

Capitolo III

## **Le società di capitali**



## Sezione Prima

# Le basi negoziali

Le società di capitali sono costituite per contratto o atto unilaterale (1.1). In entrambi i casi si parla di atto costitutivo, ed eventualmente di statuto, con il contenuto minimo indicato dalla legge (1.2). Gli stipulanti possono arricchire il contenuto dell'atto costitutivo ovvero stipulare altri accordi *a latere*, detti patti parasociali. Se certamente parasociale è ciò che non trova sede nell'atto costitutivo, non sempre invece tutto ciò che ha sede nell'atto costitutivo è sociale: alcune disposizioni pur contenute nell'atto costitutivo, infatti, vincolano solo coloro che le hanno accettate e non anche coloro che diverranno soci in futuro per effetto dell'acquisto delle partecipazioni (1.3). In particolare, una serie di pattuizioni relative alla circolazione delle partecipazioni possono essere ospitate sia nell'atto costitutivo sia nei patti parasociali, appunto, con diversi effetti e limiti (1.4). La costituzione delle società di capitali segue un procedimento formale scandito in tre fasi: a) la stipulazione dell'atto pubblico; b) il controllo dell'atto da parte del notaio; e c) l'iscrizione nel registro delle imprese (2.1). La personalità giuridica consegue all'iscrizione della società nel registro delle imprese e pertanto, per gli atti compiuti dagli organi nominati dall'atto costitutivo prima di tale momento, rispondono coloro che hanno agito (2.2). Tuttavia, è incerto se la società in formazione possa essere comunque considerata un soggetto giuridicamente esistente, capace perciò di diritti ed obblighi in proprio (2.3). Come per le società personali, così anche per quelle di capitali si pone il problema delle ripercussioni di eventuali invalidità dell'atto costitutivo sul soggetto venuto ad esistenza e che abbia già operato: alle società di capitali si applica una disciplina espressa, di origine europea, che restringe le cause di nullità ad un limitato numero di ipotesi tipiche e che disciplina gli effetti dell'accertamento della nullità facendoli coincidere con quelli dello scioglimento (3.1). L'invalidità di singole partecipazioni, pur ammissibile, non dà corso a nullità della società, neppure se si tratti di partecipazioni essenziali: la stessa dà corso allo scioglimento del vincolo partecipativo, al pari di una causa di recesso (3.2). In questo e in consimili casi, perciò, la società è tenuta alla restituzione del conferimento; se il conferimento è stato fatto in natura, e sia possibile, anche la restituzione deve avvenire in natura (3.2). Dopo l'iscrizione della società nel registro delle imprese, l'atto costitutivo può essere modificato in ogni sua parte. Per regola, che soffre pochissime eccezioni, le modifiche sono approvate collegialmente (cioè, in assemblea) a maggioranza, sebbene spesso rafforzata (4.1). A coloro che dissentono dalle modifiche più significative delle basi negoziali della società spetta il diritto di recesso (4.3). Le modifiche dell'atto costitutivo, per essere efficaci, seguono un procedimento analogo a quello costitutivo: a) la delibera modificativa è adottata in assemblea (straordinaria nelle società per azioni) alla presenza di un notaio che funge

da segretario; b) il notaio opera un controllo di legalità sull'atto e c) provvede al deposito presso il registro delle imprese, se è soddisfatto dell'esito di tale controllo. In caso contrario, comunica le proprie obiezioni e rimette all'organo amministrativo della società di ricorrere all'omologazione giudiziaria (4.2). Le modificazioni dell'atto costitutivo sono efficaci dall'iscrizione nel registro delle imprese.

**SOMMARIO:** 1. L'atto costitutivo di società di capitali. – 1.1. Atto costitutivo e statuto. – 1.2. Il contenuto eventuale dell'atto costitutivo: autonomia statutaria e autonomia privata. – 1.3. *Segue.* I 'confini' tra sociale e parasociale. – 1.4. *Segue.* Clausole e patti limitativi della circolazione delle partecipazioni. – 2. Il procedimento di costituzione di società di capitali. – 2.1. Stipulazione dell'atto, controllo notarile e iscrizione nel registro delle imprese. – 2.2. Le operazioni compiute prima dell'iscrizione. – 2.3. La società in formazione. – 3. La nullità della società e i vizi della partecipazione. – 3.1. La nullità della società. – 3.2. L'invalidità delle singole partecipazioni. – 4. Le modificazioni dell'atto costitutivo. – 4.1. Le deliberazioni modificative dell'atto costitutivo. – 4.2. Il controllo sulle deliberazioni modificative e l'iscrizione. – 4.3. Modificazioni dell'atto costitutivo e diritto di recesso. Cenni e rinvio.

## 1. L'atto costitutivo di società di capitali.

### 1.1. Atto costitutivo e statuto.

1. Atto  
costitutivo  
unilaterale e  
contratto

Come abbiamo già visto (I.2.1.), mentre le società per azioni e a responsabilità limitata possono essere costituite per contratto o per atto unilaterale, dunque anche da un solo fondatore [2328<sup>1</sup>; 2463<sup>1</sup>]<sup>1</sup> – le s.r.l. semplificate, però, solo da persone fisiche [2463bis] – le società di persone, devono essere costituite da almeno due fondatori, perciò necessariamente per contratto. Lo stesso vale per le cooperative, che devono essere costituite, a seconda dei casi, da almeno nove o da almeno tre fondatori [2522].

La diversa fonte negoziale – atto unilaterale o contratto – o la pluralità dei fondatori non influiscono sulla natura dell'atto costitutivo, né sulle caratteristiche della società costituita<sup>2</sup>. Anche la società creata con atto unilaterale,

<sup>1</sup> Si ritiene ammissibile anche la costituzione per atto unilaterale delle società in accomandita per azioni, purché il socio unico rivesta la qualità di socio accomandatario: in questo senso, Scialoja-Branca[2452-2461]/BARCELLONA-COSTI-GRANDE STEVENS, 76 s.

<sup>2</sup> Il fatto che l'atto costitutivo possa essere unilaterale o plurilaterale non comporta variazioni di disciplina in punto di forma, contenuto o interpretazione: in argomento, Scialoja-Branca [2325-2341ter]/GALGANO-ZANELLI, 46 ss.; IBBA [1995], 51 ss.; Colombo-Portale[1\*]/STELLA RICHTER jr., 203 ss.; MBGN[3215-2345]/STELLA RICHTER jr., 78; Studi Campobasso[1]/

infatti, è idonea a stabilire vincoli associativi con più soci e a soddisfarne lo scopo comune: tant'è che ogni società nata unipersonale può divenire pluripersonale e viceversa. Piuttosto, ciò che rileva è l'*unipersonalità della società*, che può essere originaria o sopravvenuta: per le società unipersonali sono infatti previste speciali disposizioni in materia di conferimenti, pubblicità e contratti con l'unico socio, che vedremo in seguito (III.1.2.1.).

Nella disciplina delle s.p.a. (e delle s.a.p.a.), si fa ancora distinzione tra atto costitutivo e statuto, mentre la stessa non è più presente nella disciplina delle s.r.l., ove si parla solo di atto costitutivo: non è però vietato che anche nelle s.r.l. si adoperi la medesima distinzione. Ove si tratti di documenti separati, per atto costitutivo si intende l'atto unilaterale o il contratto con il quale la società viene formata, mentre per statuto si intende il documento ove sono indicate le regole di funzionamento della società. Anche se forma oggetto di atto separato, lo statuto costituisce parte integrante dell'atto costitutivo e in caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde [2328<sup>2</sup>]<sup>3</sup>.

2. *Atto costitutivo e statuto*

A nulla rilevando se la società sia stata costituita da uno o più fondatori, atto costitutivo e statuto si interpretano secondo le regole generali di ermeneutica del contratto [1362-1371]<sup>4</sup>. L'interpretazione dell'atto costitutivo e dello statuto dovrà essere condotta, essenzialmente, secondo criteri oggettivi, privilegiando il significato proprio delle parole impiegate nelle singole clausole [1362], interpretando le une per mezzo delle altre [1369]<sup>5</sup> e in modo tale da assegnare un significato alle clausole stipulate piuttosto che non riconoscerne alcuno [1367]<sup>6</sup>. A ragione della potenziale estensione anche a soci

3. *... e interpretazione del contratto*

---

STELLA RICHTER jr., 272 ss.; Abbadessa-Portale/VIGGIANI, 178 ss. Sulla possibilità di includere l'atto costitutivo di una società di capitali in un testamento pubblico, v. nt. 28 e testo corrispondente.

