Prelazione*, cit., 8 s., che rammenta tra l'altro come sia pacifica l'opinione fondata sull'art. 1372 c.c. che il diritto derivante dal patto di prelazione ha natura personale o relativa e che, quindi, è inopponibile al terzo contraente, sicché se si tratta di prelazioni per l'acquisto, come in pratica avviene il più delle volte, la reazione del promissario contro l'inadempimento non può mai pregiudicare la posizione del terzo, avente causa dal promittente.

In giurisprudenza per l'applicazione dell'art. 2932 c.c. in una fattispecie in cui è stato attribuito valore di proposta di preliminare alla comunicazione del promittente e significato di accettazione di tale preliminare alla risposta dei promissari, si da ritenersi concluso un *pactum de contrahendo*, v. Cass. 16 dicembre 1992 n. 13282, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 96 ss., con nota di GRASSI, *Prelazione a vendere e contratto preliminare*. Per la statuizione invece che l'obbligazione scaturente dal contratto di prelazione non comporta, in caso di inadempimento, l'esecuzione in forma specifica a norma dell'art. 2932 c.c. ma soltanto il risarcimento del danno v.: Cass. 12 aprile 1999 n. 3571, cit. ed, in epoca più risalente, negli stessi sensi: Cass. 1° aprile 1987 n. 3124, in *Foro it.*, 1987, I, 1452 e Cass. 23 gennaio 1975 n. 265, *ivi*, 1975, I, 836, e in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1206.

3. Le considerazioni sinora svolte risultano di particolare utilità nella soluzione della problematica — sorta in particolare modo con riferimento alla prelazione per l'acquisto di azioni o quote, rispettivamente riconosciuta ai soci dall'atto costitutivo o dallo statuto di società di capitali — circa la necessità di indicare al promissario nella *denuntiatio* (o di far comunque conoscere allo stesso) il nome del soggetto che ha formulato la proposta di acquisto.

La giurisprudenza sembra orientata a richiedere detto requisito sulla base di una lettura della clausola non avulsa dal significato e dalla portata dello statuto (e/o dell'atto costitutivo) della società, osservando al riguardo che la serietà e la concretezza dell'affare devono da parte del promissario valutarsi sulla base delle circostanze del caso concreto e che — specificamente nelle società a base familiare — la previsione di un patto di preferenza può essere concepito all'unico fine di impedire a terzi non graditi di divenire soci e di attribuire, quindi, al titolare della prelazione la scelta di permettere o escludere l'ingresso di terzi nella compagine sociale (33).

Una siffatta soluzione trova conforto, oltre che nei canoni di ermeneutica contrattuale, anche nei principi di correttezza e buona fede, che devono, come detto, presiedere alla lettura della clausola di prelazione (34). Gli art. 1175 e 1375 c.c. rispondono, come del resto si evince dal loro contenuto, ad una visione dinamica del contratto perché impongono un criterio di valutazione incentrato non su regole astratte e predeterminate ma su misure destinate a precisarsi di volta in volta, ad attualizzarsi, cioè, in ragione delle specifiche caratteristiche della singola vicenda e delle circostanze che l'accompagnano, in una ottica valutativa improntata ad una opportuna flessibilità capace di valorizzare gli aspetti peculiari di ogni singola fattispecie (35). In tal modo la buona fede, a meno che non la si voglia relegare a « mera formula linguistica » priva così di qualsiasi precettività e di qualsiasi significato, è chiamata ad assolvere compiti di particolare incisività proprio in quei settori che, in ragione della natura e della rilevanza degli interessi coinvolti, richiedono un costante e continuo adeguamento degli schemi normativi alla realtà fattuale nelle sue molteplici varianti ed al mutare delle esigenze socio-economiche, di cui non può non tenersi il dovuto conto sul piano della conciliazione degli interessi confliggenti (36).

Orbene, alla luce delle considerazioni sinora svolte non può trascurarsi di considerare che, contrariamente a quanto avviene negli altri casi di prelazione volontaria in cui la valutazione del promissario alla conclusione del negozio risulta condizionato esclusivamente da elementi oggettivi, e cioè soltanto dal contenuto negoziale, nella prelazione societaria, invece, è suscettibile di assumere particolare rilievo anche la persona del terzo, atteso che l'acquisto delle quote azionarie da parte di quest'ultimo produce nei confronti dei soci, che rinunziano ad esercitare la prelazione, una situazione destinata a protrarsi nel tempo stante il rilievo che l'*intuitus personae* assume nelle società a struttura familiare o con accentuato vincolo fiduciario. Né sotto altro versante può sottacersi che l'introduzione del patto di prelazione nell'atto costitutivo o nello statuto di una società di capitali è, di regola, funzionalizzata a tutelare la concentrazione del patrimonio sociale e ad impedire l'ingresso di soci sgraditi (37).

(33) Cfr. in questi sensi Cass. 12 marzo 1981 n. 1407, cit., richiamata nella sentenza annotata.

(34) Per la statuizione che la *denuntiatio*, destinata a rappresentare l'adempimento di un dovere derivante dal contratto sociale, va valutata alla stregua dei doveri di correttezza e buona fede: Trib. Napoli 21 gennaio 1995, in *Giur. merito*, 1997, I, 82, che su tale premessa ha ritenuto non rispettosa di tali doveri la condotta di alcuni soci, i quali in luogo di presentare *denuntiationes* plurime e tra loro autonome (ognuna relativa alle quote di partecipazione di ciascuno di essi), hanno invece preferito una *denuntiatio* unitaria e collettiva compromettendo così « la chiarezza e completezza della proposta indirizzata ai soci prelazionari, e contravvenendo ai fondamentali canoni dettati dagli art. 1175 e 1375 c.c. ».

(35) Per un approccio alla tematica della buona fede, volto ad ampliarne la portata ed a valorizzarne il contenuto, cfr.: BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, in *Diritto civile, III. Obbligazioni e contratti*, Torino 1999, 69 ss., che identificano nella regola della correttezza « un criterio di valutazione che deve servire in concreto al giudice per valutare in che modo (cioè: se correttamente oppure no) le parti, nell'attuare il rapporto *hic inde* si siano comportate ». Per un esame delle diverse posizioni dottrinarie in argomento v. *amplius*: BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino 1988, 170 ss. e 183 ss.

(36) Per un analogo atteggiarsi della buona fede ex art. 1375 c.c. nell'ambito giuslavoristico cfr.: VIMIRI, *La parità di trattamento. Il lavoro femminile*, Padova 1997, 11.

(37) Per l'affermazione che nei casi in cui la prelazione trova giustificazione in una situazione rispetto alla quale assume rilievo l'*intuitus personae* la *denuntiatio* debba contenere l'indicazione del

Ne consegue che l'escludere dalla *denuntiatio* (o celare in qualsiasi altro modo) l'indicazione del soggetto cui verrebbe alienato il pacchetto azionario nell'ipotesi di mancato esercizio della prelazione (38), finirebbe per frustrare le suddette finalità e per impedire, contro ogni principio di correttezza e buona fede contrattuale, un ponderato esercizio del diritto da parte del beneficiario, rendendo possibile il moltiplicarsi di abusi da parte del promittente (39).

GUIDO VIDIRI

terzo offerente, cfr.: SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, cit., 707 ss.

(38) Così, invece, App. Bologna 25 gennaio 1978, in *Giur. comm.*, 1982, II, 303.

(39) Riconosce la necessità della indicazione del nome del terzo per evitare possibili abusi ed inconvenienti: Cass. 12 marzo 1981 n. 1407, cit.