



LA COSTITUZIONE DELLE SOCIETÀ

Il Consiglio Nazionale dei Ragionieri ha inviato ai componenti della Commissione per la riforma del diritto societario e all'On. Michele Vietti, Sottosegretario di Stato al Ministero della Giustizia, il seguente parere realizzato con il contributo dei ricercatori della Fondazione Luca Pacioli.

1. Il procedimento di costituzione e la recente riforma delle omologazioni (legge n. 340 del 2000)

Con l'entrata in vigore della legge 24 novembre 2000, n. 340 (Legge di semplificazione 1999), e in particolare con l'art. 32 (Semplificazione della fase costitutiva e della fase modificativa delle società di capitali), il procedimento di costituzione delle società di capitali è stato notevolmente semplificato.

In particolare, e sinteticamente, si può dire che:

- è stato abolito il giudizio di omologazione da parte del tribunale nella fase costitutiva, mentre lo stesso resta solo eventuale nella fase modificativa;
- il controllo delle condizioni stabilite dalla legge è attribuito, in linea di principio, al notaio. Nella fase di costituzione il notaio svolge, sotto la propria responsabilità, un controllo preventivo ed esclusivo. Nella fase di modificazione dell'atto costitutivo egli svolge, sempre sotto la sua responsabilità, un controllo preventivo, volto ad accertare l'esistenza dei requisiti previsti dalla legge, ma non esclusivo. Infatti, se il notaio ritiene non adempiute le condizioni stabilite dalla legge, ne dà comunicazione tempestivamente, e comunque non oltre il termine di trenta giorni, agli amministratori. Gli amministratori, nei trenta giorni successivi e in mancanza ciascun socio, possono promuovere il giudizio di omologazione ricorrendo al tribunale.

Ciò sta dunque a significare che gli atti costitutivi e le loro modificazioni sono ancora soggetti ad un giudizio di omologazione, cioè ad un controllo preventivo. Cambia il soggetto deputato ad effettuare tale controllo: il notaio in via preventiva e generale e il tribunale solo in via successiva e residuale.

Ma, mentre nella fase costitutiva il notaio è chiamato a verificare simultaneamente i presupposti di costituzione e quelli di iscrizione, poiché l'atto da lui redatto è necessariamente un atto pubblico, nella fase di modificazione dell'atto costitutivo il controllo, stando al testo della legge, costituisce una fase successiva alla deliberazione assembleare e ciò ripropone il problema della discussa natura (di atto pubblico o meno) del verbale dell'assemblea straordinaria, redatto sempre dal notaio, in

cui è contenuta la deliberazione di modificazione dell'atto costitutivo.

E' necessario, poi, sottolineare che l'eliminazione del controllo del tribunale se da un lato consente alla collettività un risparmio di costi (che sono rimessi solo a carico degli interessati) e alla società un risparmio di tempo, dall'altro apre la strada al rischio di possibili ipotesi di concorrenza (sul mercato professionale) dei notai-controllori (che tra l'altro mancano di quella terzietà che caratterizzava il giudice).

Si ritiene, altresì, che l'eliminazione di un controllo preventivo del tribunale potrebbe comportare un maggiore rischio di nullità degli atti, rischio che aumenta tanto più ampio è il grado di autonomia attribuito alle parti.

2. Il controllo sulla fase costitutiva nella riforma del diritto societario

Il primo comma dell'art. 32 della legge n. 340 del 2000, nell'introdurre la nuova disciplina delle omologazioni, avverte peraltro che tale disciplina vale "*in attesa della riforma del diritto societario*".

Gli artt. 3 e 4 della legge 3 ottobre 2001, n. 366, di delega della riforma del diritto societario, rispettivamente dedicati alle società a responsabilità limitata e alle società per azioni, stabilendo i principi e i criteri direttivi della riforma, a loro volta prevedono che siano confermati i principi stabiliti dall'art. 32 della legge 340/2000.

Appare, dunque, probabile che, anche dopo la riforma, la disciplina della materia sarà quella già specificata nella legge 340/2000.