<sup>3</sup> In argomento, Scialoja-Branca[2325-2341ter]/GALGANO-ZANELLI, 97 ss.; CBCM[2325-2409]/NTUK, 74 s.; Niccolini-Stagno d'Alcontres/SEPE, 56 ss.; Colombo-Portale[1\*]/STELLA RICHTER jr., 168 ss.; MBGN[2325-2345]/STELLA RICHTER jr., 129 ss.; Maffei Alberti/TASSINARI, 39 ss. V. anche T. Roma, 17-09-1991, FI[1991/I]3464, che ha ritenuto omologabile l'atto costitutivo anche in mancanza di uno statuto.

<sup>4</sup> In argomento, soprattutto, RIZZI [*Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Giuffrè, Milano, 2002], 511 ss., nonché Cottino[IV.1]/ABRIANI-MONTALENTI, 36 ss.; Colombo-Portale[1\*]/ANGELICI, 155 ss.; ANGELICI, RDCComm[1993/I]797; Rescigno[16]/ANGELICI, 230 ss.; BOVE, D&G[2004]170; IBBA, RDCiv[1995/I]525; Studi Abbadessa/SANFILIPPO, 561 ss.; Colombo-Portale[1\*]/STELLA RICHTER jr., 301 ss.; Studi Campobasso[1]/STELLA RICHTER jr., 280 s.

<sup>5</sup> In questo senso, soprattutto, ANGELICI, RDCComm[1993/I]797, 817 ss. (che però ammette la rilevanza del comportamento successivo); DE LUCA-NAPOLITANO, Soc[2016]685; Abbadessa-Portale/VIGGIANI, 211.

<sup>6</sup> In applicazione di questo principio, C. 14-03-2016, n. 4967, Soc[2016]683, n. de Luca, Napolitano, ha affermato che la clausola statutaria di una società per azioni che richieda una

diversi dai fondatori e della modificabilità a maggioranza, infatti, non potrà farsi riferimento alla comune intenzione delle parti o al loro comportamento complessivo [1362]<sup>7</sup>. Resta invece fermo che lo statuto va interpretato secondo buona fede [1366]<sup>8</sup>.

4. *Contenuto dell'atto costitutivo*

L'atto costitutivo ed, eventualmente, lo statuto, redatti o – quanto meno – tradotti in lingua italiana<sup>9</sup>, devono contenere una serie di indicazioni [2328; 2463; 2463bis].

1) Il cognome e il nome o la denominazione<sup>10</sup>, la data e il luogo di nascita o lo Stato di costituzione, il domicilio o la sede, la cittadinanza dei soci<sup>11</sup>

---

maggioranza rafforzata per le delibere aventi ad oggetto gli argomenti concernenti determinate materie non può essere modificata con maggioranza ordinaria. La massima della Suprema Corte è stata fatta propria da Cons. Not. Triveneto, *Massima* n. H.F.4 (09-16), osservando che «se, diversamente, fosse consentito alla medesima maggioranza cui è inibito di adottare determinate delibere di rimuovere il divieto alla loro adozione, si renderebbe priva di effetto la clausola che introduce i quorum rinforzati, in violazione della regola ermeneutica contenuta nell'art. 1367 c.c.».

Come vedremo in seguito, il criterio dell'interpretazione conservatrice assume particolare rilevanza in caso di clausola inserita formalmente nello statuto, ma incompatibile con lo stesso, alla quale possa però riconoscersi valore parasociale: e v. III.1.1.3.

<sup>7</sup>In questo senso, C. 16-06-2011, n. 12234, Contr[2012]148, n. Tarantino, la quale ha affermato che è inammissibile il ricorso a criteri interpretativi dell'atto costitutivo basati sulla comune intenzione dei contraenti, dovendo piuttosto l'interpretazione dell'atto stesso basarsi su criteri obiettivi (nel caso di specie, si discuteva circa la possibilità di dimostrare che la società fosse stata costituita con l'intenzione di escludere lo scopo di lucro); in senso conforme, C. 12-12-2006, n. 26683; C. 05-01-1991, Soc[1991]189; T. Bologna, 15-06-2010, Soc [2010] 1273. È stata inoltre affermata l'impossibilità di fare riferimento alla comune intenzione delle parti per qualificare diversamente il tipo formalmente adottato: e v. C. 10-12-1996, n. 10970, FI[1998/I]212; GC[1998/II]31, n. Sciuto, nonché quanto già osservato *retro* I.3.4., testo e note.

<sup>8</sup>Nel senso che lo statuto debba essere interpretato secondo buona fede, ma che si tratta di criterio soggettivo, da utilizzare alla luce della comune intenzione, v. C. 14-03-2016, n. 4967, Soc[2016]683, n. (in generale adesiva, ma sul punto critica) de Luca, Napolitano.

<sup>9</sup>Sulla possibilità di redigere l'atto costitutivo in lingua straniera e sul rilievo, essenziale o ancillare, della traduzione in lingua italiana, v. MBGN[2325-2345]/STELLA RICHTER jr., 83 ss.

<sup>10</sup>Non è ammessa la stipulazione dell'atto costitutivo per persona da nominare e le persone degli stipulanti devono essere rese note: Scialoja-Branca[2325-2341ter]/GALGANO-ZANELLI, 62; MBGN[2325-2345]/STELLA RICHTER jr., 90. In ogni caso, l'espressione "denominazione" è da intendersi in senso ampio, potendo partecipare alla stipulazione dell'atto costitutivo non solo società di capitali, ma ogni altro ente dotato di soggettività o personalità, di diritto privato o pubblico: DI SABATO [2011], 201 s.; Scialoja-Branca[2325-2341ter]/GALGANO-ZANELLI, 63.

<sup>11</sup>Sulla partecipazione di cittadini stranieri o di persone giuridiche straniere al capitale delle società costituite in Italia, v. I.4.2. In particolare, si ricorda che gli Stati membri dell'UE applicano la disciplina nazionale anche nei confronti della partecipazione finanziaria dei cittadini degli altri Stati membri al capitale delle società [art. 55 TFUE].

e – nelle società per azioni e in accomandita per azioni – degli eventuali promotori, nonché il numero delle azioni assegnate a ciascuno di essi. Per le società unipersonali, dal registro delle imprese deve risultare l'indicazione del cognome e nome o della denominazione, della data e del luogo di nascita o lo Stato di costituzione, del domicilio o della sede e cittadinanza dell'unico socio [2362<sup>1-4</sup>; 2470<sup>4-7</sup>] <sup>12</sup>.

2) La *denominazione*, contenente l'indicazione di società per azioni [2326], in accomandita per azioni (e il nome di almeno uno degli accomandatari) [2453] o a responsabilità limitata [2463<sup>2, n. 2</sup>] <sup>13</sup>, e il comune ove sono poste la sede della società <sup>14</sup> e le eventuali sedi secondarie. Dagli atti e dalla corrispondenza [2250<sup>4</sup>] deve in particolare risultare se si tratta di società unipersonale (anche con l'espressione 'a socio unico' e simili) <sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Quando muta la persona dell'unico socio o tutte le partecipazioni sociali si concentrano nelle mani di un solo socio – ovvero, all'opposto, quando si costituisce o ricostituisce la pluralità dei soci – gli amministratori, o in difetto l'unico socio o colui che cessa di essere tale, devono darne comunicazione al registro delle imprese, entro trenta giorni dall'avvenuta variazione della compagine sociale. L'unico socio che non osservi le prescrizioni appena viste in materia di pubblicità – o se vi adempia in ritardo, fino a tal momento – risponde illimitatamente delle obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui l'intera partecipazione gli è appartenuta. La responsabilità illimitata dell'unico socio, tuttavia, può essere fatta valere solo in caso di insolvenza della società stessa [2325<sup>2</sup>; 2462<sup>2</sup>] e, con la riforma del diritto fallimentare nel 2006, è stato chiarito che l'unico socio, ancorché illimitatamente responsabile, non è esposto al fallimento personale in estensione [art. 147<sup>1</sup> l. fall.]. In argomento, Cottino[IV.1]/ABRIANI-MONTALENTI, 88 ss.; Rescigno[16\*\*\*\*\*/ABRIANI, 83 ss.; MBGN[2325-2345]/ARDIZZONE, 10 ss.; MBGN[2462-2483]/ARDIZZONE, 12 ss.; Cottino[V.1]/CAGNASSO, 16 ss.; Maffei Alberti/GRANATIERO, 7 ss., 1729 ss.; Niccolini-Stagno d'Alcontres/LOFFREDO, 1406 ss.; Niccolini-Stagno d'Alcontres/SANFILIPPO, 422 ss.; Gabrielli-Santosuosso[2247-2378]/SANTOSUOSSO, 614 ss.

<sup>13</sup> Tale indicazione vale a integrare quella del tipo adottato e, dunque, riveste una funzione essenziale. È reputato sufficiente anche l'uso degli acronimi (s.p.a., s.a.p.a., s.r.l.), mentre si esclude che l'indicazione del tipo possa essere espressa esclusivamente in lingua straniera (ad es. *Aktiengesellschaft* o AG, nell'Alto-Adige): la stessa potrà però essere aggiunta. Sul punto, v. COSTI [*Il nome della società*, Cedam, Padova, 1964], 288 s.; Abbadessa-Portale/FABBIO, 150 ss.; MBGN[2325-2345]/STELLA RICHTER jr., 97 ss.

<sup>14</sup> Sulla rilevanza dell'indicazione del comune ove è posta la sede, anziché della via e del numero civico [111ter disp. att.], v. I.4.1. Secondo Scialoja-Branca[2325-2341ter]/GALGANO-ZANELLI, 66, ove la sede indicata nell'atto costitutivo non sia quella effettiva, il registro delle imprese dovrà rifiutare l'iscrizione e, in caso di iscrizione, si dovrà considerare prevalente la sede effettiva rispetto a quella dichiarata. Nello stesso senso si pone la Corte di Giustizia europea nell'interpretare la nozione di COMI (*Centre Of Main Interest*) di cui all'art. 3<sup>1</sup> Reg. n. 2015/848/UE, su cui v. I.4.1. (nt. 243).

<sup>15</sup> T. Napoli, 27-10-1998, Soc[1999]612, n. Nazzicone, ha però precisato che è illegittimo l'inserimento nella denominazione sociale dell'espressione «unipersonale», perché essa è modificabile soltanto con una deliberazione dell'assemblea straordinaria ed è idonea ad ingenerare il falso convincimento che alla società non possano partecipare altri soci.

3) L'attività che costituisce l'*oggetto sociale*, definizione che rileva non solo in relazione al contenuto dell'atto costitutivo<sup>16</sup>, ma anche con riferimento ai poteri degli amministratori<sup>17</sup>.

<sup>16</sup>L'oggetto sociale coincide con l'attività economica che la società si propone e questo deve essere determinato (v. A. Catania, 23-01-1987, Soc[1987]433; T. Roma, 03-03-1993, RN[1993]171; T. Torino, 17-12-1992, RN[1993]424; T. Pescara, 22-01-1992, RN[1992]694, nonché Cons. Not. Milano, *Massima* n. VI (08-05-2001), secondo cui deve essere specifico e non generico; Cons. Not. Triveneto, *Massima* n. G.A.2 (09-04)), lecito e possibile, altrimenti la società (o la delibera modificativa dell'atto costitutivo) è nulla [2332<sup>1</sup>, n. 2-3]; 2379<sup>1</sup>] (III.1.3.1.). In argomento, Rescigno[16\*\*\*\*]/ABRIANI, 33 ss.; Cottino[IV.1]/ABRIANI-MONTALENTI, 49 ss.; Rescigno[16]/ANGELICI, 236; BERTACCHINI [1995], 25 ss.; BIANCA [2008], 101 ss.; CAMPOBASSO [2], 151; DI SABATO [2011], 203; Scialoja-Branca[2325-2341ter]/GALGANO-ZANELLI, 69 ss.; LA VILLA [1974], 43 ss.; Studi Campobasso[1]/G. MUCCIARELLI, 310; CBCM[2325-2409]/NTUK, 63 ss.; Niccolini-Stagno d'Alcontres/SEPE, 47 s.; MBGN[2325-2345]/STELLA RICHTER jr., 108 ss.; Maffei Alberti/TASSINARI, 39 ss.; Abbadessa-Portale/VIGGIANI, 191 ss. Secondo alcuni, nelle società *holding*, l'oggetto sociale coincide con quello delle controllate, la cui attività la *holding* esercita in via indiretta e mediata, v. Cicu-Messineo [XXXVIII]/GALGANO, 40 ss. (e v. I.2.2., nt. 124).

La modifica dell'oggetto sociale di una s.p.a., quando comporta un *cambiamento significativo* dell'attività della società, attribuisce il diritto di recesso ai soci che non concorrono all'approvazione [2437<sup>1</sup>, lett. a)]; per le s.r.l. non è richiesto dalla legge che il cambiamento dell'oggetto sia significativo [2473<sup>1</sup>], ma vedremo in seguito (V) se la norma non debba essere interpretata analogamente a quanto previsto in materia di s.p.a.

<sup>17</sup>Non accogliendosi in Italia la c.d. *ultra vires doctrine*, sviluppata nei Paesi di *common law* ma poi superata (sul punto v., MARTORANO [*Capacità delle società e oggetto sociale nel diritto anglo-americano*, Jovene, Napoli, 1961]; e VERRUCOLI [*Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Giuffrè, Milano, 1964]), la definizione dell'oggetto sociale non vale a porre limitazioni di capacità alla società, ma serve solo a vincolare l'operato degli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per attuarlo [2380bis]. Prima della Riforma del 2003, era anche previsto che «l'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori in nome della società non [potesse] essere opposta ai terzi in buona fede» [2384bis vecchio testo]. Con la Riforma del 2003, il riferimento all'oggetto sociale è caduto e la previsione risulta assorbita dalla norma – già presente anche in passato – secondo cui «le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società» [2384<sup>2</sup>; 2475bis<sup>2</sup>]. Come meglio vedremo in seguito (III.4.2.1.), tanto la vecchia come la nuova formulazione della norma sugli atti eccedenti i poteri degli amministratori (sia per le s.p.a., che per le s.r.l.) contrastano con la previsione dell'art. 10<sup>1</sup>, Dir. n. 2009/101/CE, di cui costituiscono recepimento, dato che questa norma permette di opporre al terzo solo atti eccedenti l'oggetto sociale e non anche altre limitazioni ai poteri di rappresentanza. In generale, sull'oggetto sociale delle società e sugli atti che ne eccedono i limiti, v. BERTACCHINI [1995], 157 ss.; BIANCA [2008], 134 ss.; CASELLI, RS[1980]754; DI SABATO, RDImpr[1994]13; GLIOZZI [1970], 98 ss.; LA VILLA [1974], 173 ss.; E. ZANELLI [1962].

Inoltre, come vedremo (III.4.2.1.), la definizione statutaria dell'oggetto sociale rileva in relazione all'assunzione di partecipazioni in altre imprese, che non è consentita se per la

4) L'ammontare del *capitale sottoscritto* – non inferiore a cinquantamila euro per le s.p.a. e le s.a.p.a [2327] e a diecimila euro per le s.r.l. [2463<sup>2, n. 4)</sup>], salvo quanto previsto per le s.r.l. con capitale ridotto [2463<sup>4)</sup>]<sup>18</sup> – e di quello *versato* (III.1.2.1.; III.2.A.2.1.-2.2.).

5) Nelle s.p.a. e nelle s.a.p.a., il numero e l'eventuale valore nominale delle *azioni* (III.2.B.1.1.-1.3), le loro caratteristiche (III.2.B.1.2.) e le modalità di emissione e circolazione (III.2.B.1.4.-1.5.); nelle s.r.l., la *quota di partecipazione* di ciascun socio [2463<sup>2, n. 6)</sup>] (III.2.B.2.).

6) I *conferimenti* di ciascun socio e il valore attribuito ai crediti e beni conferiti in natura (III.2.A.2.).

7) Nelle s.p.a. e nelle s.a.p.a., le norme secondo le quali gli *utili* devono essere ripartiti (III.5.4.).

8) Nelle s.p.a. e nelle s.a.p.a., i *benefici* eventualmente accordati ai promotori o ai soci fondatori (III.1.2.1.).

9) Nelle s.p.a. e nelle s.a.p.a., il *sistema di amministrazione* adottato (III.4.A.1.), il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società (III.4.A.2.)<sup>19</sup>; nelle s.r.l., le norme relative al *funzionamento della società*, indicando quelle concernenti l'amministrazione e la rappresentanza [2463<sup>2, n. 7)</sup>] (III.4.A.2.).

10) Nelle s.p.a. e nelle s.a.p.a., il numero dei componenti il *collegio sindacale* (III.4.A.3.1.).