Peraltro l'art. 3, comma 2, lett. a), riguardante le S.r.l., richiede che il legislatore delegato, oltre confermare i principi sanciti dall'art. 32, l. 340/2000, precisi anche le modalità del controllo notarile in relazione alle modifiche dell'atto costitutivo. Il legislatore delegato dovrà dunque regolare le modalità del controllo notarile e quindi, si presume, dovrà esprimersi anche sulle modalità del rifiuto d'iscrizione della delibera nel registro delle imprese e sulle modalità della comunicazione dello stesso agli amministratori. Sembra plausibile che questa disposizione debba applicarsi anche alle S.p.a., mentre l'eliminazione degli "adempimenti non necessari" riguarda più direttamente la S.r.l., collegandosi con la maggiore semplicità del tipo. Quanto alla società per azioni, risulta invece di incerta interpretazione la disposizione dell'art. 4, comma 2, lett. c), della legge delega, che prevede la "*determinazione dei limiti, dell'oggetto e dei tempi del giudizio di omologazione, confermando i principi di cui all'art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340*". Ciò sembrerebbe rimettere al legislatore delegato l'individuazione della natura del giudizio di omologazione, atteso che la dottrina e la giurisprudenza dominante hanno sino ad ora considerato il controllo giudiziario come un controllo di legalità sostanziale e non solo formale e, dunque, non solo circoscritto all'accertamento della regolarità formale dell'atto costitutivo, ma esteso anche alla verifica dell'adeguatezza dell'intero impianto statutario alla legge. La definizione della portata del giudizio di omologazione assume uno specifico rilievo se si conviene che lo stesso controllo che era prima affidato al giudice dell'omologazione sia oggi affidato in via principale al notaio: si tratta allora di definire i limiti e l'oggetto della valutazione demandata al notaio, e solo in via

eventuale al giudice. In particolare si tratterebbe di chiarire quale rapporto vi sia tra lo svolgimento del controllo notarile e il ruolo del notaio in ordine alla redazione dell'atto o alla verbalizzazione del procedimento. Al proposito è significativo rilevare che, ai sensi della I Direttiva comunitaria (68/151 CEE), la forma dell'atto pubblico o il controllo preventivo (di legalità) costituiscono misure minimali alternative prescritte per la costituzione della società e per le modificazioni statutarie.

In questo contesto è, inoltre, importante che il legislatore delegato abbia chiaro il ruolo dell'ufficio del registro delle imprese, soprattutto sotto il profilo dei limiti entro i quali il suo controllo può svolgersi. Si è ritenuto, fino adesso, che il conservatore del registro riscontri la presenza dei profili relativi alla regolarità formale, mentre il Tribunale in sede di omologa quelli riguardanti la legalità sostanziale. Tale distinzione peraltro non risulta del tutto incontrovertibile né priva di incertezze applicative: si pensi al controllo di completezza della documentazione svolto dall'ufficio del registro delle imprese, che potrebbe sconfinare di volta in volta in un controllo della forma del documento, della regolarità del procedimento presupposto, etc.

Il legislatore delegato potrebbe opportunamente chiarire se vi siano poteri e quali in ordine alla verifica della regolarità o legalità degli atti da iscrivere. In sostanza, al fine di evitare incertezze, sarebbe necessario individuare su cosa l'ufficio del registro possa fare obiezione.

3. Il contenuto dell'atto costitutivo

La delega legislativa per la riforma del diritto societario assume particolare rilievo per quanto riguarda le indicazioni che devono essere contenute nell'atto costitutivo. In particolare si osserva che l'esigenza di ampliamento degli ambiti dell'autonomia statutaria e, dunque, di consentire alle parti di definire più puntualmente il loro rapporto integrando il contenuto degli statuti, espressa nei principi generali della riforma, trova in questa sede la sua massima realizzazione.

L'atto costitutivo rappresenta lo strumento attraverso cui non solo si costituisce il rapporto giuridico tra le parti, ma anche lo strumento attraverso cui si organizza l'attività futura. La sua rilevanza organizzativa si deduce dal carattere formale del procedimento di costituzione che impone l'obbligo di indicare almeno gli elementi che maggiormente caratterizzano l'organizzazione societaria.