11) Nelle s.p.a. e nelle s.a.p.a., la nomina dei *primi amministratori*<sup>20</sup> e

---

misura e per l'oggetto della partecipazione risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale [2361<sup>1)</sup>].

<sup>18</sup> Sul punto v. Studio CNN 892/2013/I il quale sostiene che «il nuovo minimo legale del capitale delle s.r.l. è di 1 euro. Lo stesso tenore del comma 4 dell'art. 2463 c.c., ove precisa che l'ammontare del capitale può essere determinato in misura inferiore a euro diecimila, pari almeno a un euro, sembra confermare che l'importo di un euro diviene requisito minimo della società, non solo per la sua fase genetica ma anche per quelle successive». Similmente Cons. Not. Milano, *Massima* n. 143 (19-05-2015). Tale lettura non può essere condivisa dovendosi ritenere che la disposizione in materia di capitale ridotto valga solo in sede costitutiva e non in sede modificativa, altrimenti vanificandosi il senso delle disposizioni in materia di riduzione del capitale sotto il minimo legale: sul punto si rinvia al III.3.A.1.1.

<sup>19</sup> È incerto se sia ammissibile l'indicazione di una pluralità di sistemi di amministrazione a scelta dell'assemblea (ad es., tradizionale e dualistico): nel senso che non sia possibile, CAMPOBASSO [2], 152, nt. 27; Cons. Not. Milano, *Massima* n. 17, del 18-03-2004; Cons. Not. Triveneto, *Massima* n. H.C.1. (2004); MBGN[2380-2396]/MALBERTI, 59 ss.; Studi Piras/RESCIO, 220; Studi Campobasso[1]/STELLA RICHTER jr., 290; Abbadessa-Portale/VIGGIANI, 202; nel senso opposto, v. d'Alessandro[II.1]/ATLANTE, 44; DI SABATO [2011], 207; Maffei Alberti[1]/TASSINARI, 55.

<sup>20</sup> T. Cassino, 23-10-1986, GC[1988/II]1003, n. Fauceglia, ha ritenuto non omologabile l'atto costitutivo che rimettesse la nomina degli amministratori ad una successiva delibera assembleare.

*sindaci* ovvero dei componenti del consiglio di sorveglianza e, quando previsto, del soggetto incaricato di effettuare la *revisione legale dei conti*; nelle s.r.l., le persone cui è affidata l'amministrazione e l'eventuale soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti [2463<sup>2, n. 8</sup>; 2477].

12) L'importo globale, almeno approssimativo, delle *spese per la costituzione* poste a carico della società (III.1.2.1.).

13) Nelle s.p.a. e nelle s.a.p.a., ma lo stesso vale anche per le s.r.l. [2473<sup>2</sup>], la *durata della società*<sup>21</sup> ovvero, se la società è costituita a tempo indeterminato, il periodo di tempo, comunque non superiore ad un anno, decorso il quale il socio potrà recedere, con preavviso di almeno 180 giorni, purché non si tratti di società quotata [2437<sup>3</sup>].

5. Il contenuto essenziale per la validità dell'atto costitutivo

Come vedremo anche più avanti (III.1.3.1.), la mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante *a*) la denominazione della società, *b*) i conferimenti, *c*) l'ammontare del capitale sociale o *d*) l'oggetto sociale è causa di nullità (dell'atto costitutivo in sé e) della società [2332<sup>1, n. 3</sup>], e né l'iscrizione nel registro delle imprese, né l'esercizio in fatto della attività economica sono in grado di sanarla. Ne consegue che, delle varie indicazioni che la legge prescrive come contenuto dell'atto costitutivo [2328; 2463], solo quelle appena indicate sono da reputarsi essenziali perché questo assolva alla propria funzione di negozio idoneo alla costituzione di una *società valida*.

6. La disciplina del tipo in funzione integrativa

Tutte le altre indicazioni pur richieste dalla legge, ove omesse, non danno corso a nullità dell'atto costitutivo o della società. Ove effettivamente necessarie, tali indicazioni devono poter essere ricavate o da altre indicazioni dell'atto costitutivo stesso o dalla disciplina legale del tipo adottato, in funzione integrativa, nonché, se del caso, anche quale fonte per la sostituzione automatica delle clausole incompatibili<sup>22</sup>. Può essere utile illustrare il punto con un esempio.

<sup>21</sup> Come abbiamo visto (v. II.1.1.; II.4.1., nt. 301), in materia di società di persone, la giurisprudenza ritiene che la scadenza della società non possa eccedere la normale durata della vita umana, dandosi altrimenti corso al rimedio del recesso *ad nutum* con preavviso [2485]. Si è posto il dubbio se tale principio possa valere anche nelle società di capitali, e in particolare per le s.r.l.: in senso affermativo, v. C. 22-04-2013, n. 9662, GI[2013]2271; RN[2013]732; A. Milano, 21-04-2007, Soc[2008]1121, n. Cardarelli; T. Roma, 28-04-2009, FI[2010/I]3567; RN[2011]669, nonché CBCM[2325-2409]/NTUK, 72 (secondo cui la clausola è valida a condizione che lo statuto indichi un diverso termine per l'esercizio del recesso, e altrimenti questo sarà libero); in senso opposto, T. Napoli, 10-12-2008, Not[2009]285, n. Angiolini, nonché (in materia di s.p.a.) Colombo-Portale[1\*]/STELLA RICHTER jr., 299; MBGN[2325-2345]/STELLA RICHTER jr., 125 ss.; Maffei Alberti/TASSINARI, 39 ss., nonché Cons. Not. Triveneto, *Massima* n. F.A.1 (09-04). In argomento, v. pure Niccolini-Stagno d'Alcotres/SEPE, 55 s.

<sup>22</sup> E v. SCIUTO [2000], 156 ss.; Colombo-Portale[1\*]/SCIUTO-SPADA, 14 s.; MBGN[2325-2345]/STELLA RICHTER jr., 91 s.

Supponiamo che nell'atto costitutivo dell'Alfa s.p.a. manchi l'indicazione del sistema di amministrazione adottato, del numero degli amministratori e dei loro poteri o che nell'atto costitutivo della Beta s.p.a. sia espressamente adottato il sistema di amministrazione disgiuntiva delle società personali. Nel primo caso, si tratta di una *mancaza dell'atto costitutivo*, tuttavia colmabile ricorrendo ai criteri di legge; nel secondo caso di tratta della *presenza nell'atto costitutivo di una regola incompatibile* con la disciplina inderogabile del tipo, che deve essere sostituita applicando la disposizione di legge illegittimamente derogata: di fatto, la soluzione è la stessa per entrambe le ipotesi, dovendosi ritenere che la società sia retta, a scelta dell'assemblea, da un amministratore unico o da un consiglio di amministrazione [2380<sup>1</sup>], oltre che dal collegio sindacale, i cui membri saranno eletti in assemblea e dotati di tutti i poteri (e doveri) riconosciuti dalla legge agli amministratori [2380bis] e ai sindaci [2403-2403bis], anche nel silenzio dell'atto costitutivo.

Ove si tratti di s.r.l., invece, le soluzioni vanno differenziate. Nelle s.r.l., infatti, è permesso adottare il modello dell'amministrazione disgiuntiva delle società di persone, ma nel silenzio dell'atto costitutivo l'amministrazione spetta a uno o più soci nominati con decisione dei soci [2475<sup>1</sup>], i quali vengono a costituire l'organo amministrativo, rispettivamente monocratico o collegiale: i soci, perciò, non agiscono disgiuntivamente come nelle società di persone, salvo che non sia l'atto costitutivo a consentirlo.

Non sempre tali integrazioni o sostituzioni automatiche sono possibili o agevoli, soprattutto quando si tratti di integrare o sostituire non già regole ma dati<sup>23</sup>: si pensi, ad es., all'atto costitutivo di s.p.a. o s.r.l. che, pur indicando l'entità dei conferimenti e del capitale sociale, non determini le quote di partecipazione dei soci e, quindi, l'entità dei conferimenti da ciascuno promessi, o quello di s.p.a. che non determini né il numero, né il valore nominale delle azioni<sup>24</sup>, e così via. Alle volte l'opera dell'interprete potrebbe perciò risultare complessa – ad es., sarà applicabile la presunzione di uguaglianza di conferimenti e quote delle società personali [2253<sup>2</sup>] o dovrà impiegarsi altra regola? – e forse insufficiente, richiedendosi perciò l'intervento dell'assemblea per la modifica dell'atto costitutivo: in questo caso, ove l'assemblea non sia in grado di deliberare, si avrà scioglimento della società, non per nullità, ma per impossibilità di funzionamento.

Se quelli appena visti sono gli elementi essenziali per la redazione di un atto costitutivo valido, è tuttavia necessario chiedersi quali siano gli elementi essenziali per l'*esistenza* di un atto costitutivo di società di capitali, ancorché invalido.

7. Il contenuto essenziale per l'esistenza dell'atto costitutivo

<sup>23</sup> La distinzione tra regole e dati è di SCIUTO [2000], 155 ss.

<sup>24</sup> Il caso non si è mai presentato in giurisprudenza, e vari criteri potrebbero essere adottati per la determinazione in concreto del numero e del valore nominale delle azioni: il criterio più semplice potrebbe essere quello di dividere il capitale per il massimo comune divisore tra i vari conferimenti, così ricavando il valore nominale unitario delle azioni e, derivatamente, anche il loro numero; altro criterio pure plausibile potrebbe essere quello di ritenere che il numero delle azioni debba corrispondere al minimo comune denominatore unitario e cioè ogni euro di capitale.

A questo interrogativo deve risponderci nel senso che (e v. I.3.4.) è atto costitutivo di società di capitali *a*) un documento *suscettibile di iscrizione nel registro delle imprese*, perciò scritto o formato digitalmente, anche se non avente forma di atto pubblico, a condizione che sia *b*) riferibile ad almeno un *soggetto realmente esistente* (persona fisica o giuridica), e *c*) sul quale sia rinvenibile quanto meno la *dichiarazione attuale* di voler creare una determinata società di capitali, secondo uno dei tipi previsti in Italia (s.p.a., s.a.p.a., s.r.l. o s.r.l.s.).

Si pensi all'ipotesi fantasiosa, ma non implausibile, di redazione per esercitazione da parte di Romolo Romani, praticante notaio, di un atto costitutivo di una società a responsabilità limitata ed avente perciò le sembianze dell'atto pubblico del tutto completo, nel quale non solo risultino inseriti i nomi di persone realmente esistenti – ad es. suoi prossimi congiunti descritti con le esatte generalità anagrafiche – ma dal quale risultino anche le sottoscrizioni finali e marginali delle parti asseritamente costituite, oltre a quella del sedicente notaio seguita dall'impronta di un sigillo notarile. Pur non potendosi parlare di atto pubblico, dato che Romolo Romani non è ancora notaio, lo steso costituisce atto astrattamente idoneo alla creazione della società e, ove mai fosse depositato e, quindi, iscritto nel registro delle imprese, gli effetti dallo stesso prodotti dovrebbero essere rimossi attraverso l'accertamento della nullità *ex art. 2332*. Tale accertamento non sarebbe necessario solo là dove l'esercitazione fosse fatta con indicazioni di pura fantasia, riferibili a persone non realmente esistenti o non più esistenti (ad es., Tizio, Caio e Sempronio; o Napoleone Bonaparte, Giulio Cesare e Camillo Benso di Cavour): in questo caso infatti l'atto è insuscettibile di determinare effetti giuridici e non occorrerà dunque rimuoverli.

8. *Atti costitutivi sottoposti a termine e condizione o contenuti in un testamento*

Al contrario, non possono considerarsi costitutivi di società gli atti che pretendano di subordinare gli effetti della costituzione ad un termine iniziale o condizione sospensiva: infatti, non solo se entro novanta giorni dalla stipula non fa seguito l'iscrizione nel registro delle imprese l'atto costitutivo perde di efficacia [2331<sup>4</sup>]<sup>25</sup>, ma è assorbente il rilievo che l'esecuzione in tutto o in parte del conferimento promesso deve essere attestata dal notaio rogante come avvenuta al momento o prima della stipula: tale attestazione non potrebbe essere veritiera se l'esistenza della società conferitaria e la stessa nomina dei suoi organi fosse differita al verificarsi della condizione sospensiva

---

<sup>25</sup> Secondo Colombo-Portale[1\*]/STELLA RICHTER jr., 277 ss.; MBGN[2325-2345]/STELLA RICHTER jr., 129 s. (e v. anche Abbadessa-Portale/VIGGIANI, 208) tale rilievo è sufficiente per negare che ad un atto costitutivo possano essere efficacemente apposti un termine iniziale o una condizione sospensiva. Deve tuttavia osservarsi che ove il termine iniziale fosse anteriore ai 90 giorni o la condizione sospensiva si verificasse entro detto termine, l'atto costitutivo non perderebbe efficacia e potrebbe essere ancora iscritto nel registro delle imprese. La ragione per la quale l'atto costitutivo non può essere condizionato o sottoposto a termine, perciò, dev'essere altra: quella espressa nel testo.

o del termine iniziale<sup>26</sup>, non potendosi realizzare alcuna attribuzione patrimoniale al momento dell'atto<sup>27</sup>. Per le stesse ragioni, sebbene si tratti di questione generalmente risolta in senso affermativo, va escluso che l'atto costitutivo di una società per azioni o a responsabilità limitata unipersonale possa essere contenuto in un testamento pubblico [603]<sup>28</sup>.

Il fatto che non possa considerarsi atto costitutivo di società quello che difetti della volontà attuale di creare una società di capitali non esclude che sia legittimo l'impegno alla futura creazione di una società o *pactum de ineunda societate*. Tale impegno è assai frequente, come pattuizione accessoria, all'interno di accordi di cooperazione commerciale o nei contratti che legano più imprese in un'associazione o raggruppamento temporaneo per la partecipazione ad una gara d'appalto<sup>29</sup>. Salvo che non valga da mera dichiarazione di intenti, senza dunque assumere alcun rilievo giuridico vincolante, il *pactum de ineunda societate* può atteggiarsi: a) a puntuazione di trattative

9. Pactum de  
ineunda  
societate

---

<sup>26</sup> A mente dell'art. 160<sup>1</sup>, lett. b) l. fall. la proposta di concordato può prevedere l'attribuzione delle attività delle imprese interessate ad un *assuntore*, il quale può anche essere rappresentato da una società già esistente o da costituire nel corso della procedura, le cui azioni siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato. Per quanto osservato nel testo, viceversa, il concordato non potrebbe prevedere l'attribuzione diretta ai creditori di azioni o quote di una NewCo cui conferire le attività delle imprese interessate, subordinando l'efficacia dell'atto costitutivo all'approvazione dei creditori e all'omologazione del tribunale, in quanto il notaio non potrebbe attestare come verificate le condizioni per la costituzione [2329]. L'operazione così congegnata potrebbe realizzarsi solo mediante impiego di una società già esistente, condizionando all'approvazione dei creditori e all'omologazione del tribunale, la delibera di aumento del capitale. Sul punto, v. GUERRERA-MALTONI, RS[2008]17.

<sup>27</sup> E v. al riguardo, C.11-03-1995, n. 2817, secondo cui i conferimenti di beni immobili effettuati dai soci fondatori di una società di capitali in sede di stipulazione dell'atto costitutivo integrano negozi traslativi direttamente ed immediatamente in favore della società conferitaria che ha già la veste di soggetto dell'ordinamento (pur se ancora privo della personalità giuridica).

<sup>28</sup> La costituzione di una società unipersonale per testamento pubblico è ammessa da Cottino[IV.1]/ABRIANI, 23 s.; e forse anche da Studi Campobasso[1]/STELLA RICHTER jr., 274 s. (ma precisando che i conferimenti vanno liberati dal disponente); analogamente, ma prima della riforma del diritto societario e dunque con riferimento alle sole s.r.l., GALLETTI, GC[1997/I]395; IBBA [1995], 39 ss.; ROSAPEPE [1996], 20 ss. In senso negativo, v. però Maffei Alberti/TASSINARI, 32 s.

<sup>29</sup> L'art. 93<sup>1</sup> d.p.r. 05-10-2010, n. 207 (costituente Regolamento di esecuzione e attuazione del d.lgs. 12-04-2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*) prevede che «i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori dei lavori, dopo l'aggiudicazione possono costituire tra loro una società anche consortile, ai sensi del libro V del titolo V, capi 3 e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori. La società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto, ferme restando le responsabilità dei concorrenti riuniti o consorziati ai sensi del codice».

pendenti, onde rendere rilevante l'ingiustificato recesso dalle stesse; o *b*) a vero e proprio contratto preliminare di società, impegnando le parti a stipulare l'atto costitutivo di società in forma definitiva. Al riguardo, è però incerto se l'impegno preliminare di costituire una società di capitali possa consentire di ottenere attraverso una sentenza sostitutiva l'esecuzione dell'obbligo in forma specifica [2932].