In materia, con riguardo alla riforma, occorre distinguere tra S.r.l. e S.p.a.

- **Società a responsabilità limitata** - La legge di delega prevede per la S.r.l. un consistente accrescimento dell'autonomia statutaria e la possibilità di creare un modello organizzativo più flessibile di quello attuale, volto a favorire lo sviluppo delle piccole e medie imprese.

Ciò si deduce anzitutto dall'art. 3, comma 1, lett. a) che, nel prevedere l'adozione di un autonomo e organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sul

principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci, oltre a manifestare l'esigenza di un distacco dal sistema attuale in cui la disciplina delle S.r.l. è delineata essenzialmente mediante il rinvio a quella delle S.p.a., sottintende anche l'esistenza di una significativa attività negoziale volta a determinare l'assetto gestionale e organizzativo più adeguato [art. 3, comma 1, lett. *b*) e *c*)]. Solo ove risulti lacunosa essa è destinata ad essere integrata da norme di legge.

Non è tuttavia immediato il significato da attribuire alla “*rilevanza centrale del socio e ai rapporti contrattuali*”. Se intenderlo cioè, come una indicazione specifica di un modello sociale improntato alla massima autonomia statutaria, come si è ora affermato, oppure vedervi anche la traccia di una volontà ad ammettere la possibilità per i soci di regolare aspetti importanti della vita sociale anche fuori dall'atto costitutivo e dallo statuto, cioè con pattuizioni parasociali (come sembrerebbe potersi dedurre dall'art. 3, comma 2, lett. *c*) dove si ammette la possibilità di consentire ai soci di regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali).

Quale che sia l'esatto significato, in questo contesto si rende necessario individuare quelle indicazioni che devono essere obbligatoriamente contenute nell'atto costitutivo [art. 3, comma 2, lett. *b*)].

a) Per quanto riguarda la richiesta di individuazione delle indicazioni obbligatorie dell'atto costitutivo, si può pensare che con tale espressione si sia voluto, nell'ottica di riduzione dei costi e dei tempi, dare al legislatore delegato la possibilità di eliminare tutti quegli elementi che già nell'ordinamento vigente non sono considerati essenziali (come, ad esempio, il criterio di ripartizione degli utili). Non vi è, invece, ragione per dubitare dell'inserimento di tutti quegli elementi, contenuti nell'art. 2475 c.c., che già il sistema codicistico considera come requisiti sostanziali che servono a caratterizzare l'organizzazione societaria.

Si ricorda che, a tal proposito, la I Direttiva (68/151) in materia di pubblicità, validità degli obblighi e nullità delle società di capitali, considerando taluni elementi imprescindibili, inserisce tra le cause di nullità delle società, la mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sottoscritto, o dell'oggetto sociale [art. 11, lett. *c*)]

b) Per quanto riguarda il capitale minimo si rinvia al documento “Capitale e patrimonio”.

– **Società per azioni** – La delega stabilisce anche per le società per azioni che, nel semplificare il procedimento di costituzione, nel rispetto del principio di certezza e tutela dei terzi, si indichi il contenuto minimo dell'atto costitutivo [art. 4, comma 3, lett. *a*)]. Valgono anche qui i rilievi sopra fatti in tema di contenuto obbligatorio per l'atto costitutivo di una S.r.l.

A differenza di quanto è previsto nell'ordinamento vigente e di quanto previsto dalle legge di delega per le S.r.l., viene espressamente considerata la possibilità di

non indicare nell'atto costitutivo la durata della società per azioni [art. 4, comma 2, lett. *d*)]. Nel sistema vigente, invece, la durata costituisce un elemento essenziale e non è ammessa la costituzione di una S.p.a. a tempo indeterminato (anche se poi la mancata indicazione non determina la nullità ex art. 2332 c.c. Prima della legge 340/2000 sulle omologazioni si riteneva che la mancanza di tale indicazione legittimasse, al più, il rifiuto dell'omologazione). Questa nuova previsione sembra peraltro conforme a quanto previsto dalla II Direttiva (77/91) in materia di costituzione della società per azioni, salvaguardia e modifica del capitale sociale, la quale consente espressamente che la società sia costituita a tempo indeterminato, prescrivendo in tal caso un'indicazione in tal senso nel registro delle imprese.