10. ... e  
preliminari di  
società di  
capitali

Il tema del contratto preliminare di società è stato già affrontato per le società personali, ove è prevalentemente considerato ammissibile ed eseguibile in forma specifica (II.1.1). Per le società di capitali la medesima questione assume sue peculiarità, dato che, affinché la società possa acquistare la personalità giuridica, non basta la sussistenza di un accordo anche scritto ed in forma pubblica, ma occorre l'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese. Reputando che l'obbligo assunto con il contratto preliminare di società possa condurre ad una sentenza sostitutiva anche per l'atto costitutivo di società di capitali<sup>30</sup>, resta comunque da chiarire: *a*) se lo stesso preliminare debba essere redatto per atto pubblico [1351]; *b*<sup>i</sup>) se debba contenere tutte le indicazioni richieste per l'atto costitutivo [2328; 2463], o *b*<sup>ii</sup>) se possano bastare quelle richieste perché l'atto costitutivo superi la soglia della validità [2332], o *b*<sup>iii</sup>) quelle richieste per il programma nella pubblica sottoscrizione [2333], o *b*<sup>iv</sup>) se possa essere sufficiente che il contenuto dell'atto costitutivo sia determinabile, risultando indicato quanto meno l'oggetto della costituenda società<sup>31</sup>; *c*) in che modo debbano essere accertate le condizioni per la costituzione, tra cui in particolare il versamento del 25% dei conferimenti in da-

<sup>30</sup> In materia di società personali, esplicitamente, T. Cassino, 04-11-1995, Soc[1996]1179, n. Fabrizio; nonché indirettamente C. 18-06-2008, n. 16597, RN[2009]225, n. Carlini.

C. 02-08-2012, n. 13904, Not[2013]15, n. Leocata; GCiv[2013/I]1050, ha chiarito che il contratto preliminare intervenuto tra i soci per la trasformazione di una società in accomandita semplice in una società a responsabilità limitata non è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., atteso che la sentenza non può supplire al procedimento contemplato dagli artt. 2500 e 2500ter c.c., non potendo il giudice surrogarsi alla decisione interna della società di trasformazione da un tipo all'altro e di determinazione del capitale. Analoga considerazione era stata svolta da T. Siena, 16-10-1985, NDir[1986]440, n. Amoresano, nel caso di tre fratelli i quali, in una scrittura privata, avevano dato atto dell'esistenza di una società irregolare e di altra società di fatto corrente come ditta individuale, appartenenti per un terzo a ciascuno di essi, e avevano stabilito di procedere alla fusione delle due società ed alla creazione di una nuova società per azioni. Il Tribunale negò che si potesse trattare di un atto di fusione o di costituzione di società o di preliminare di società, per mancanza dell'atto pubblico richiesto *ad substantiam* dagli artt. 2504 e 2332 c.c., ma riconobbe l'esistenza di un mandato con rappresentanza (valido perché munito della forma scritta prevista dall'art. 1350 in caso di conferimento di immobili) non revocabile ex art. 1723 c.c. perché in *rem propriam*, ossia conferito anche nell'interesse del mandatario.

<sup>31</sup> In questo senso, MBGN[2325-2345]/STELLA RICHTER jr., 91.

naro o l'esecuzione integrale dei conferimenti in natura<sup>32</sup>.

Gli indicati interrogativi non hanno una soluzione certa. La giurisprudenza prevalente ritiene che anche il preliminare di società di capitali debba rivestire forma pubblica a pena di nullità<sup>33</sup>, sul rilievo, di per sé corretto, che, in difetto, la società, pur iscritta nel registro delle imprese, sarebbe nulla [2332]. Alla stessa stregua dovrebbe ritenersi che il preliminare di società debba indicare, sempre a pena di nullità, tutti i requisiti essenziali per superare il vaglio di validità come atto costitutivo, tra i quali, come già detto, va annoverata anche l'indicazione del tipo<sup>34</sup>. Si può tuttavia contrariamente osservare che il difetto dei requisiti necessari per la costituzione di una società valida preclude di potere qualificare il *pactum de ineunda societate* come contratto preliminare, dato che lo stesso non potrebbe avere esecuzione specifica; non per questo, tuttavia, lo stesso patto deve giudicarsi atto nullo, perciò improduttivo di effetti tra le parti ed incapace di fungere, tra l'altro, da fonte di obblighi risarcitori in caso di inadempimento.

### **1.2. Il contenuto eventuale dell'atto costitutivo: autonomia statutaria e autonomia privata.**

Chiariti i contorni della fattispecie 'atto costitutivo di società', e riservando al prosieguo l'analisi degli effetti della sua redazione e iscrizione nel registro delle imprese (III.1.2.1.), possiamo tornare al suo possibile contenuto. Già il fatto che le indicazioni richieste dalla legge per l'atto costitutivo siano più ampie di quelle necessarie per superare il vaglio di validità del medesimo dimostra come il contenuto dell'atto costitutivo possa essere articolato dai

11. *Autonomia statutaria*

---

<sup>32</sup> Solleva la questione DI SABATO [2011], 201, ritenendo che tali adempimenti non precludano la possibilità di emettere la sentenza sostitutiva dell'atto costitutivo, essendo richiesti solo ai fini della iscrizione nel registro delle imprese.

<sup>33</sup> In questo senso, C. 20-07-2012, n. 12712, GCiv[2013/I]1833; C. 23-06-1997, n. 5578, RN[1998]277; C. 18-01-1988, n. 321, GCiv[1988/I]1214; GC[1988/II]321, n. Angelici; C. 28-01-1986, n. 550, Soc[1986]511; GC[1986/II]401; T. Milano, 04-06-2003, GI[2003]1874. Analogamente Cottino[IV.1]/ABRIANI-MONTALENTI, 32; CAMPOBASSO [2], 150; DI SABATO [2011], 201, mentre in senso contrario v. Rescigno[16]/ANGELICI, 277; BORGIOI, RS[1982]467; MARASÀ [1984], 284 s.; Colombo-Portale[1\*]/STELLA RICHTER jr., 187 ss.

<sup>34</sup> Nel senso dell'invalidità del preliminare che non identifica il tipo, C. 18-06-2008, n. 16597, RN[2009]225, n. Carlini; A. Roma, 31-07-2001, Soc[2002]340, n. Piaggio; Contr[2002]769, n. Autelitano; nel senso della possibilità di desumere il tipo anche dal comportamento delle parti, C. 18-01-1988, n. 321, GCiv[1988/I]1214; GC[1988/II]321, n. Angelici. Per la validità del preliminare che non determini il tipo, v. SPADA, GC[1974/II]662 ss.; seguito da BORGIOI, RS[1982]464, 470; e da ultimo MBGN[2325-2345]/STELLA RICHTER jr., 89, nt. 40.

fondatori per disciplinare diversamente o più compiutamente il funzionamento della società e i rapporti tra loro, rispetto alle regole che, in funzione del tipo adottato, si renderebbero comunque applicabili in via di integrazione o sostituzione automatica.

Al proposito, sebbene la disciplina dei tipi capitalistici sia meno elastica di quella delle società personali dove, salvo poche regole inderogabili di disciplina, ogni aspetto dei rapporti tra i soci e del funzionamento della società è sostanzialmente rimesso alla libertà negoziale, gli spazi concessi all'autonomia statutaria sono comunque abbastanza ampi: come già osservato in precedenza (I.3.6.), tali spazi sono inversamente proporzionali alla possibilità, in astratto o in concreto, di ricorso al mercato del capitale di rischio; per questa ragione, il tipo delle s.r.l. si presta maggiormente di quello delle s.p.a. e delle s.a.p.a. a dare spazio all'autonomia statutaria.

12. Atto  
costitutivo  
standard nelle  
s.r.l.s. e nelle  
start-up  
innovative

La stessa considerazione vale anche per le s.r.l. 'semplificate' [2463bis] e per quelle che aspirano allo *status* di *start-up* innovative [art. 4<sup>10bis</sup>, d.l. n. 3/2015], nonostante per le stesse sia prevista l'adozione di uno statuto *standard*: per le s.r.l.s. questo è stato tipizzato con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico<sup>35</sup>.

«L'anno ....., il giorno ..... del mese di ..... in ....., innanzi a me ..... notaio in ..... con sede in ..... è/sono presente/i il/i signore/i ..... cognome, nome, data, luogo di nascita, domicilio, cittadinanza), della cui identità personale [ed età *anagrafica*] io notaio sono certo. – 1. Il/Il comparente/i costituisce/costituiscono, ai sensi dell'articolo 2463bis del codice civile, una società a responsabilità limitata semplificata sotto la denominazione “..... società a responsabilità limitata semplificata”, con sede in ..... (indicazione di eventuali sedi secondarie). – 2. La società ha per oggetto le seguenti attività: ..... – 3. Il capitale sociale ammonta ad € ..... e viene sottoscritto nel modo seguente: il Signor/la Signora ..... sottoscrive una quota del valore nominale di € ..... pari al ..... per cento del capitale. – [4. È vietato il trasferimento delle quote, per atto tra vivi, a persone che abbiano compiuto i trentacinque anni di età alla data della cessione trasferimento e l'eventuale atto è conseguentemente nullo.] – 5. L'amministrazione della società è affidata a uno o più soci scelti con decisione dei soci. – 6. Viene/vengono nominato/i amministratore/i il/i signori: ..... (eventuale specificazione del ruolo svolto nell'ambito del consiglio d'amministrazione), il quale/i quali presente/i accetta/no dichiarando non sussistere a proprio/loro carico cause di decadenza o di ineleggibilità ad amministratore della società. – 7. All'organo di amministrazione spetta la rappresentanza generale della società. – 8. L'assemblea dei soci, ove sia richiesta deliberazione assembleare per la decisione dei soci, è presieduta dall'amministratore unico o dal presidente del consiglio di amministrazione. – 9. I soci dichiarano che conferimenti sono stati eseguiti nel modo seguente: Il signor/la signora ..... ha versato all'organo amministrativo, che ne

<sup>35</sup> Adottato con D.M. Giustizia 23-06-2012, n. 138.

rilascia ampia e liberatoria quietanza, la somma di € ..... a mezzo di ..... L'organo amministrativo dichiara di aver ricevuto la predetta somma ed attesta che il capitale sociale è interamente versato. – 10. Il presente atto, per espressa previsione di legge, è esente da diritto di bollo e di segreteria e non sono dovuti onorari notarili. Richiesto, io notaio ho ricevuto il presente atto, scritto con mezzi elettronici da persona di mia fiducia e composto di ..... fogli per ..... intere facciate e parte fin qui, da me letto alla/e parte/i che lo ha/hanno approvato e sottoscritto alle ore..... – Firma dei comparenti. Firma del notaio».

Benché le clausole del modello *standard* siano inderogabili, le stesse – come è stato chiarito<sup>36</sup> – costituiscono solo il contenuto minimo dell'atto costitutivo che può ben disciplinare ulteriori aspetti di interesse per il fondatore o i fondatori. Conseguentemente, mentre tutte le clausole incompatibili con il modello *standard* dovranno considerarsi automaticamente sostituite, per il resto l'autonomia statutaria resterà impregiudicata. Può essere opportuno aggiungere che, proprio per effetto della sostituzione automatica, non potrà essere rifiutata dal registro delle imprese l'iscrizione di un atto costitutivo di s.r.l. 'semplificata' difforme dal modello *standard*, né lo stesso ufficio potrà disporre l'iscrizione in forma di s.r.l. 'ordinaria' ma a capitale ridotto, per rendere legittime le disposizioni difformi dallo statuto *standard*. Conformemente a quanto già visto in generale (I.3.4), infatti, deve ritenersi in ogni caso prevalente l'indicazione del *nomen iuris* del tipo, sicché, qualora risulti la specificazione s.r.l. 'semplificata' (o nell'acronimo la 's.'), il registro delle imprese dovrà iscrivere la società quale s.r.l. 'semplificata', anche in caso di difformità dell'atto costitutivo dal modello *standard*; viceversa, in difetto di tale specificazione, il registro delle imprese dovrà iscrivere una s.r.l. 'ordinaria' (con capitale ridotto), anche se l'atto costitutivo in concreto adottato risulti conforme al modello *standard*<sup>37</sup>.

Tanto chiarito, pur non potendosi dare esaustivamente conto di tutte le svariate espressioni dell'autonomia statutaria elaborate dalla prassi, può essere però utile tracciare quali possano esserne i limiti, in relazione alla disciplina dei diversi tipi di società.

13. Limiti all'autonomia statutaria

<sup>36</sup> Ministero dello Sviluppo Economico, Parere Prot. n. 6404, del 15-01-2014.

<sup>37</sup> La s.r.l.s. costituisce tipo diverso dalla s.r.l., non semplice variante normativa (e v. I.3.6.). Così, è da ritenersi che ove taluni fondatori abbiano costituito una società utilizzando il modello *standard* previsto per le s.r.l.s., senza tuttavia indicare espressamente l'intenzione di adottare il tipo della s.r.l.s. e il registro delle imprese abbia iscritto la società come s.r.l. 'ordinaria', benché con capitale ridotto, la disciplina applicabile sarà quella delle s.r.l. 'ordinarie' e, tra l'altro, si imporrà la formazione della riserva legale accelerata. Sul punto, nel senso della tipicità, v. Buonocore/RIVOLTA, 129 s.; Scialoja-Branca[2462-2483]/BENATTI, 215 s., 232 ss.; e sostanzialmente Studi Abbadessa/RESCIO, 1869, spec. 1888 ss.; Galgano[LXV]/REVIGLIONE, 639; in senso opposto, CAMPOBASSO [2], 592; CIAN, RS[2012]1101, 1104 s.; Ibba-Marasà[VII]/FERRI jr., 21 s.; Studi Abbadessa/FERRI jr., 1727 ss., spec. 1731; Studi Abbadessa/MACRI, 1797, spec. 1800 ss.; Studi Abbadessa/RESCIGNO, 1841, spec. 1845 ss.

I limiti all'autonomia statutaria non necessariamente sono limiti alla validità di una stipulazione. Ed invero, vi possono essere *a)* espressioni di autonomia privata incompatibili con la sede statutaria, ma perfettamente legittime e compatibili con un patto separato (ad es., i sindacati di voto o, nelle s.p.a., i patti di ripartizione non proporzionale dell'utile); *b)* espressioni di autonomia privata compatibili sia con la sede statutaria, sia con un patto separato (ad es., i patti limitativi della circolazione delle partecipazioni); ed infine, *c)* espressioni di autonomia privata che debbono reputarsi illegittime e incompatibili sia con la sede statutaria sia con un patto separato, tra cui, ad es., il patto leonino [2265] o il patto di irresponsabilità degli amministratori<sup>38</sup>.

Per potere affrontare il tema dei limiti all'autonomia statutaria, è dunque necessario anzitutto chiarire, da una parte, per quali ragioni i soci di una società di capitali – nelle società personali si tratta di un fenomeno marginale<sup>39</sup> – possano decidere di regolare i propri rapporti o dettare regole sul funzionamento della società fuori dall'atto costitutivo o statuto e, dall'altra parte, per quali ragioni determinati patti, che potrebbero eccedere i limiti dell'autonomia statutaria, sono invece compatibili con la sede separata.

14. Patti  
parasociali:  
nozione

Con l'espressione *patti parasociali* ci si riferisce ad accordi, normalmente contenuti in un documento diverso rispetto all'atto costitutivo o statuto, stipulati tra tutti i soci o, più frequentemente, tra alcuni di essi ed eventualmente anche con terzi<sup>40</sup> o a favore di terzi, tra cui la società

<sup>38</sup> La Suprema Corte (C. 18-07-2007, n. 15963, FI[2009/I]2195; Soc[2009]197, n. Piselli) ha chiarito che la circostanza che i patti parasociali – ed in particolare i sindacati di voto – non siano di per sé vietati, anche perché destinati ad operare su di un piano meramente obbligatorio, non esclude che possano risultare illegittimi qualora, in una specifica fattispecie, il vincolo assunto dai contraenti si ponga in contrasto con norme imperative o appaia comunque tale da configurare uno strumento di elusione di quelle norme o dei principi generali dell'ordinamento che ad esse sono sottesi. Nel caso di specie, la Corte giudicava valido un patto avente ad oggetto la ricapitalizzazione di una società, benché a colui che sarebbe diventato nuovo socio erano state fornite false informazioni sulla entità delle perdite già accumulate. In altra circostanza, tuttavia, (C. 28-04-2010, n. 10215, GC[2011/II]802, n. Fiengo, Di Donato, Tina; BBTC[2012/II]131, n. Ciocca), è stato giudicato illegittimo – in quanto avente oggetto o motivi comuni illeciti [1345] – il patto parasociale che impegna i soci a votare in assemblea contro l'eventuale proposta di intraprendere l'azione di responsabilità sociale nei confronti degli amministratori, per contrarietà agli artt. 2392 e 2393 c.c., che pur non potendosi qualificare come norme di ordine pubblico, sono tuttavia norme imperative inderogabili. In argomento, da ultimo, PICCIAU, RS[2016]282.