Nell'attuale sistema è, tuttavia, prevista la possibilità di prorogare, ripetutamente per più volte, il termine fissato, mediante modificazione dell'atto costitutivo, raggiungendo così lo stesso risultato di prolungare la durata indefinitamente, salvo un accrescimento dei costi che probabilmente con la delega si è voluto ridurre.

4. La nullità

Infine, sempre con riguardo alla disciplina della costituzione, la riforma è diretta a limitare la rilevanza dei vizi della fase costitutiva [art. 4, comma 3, lett. *b*)]. La disposizione appare volta a consentire al legislatore delegato la riduzione del numero delle cause di nullità già fissate tassativamente dall'art. 2332 c.c. La norma sembra collegarsi direttamente con quella che prevede la costituzione della S.p.a. unipersonale [art. 4, comma 2, lett. *e*)]. In tale caso, infatti, è necessario un coordinamento con l'art. 2332, n. 8) dove si configura quale causa di nullità proprio la mancanza della pluralità dei soci fondatori. Occorre, inoltre, ricordare che la citata legge 340/2000 ha disposto l'abrogazione del n. 3) dell'art. 2332 c.c. che prevedeva come causa di nullità l'inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 2330 per il controllo preventivo del tribunale in sede di omologazione. Il legislatore delegato, nel ripercorrere la strada già tracciata con la legge 340/2000, rimane comunque fedele al disposto della I Direttiva, la quale indica tra i casi in cui può essere dichiarata la nullità della società, alternativamente quello della mancanza dell'atto costitutivo "oppure" delle formalità relative al controllo preventivo "o" la forma di atto pubblico [art. 11, lett. *a*)]. Resta da chiarire, anche a questo fine, il rapporto tra "forma" dell'atto (atto pubblico notarile) e "controllo di legalità" dell'atto stesso svolto dal notaio medesimo.

Sebbene la previsione relativa alla nullità sia inserita, ancora una volta, tra le disposizioni riguardanti le S.p.a., si può presumere, per le medesime ragioni addotte ormai da anni dalla più autorevole dottrina, che la stessa valga per tutte le società e dunque anche per la S.r.l. e alle società cooperative (e già la I Direttiva si applica a tutte le società di capitali e non solo alle S.p.a.). Si ritiene, oramai unanimemente, che l'art. 2332 c.c. sebbene si trovi nel capo dedicato alle S.p.a. esprima, in realtà, un principio generale comune a tutti i contratti associativi caratterizzati dallo svolgi-

mento di attività con terzi. Non si deve comunque dimenticare che, a tal proposito, nel progetto di legge elaborato dalla commissione Rovelli (che si occupa, tra l'altro, delle revisione delle disposizioni generali delle società e di quelle relative alle società di persone), è prevista una specifica disciplina della nullità per le società personali, mutuata in gran parte dall'art. 2332.

La disposizione della legge di delega, volta alla riduzione del numero delle cause di nullità, appare coerente con l'intento di diminuire i costi e le ipotesi di incertezza dei traffici giuridici, secondo il noto principio della conservazione dell'attività svolta.

La norma, indubbiamente conforme ai principi espressi dalla I Direttiva CEE (68/151) in materia di pubblicità, validità degli obblighi e nullità delle società di capitali, si ricollega, come già sottolineato, sia alla norma che prevede la costituzione della S.p.a. unipersonale (in tale caso, infatti, verrebbe meno la causa dell'art. 2332, n. 8), dove si configura la nullità della società qualora manchi la pluralità dei soci fondatori) sia alla legge 340/2000 che ha disposto l'abrogazione del n. 3) dell'art. 2332 c.c. in cui si prevedeva, quale causa di nullità, l'inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 2330 per il controllo preventivo del tribunale in sede di omologazione, intendendosi per tali i vizi che vanno dalla mancanza dell'omologazione all'incompetenza del tribunale che l'ha pronunciata (escludendosi, in tal modo, gli eventuali vizi di merito). A tal proposito, seguendo l'impostazione precedentemente delineata, e cioè che il medesimo controllo prima affidato al giudice è ora affidato al notaio, la mancanza di tale controllo sebbene non assurga ad autonoma causa di nullità, può ben essere compresa, in quanto il controllo è ormai implicito nella redazione dell'atto, nell'ipotesi di mancanza dell'atto costitutivo (e, dunque, all'ipotesi del n. 1), art. 2332 c.c.).