<sup>39</sup> Ma v. T. Napoli, 18-02-1997, Soc[1997]935, n. Pernazza (in materia di promesse di vendita relative a quote di s.n.c., qualificate come pattuizioni parasociali).

<sup>40</sup> Sempre C. 18-07-2007, n. 15963, FI[2009/I]2195; Soc[2009]197, n. Piselli, ha chiarito che ai fini della configurazione di un patto parasociale non è essenziale che tutti i partecipanti

stessa<sup>41</sup>, aventi ad oggetto la disciplina di aspetti della vita sociale di particolare interesse, tra cui, soprattutto, l'esercizio del voto in assemblea, la gestione della società o la modificazione degli assetti proprietari<sup>42</sup>. L'espressione patti parasociali, nata nella prassi, è impiegata nella disciplina delle società per azioni [2341bis] e, sin da epoca antecedente, in quella delle società quotate [art. 122 t.u.f.], nonché nella disciplina c.d. antitrust [art. 7, l. 10-10-1990, n. 287], mentre non è richiamata nella disciplina delle s.r.l., dove pure i patti parasociali sono ammissibili ed, anzi, assai frequenti<sup>43</sup>.

Nelle società azionarie, i patti parasociali, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società tra tutti i soci o alcuni tra essi: a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società o nelle società che le controllano; b) pongono limiti al trasfe-

15. I patti parasociali nelle s.p.a.:  
a) durata

---

rivestano la qualità di socio, nulla impedendo di considerare parasociale anche un patto concluso tra soci e terzi, ogni qual volta l'oggetto dell'accordo verta sull'esercizio da parte dei soci di diritti, facoltà o poteri loro spettanti nella società (nel caso di specie si trattava di un patto stipulato tra i soci di una società di capitali ed un terzo, concernente il programma di ricapitalizzazione di una società per azioni mediante un aumento del capitale sociale riservato a tale terzo). A simili conclusioni sono giunti anche C. Stato, 26-11-2008, n. 5845; C. 27-07-2004, n. 14094.

<sup>41</sup> È riconosciuta la validità dei patti che vincolano i contraenti ad effettuare prestazioni a favore di terzi, tra cui la stessa società, come ad esempio accordi che prevedono impegni dei soci relativi a finanziamenti, forniture, o il pagamento di debiti pregressi. E v., nel senso della sussistenza di una pretesa anche in capo alla società per l'esecuzione dell'obbligo assunto con il patto parasociale [1411<sup>2</sup>], C. 01-03-1993, n. 2493; nonché T. Roma, 25-11-2009, Fallimento Soc. GHF Italia c. Ferrini, *inedito*. In questo senso v. anche Cagnasso-Panzani/BALDINI CONFALONIERI, 267; Studi Campobasso[IV]/LIBERTINI, 485. In senso opposto, v. però T. Milano, 19-04-2010, GI[2010]1621, secondo cui il patto parasociale, cui può legittimamente partecipare un terzo allorché l'oggetto dell'accordo verta sull'esercizio da parte dei soci di diritti, facoltà o poteri spettanti nella società, non può configurarsi, nel rapporto tra questa e i suoi stipulanti, quale contratto a favore di terzo; non ne può pertanto scaturire tra tali soggetti alcuna posizione attiva o passiva, e quindi reciprocamente di credito o di debito.

<sup>42</sup> In argomento, CHIONNA [2008]; FARENGA [1987]; FARENGA, DigComm[1995/XI]12; FAUCEGLIA, ED[2001/AggV]810; MACRÌ [2007]; PROVERBIO [*I patti parasociali*]<sup>2</sup>, Ipsoa, Milano, 2011; Abbadessa-Portale/PERRINO, 322 ss.; Gabrielli-Santosuosso[2247-2378]/RESCIO-SPERANZIN, 725 ss.; RIOLFO [*I patti parasociali*], Cedam, Padova, 2003; SAMBUCCI, RDImpr[2009]21; ID., RDCComm[2008/I]901; SANTONI [1985]; SCARPA [*I patti parasociali nelle s.p.a. e nelle s.r.l.*], Giuffrè, Milano, 2011].

<sup>43</sup> Per l'opinione che ritiene inapplicabile la disciplina dei patti parasociali delle s.p.a. alle s.r.l., salvo che non vi sia una relazione di controllo [2341bis<sup>1</sup>, lett. a)], v. Niccolini-Stagno d'Alcontres/DONATIVI, 162 ss.; MAZZAMUTO, CI[2004]1086, 1092; MBGN[2325-2345]/PICCIAU, 330. Per l'applicazione non diretta, ma analogica dei principi dettati per la s.p.a. anche alla s.r.l. non controllante, v. invece Maffei Alberti/LEOGRANDE, 99; RESCIO [AA.VV., *Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma*], Ipsoa, Milano, 2003], 126 ss.; Sandulli-Santoro[2/I]/SANTONI, 86 ss.

rimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano [2355bis]; c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società, devono avere durata limitata nel tempo non eccedente i cinque anni nelle società non quotate [2341bis<sup>1</sup>], e i tre anni nelle società quotate [art. 123 t.u.f.].

Qualora i patti parasociali abbiano durata determinata più ampia, questa è automaticamente ricondotta ai limiti di legge, mentre qualora il patto non preveda un termine di durata, ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di centottanta giorni (sei mesi per le società quotate)<sup>44</sup>. Come vedremo in seguito, esaminando il Lodo Mondadori (III.1.1.3.), la regola della durata determinata congrua – o, in alternativa, del recesso libero con preavviso – era stata individuata già in precedenza come elemento necessario per affermare la validità delle convenzioni parasociali, di voto o di blocco: il riferimento correva – e tutt'ora corre, là dove la disciplina delle s.p.a. sia reputata inapplicabile – al principio generale di congruità del vincolo obbligatorio, principio che emerge, oltre che dalla necessità di eseguire il contratto in buona fede [1375]<sup>45</sup>, anche da varie norme dell'ordinamento, tra cui quelle relative a divieti convenzionali di vendita [1379] o a limiti contrattuali alla concorrenza [2596].

16. ... a)  
trasparenza  
(rinvio)

Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, e in particolare nelle società quotate, i patti parasociali sono inoltre assoggettati ad una speciale disciplina di trasparenza, di cui però ci occuperemo più avanti (III.5.2.2.). Al momento, infatti, è rilevante soffermarsi sulla fattispecie.

<sup>44</sup> Le previsioni sulla durata non si applicano ai patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo [2341bis<sup>3</sup>]. In argomento, Niccolini-Stagno d'Alcontres/DONATIVI, 174 ss.; CBCM[2325-2409]/FIORIO, 148 s.; Studi Campobasso[1]/LIBERTINI, 491; Abbadessa-Portale/PERRINO, 338 ss.; MBGN[2325-2345]/PICCIAU, 349 ss.; Gabrielli-Santosuosso[2247-2378]/RESCIO-SPERANZIN, 740 ss.; Scialoja-Branca[2325-2341ter]/SBISÀ, 243 ss.

<sup>45</sup> In casi nei quali *ratione temporis* non era applicabile l'art. 2341bis, la giurisprudenza (C. 22-03-2010, n. 6898, Soc[2010]1053, n. Di Bitonto; C. 23-11-2001, n. 14865, in CG[2002]323, n. Lombardi; RN[2002]1051, n. Vocaturò; A. Milano, 12-03-2009, Soc[2010]424, n. Toscano; v. pure Arb., 09-01-2009, GC[2009/II]984, n. Macri; RDComm[2010/II]31, n. Donativi) ha comunque ritenuto che il patto contratto a tempo indeterminato resti valido ma che, in coerenza con il principio generale di buona fede stabilito dall'art. 1375 c.c., esso debba essere integrato dall'implicita quanto ineludibile previsione del diritto di recesso unilaterale di ciascun partecipante, con obbligo di preavviso o per giusta causa. Nella più recente delle pronunce indicate, la S.C. ha precisato che il preannuncio della volontà di una delle parti di recedere dal patto parasociale – sebbene non soggetto al termine dilatorio di centottanta giorni – «non può consistere, né nel fatto stesso di votare in modo difforme dagli obblighi pattiziamente assunti, se non si vuol confondere il recesso con il puro e semplice inadempimento, né nel fatto di presentare una lista di candidati non coerente con il rispetto di tali obblighi».