Va, tuttavia, osservato che, seguendo quella opinione che vede nell'art. 2332 c.c. una disposizione che riguarda essenzialmente il procedimento di omologazione-iscrizione e dunque il procedimento costitutivo della società, esso vada reimpostato proprio alla luce delle novità introdotte dall'art. 32 della legge 340/2000. Sotto tale profilo è dunque auspicabile che il legislatore delegato chiarisca la sorte di quei vizi che possono discendere da un procedimento costitutivo irregolare.

5. Società in formazione

Da ultimo appare opportuno dedicare un piccolo accenno alle problematiche che riguardano le società "in formazione" e in particolare al problema della responsabilità di coloro che hanno agito prima della iscrizione. Sebbene la delega non preveda nulla a riguardo, è plausibile pensare che il legislatore delegato, occupandosi di disciplinare i vizi della fase costitutiva, affronti anche questo delicato argomento.

Si tratta in particolare di interpretare correttamente l'art. 2331 c.c. là dove attribuisce la responsabilità illimitata e solidale a coloro che hanno agito in nome della società, sia pur prima della iscrizione. Nonostante la tentazione, prevalente nel

diritto germanico e volta ad una migliore tutela dei terzi, di assimilare la società in formazione ad una società costituita, attraverso il riconoscimento che “*coloro che hanno agito in nome della società*”, con tale azione, impegnano il patrimonio sociale, non si può non considerare la scelta che al riguardo ha già operato il diritto comunitario. La I Direttiva (68/151), infatti, stabilisce che “*qualora siano stati compiuti atti in nome della società in formazione, prima che essa acquistasse personalità giuridica, e la società non assuma gli obblighi che derivano da tali atti, le persone che li hanno compiuti ne sono responsabili solidalmente e illimitatamente, salva convenzione contraria*”. La locuzione “*convenzione contraria*”, appare chiara solo se si considera che con tale disposizione il legislatore comunitario, consentendo la eventuale ratifica da parte della società degli atti compiuti prima della sua iscrizione, non intende escludere la responsabilità di coloro che hanno agito, ma semplicemente trasferire il rapporto contrattuale in capo alla società, con la conseguenza che il rapporto tra contraente cedente e contraente ceduto resteranno disciplinati, in via generale, dall’art. 1408, comma 2 del c.c.

6. La costituzione della S.p.a. unipersonale

Una importante novità è rappresentata dalla possibilità che un unico soggetto costituisca una S.p.a. [art. 4, comma 2, lett. e)]. La costituzione di una società per azioni da parte di un unico azionista (finora consentita solo da talune leggi speciali, salvo il caso di costituzione per scissione), oltre ad essere stata recentemente raccomandata dalla Commissione europea, è da lungo tempo auspicata dalla dottrina, soprattutto dopo l’introduzione nel nostro ordinamento della possibilità di costituire la S.r.l. unipersonale, (art. 2475, così come modificato dal D.lgs. 88/1993 di attuazione della XII Direttiva in materia di armonizzazione del diritto societario).

E’ demandato al legislatore delegato il compito di prevedere adeguate garanzie per i creditori e dunque di considerare adeguatamente la tutela di chi entra in contatto con una società il cui interesse si identifica con quello dell’unico socio. A tal proposito si può supporre che il legislatore terrà conto della disciplina dettata in materia di S.r.l. unipersonale, oltre che dell’opinione dottrinarie e giurisprudenziale che via via si è andata formando dall’esperienza. E’ dunque auspicabile, tra l’altro, che l’unico socio fondatore risponda, in solido con coloro che hanno agito, per le operazioni compiute prima dell’iscrizione; che la limitazione della responsabilità dell’unico socio operi solo ed esclusivamente per quelle obbligazioni sorte dopo l’iscrizione nel registro delle imprese (e dunque solo dopo che la società ha acquistato personalità giuridica), mentre per quelle anteriori si affermi la sua responsabilità personale; che al momento della costituzione della società (ma anche in caso di aumento di capitale), l’unico socio versi integralmente i conferimenti in denaro. E’ inoltre opportuno che vengano previsti specifici obblighi di trasparenza e di pubblicità come, ad esempio, inserire negli atti e nella corrispondenza l’indicazione di S.p.a. con socio unico. I dati identificativi dello stesso devono essere depositati nel registro delle imprese, pena la perdita del beneficio della responsabilità limitata.

Resta da decidere se il beneficio della responsabilità limitata sarà consentito, come accade per le S.r.l. unipersonali, solo al socio unico-persona fisica. La ragione che ha spinto a disciplinare in tal modo le S.r.l. risiede nel fatto che si è voluto riservare il beneficio alle sole imprese individuali di piccole dimensioni.

Per il problema delle controllate totalitarie e dei patrimoni separati si rinvia al documento “Capitale e patrimonio”.

7. I patti parasociali

Per quanto riguarda i patti parasociali, la legge di delega stabilisce che si preveda *“una disciplina dei patti parasociali, concernenti le società per azioni o le società che le controllano, che ne limiti a cinque anni la durata temporale massima e per le società di cui al comma 2, lett. a) (cioè le S.p.a. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, cc.dd. S.p.a. “aperte”) ne assicuri il necessario grado di trasparenza attraverso forme adeguate di pubblicità”* [art.4, comma 7, lett. c)].

Nel considerare una specifica disciplina dei patti parasociali, la delega distingue tra società per azioni “aperte” e società per azioni “chiuse”, dettando per le prime un criterio direttivo più rigoroso che tenga conto anche di forme pubblicitarie che garantiscano la trasparenza di detti patti. Si può desumere, tuttavia, che il legislatore delegato non introdurrà una disciplina così severa e articolata come quella prevista dal T.U.I.F. (art. 122) per i patti parasociali stipulati nell’ambito di una società con azioni quotate. In tale ultima ipotesi, infatti, la ragione di una disciplina incalzante si fonda sul fatto che quando le partecipazioni sono negoziate presso il pubblico dei risparmiatori nasce l’esigenza di visibilità e di conoscibilità delle convenzioni da parte di tutti gli investitori, attuali e potenziali. Tale necessità permane nelle società non quotate che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ma in misura diversa perché riguarda gli interessi dei soci. Si può, perciò, presumere che verrà prevista, come per le società quotate, il deposito dei patti parasociali, aventi ad oggetto l’esercizio del diritto di voto nelle società con azioni e nelle società che le controllano, presso il registro delle imprese, mentre si dubita della necessità di prevedere anche la pubblicazione per estratto sulla stampa quotidiana. Per coerenza sistematica, l’inosservanza degli obblighi pubblicitari, qualora siano previsti, dovrebbe portare, analogamente a quanto accade per le quotate, alla nullità dei patti.

Non è invece chiaro perché il legislatore delegante non abbia previsto, come invece fa per le società quotate, una soluzione che vede accanto al patto a tempo determinato anche quello a tempo indeterminato cui si connette, ovviamente, il diritto di recesso. Sarebbe stato, come ha sottolineato già la dottrina, una previsione sicuramente più coerente con l’ordinamento che prevede il diritto di recesso nelle ipotesi di contratto senza termine di durata. Non sembra, tuttavia, che il legislatore delegato possa, nei limiti della delega, chiarirlo.

La legge di delega non prevede alcuna disciplina dei patti parasociali nelle società a responsabilità limitata, tuttavia, al di là delle limitazioni poste per le S.p.a. aperte, non vi è dubbio che l'art. 3 comma 1, lett. a), enunciando il principio della rilevanza centrale dei soci e dei rapporti contrattuali tra soci, riconosce un modello sociale nel quale potrebbe esserci anche lo spazio per i soci di regolare taluni aspetti della vita sociale fuori dall'atto costitutivo e dallo statuto.