

Monografie teorico-pratiche di diritto societario

a cura di
Luciano De Angelis e Bartolomeo Quatraro

sistemi editoriali



Professionisti, tecnici e imprese
Gruppo Editoriale Esselibri - Simone



Alberto Giletta

Gli Atti Costitutivi

**Costituzione, conferimenti, modifiche
dell'atto costitutivo e recesso nella S.p.a.**

**Con introduzione
di Andrea Fusaro**

sistemi editoriali



Professionisti, tecnici e imprese
Gruppo Editoriale Esselibri - Simone

Copyright © 2005 Esselibri S.p.A.
Via F. Russo, 33/D
80123 Napoli

Azienda con sistema qualità certificato ISO 14001 : 2003

Tutti i diritti riservati.
È vietata la riproduzione anche parziale
e con qualsiasi mezzo senza l'autorizzazione
scritta dell'editore.

Per citazioni e illustrazioni di competenza altrui, riprodotte in questo libro,
l'editore è a disposizione degli aventi diritto. L'editore provvederà, altresì, alle
opportune correzioni nel caso di errori e/o omissioni a seguito della segnalazio-
ne degli interessati.

Prima edizione: maggio 2005
MDS1 - Gli atti costitutivi
ISBN 88-513-0283-9

Ristampe
8 7 6 5 4 3 2 1 2005 2006 2007 2008

Questo volume è stato stampato presso:
Litografia di Enzo Celebrano
Via Campana, n. 233 - Pozzuoli (NA)

sistemi editoriali 

Professionisti, tecnici e imprese
Gruppo Editoriale **Esselibri - Simone**

Coordinamento redazionale: *Dario di Majo*

Consulenza scientifica: *Anna Costagliola*

Progetto grafico: *Gianfranco De Angelis*

Impaginazione: *Carmela De Marco*

Per conoscere le nostre novità editoriali consulta il sito internet:
www.sistemieditoriali.it

Introduzione



.....

Il volume di Alberto Giletta è dedicato agli atti costitutivi ed alle modifiche statutarie delle società per azioni, abbracciando sia l'“omologazione” notarile e giudiziale sia la disciplina del recesso del socio che non abbia condiviso le variazioni.

Esso fornisce una trattazione approfondita di alcuni segmenti cruciali del diritto societario riformato, orientata alle professioni legali: un'opera non già didattica, nel senso dell'illustrazione di un insieme di nozioni, né dottrinale, ossia rivolta all'elaborazione di teorie e concetti, ma destinata alla pratica, dunque finalizzata a ricercare soluzioni a problemi (1). Denuncia nondimeno l'ambizione a raggiungere gli operatori più esigenti, fornendo loro indicazioni non solo puntuali, ma anche dotte ed argute, non appiattite sul referto oggettivo.

1. La revisione degli statuti importa la catalogazione delle norme inderogabili e di quelle dispositive, distinguendo i casi (numerosissimi) in cui sono reperibili norme suppletive — oggi comunemente definite di “default” — (ad esempio, in tema di recesso del socio) da quelli in cui un'integrazione statutaria è richiesta espressamente dalla legge (tra le tante ipotesi, l'indicazione del sistema di amministrazione) oppure è consigliata da ragioni di opportunità. Scelte ovviamente accompagnate dalla considerazione delle peculiarità del caso singolo.

Quel pregiudiziale dilemma relativo alla perimetrazione dell'area dell'imperatività — alla cui soluzione sono rivolti i maggiori sforzi della dottrina — rispetto alle società esistenti si traduce nell'alternativa tra innovazioni obbligatorie ed opzionali, ma arricchendosi di contenuti ulteriori, quali il quesito circa l'attitudine delle disposizioni

¹ Secondo il canone di recente ricordato da ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001.

esistenti a raccordarsi con la nuova disciplina, costituendone altrettante deroghe. Interrogativo che mette in gioco la più ampia questione relativa all'interpretazione degli statuti delle società esistenti, questione che è stata già enunciata in tutta la sua rilevanza in ordine alla sorte delle clausole compromissorie difformi dalle nuove prescrizioni in tema di nomina degli arbitri.

Gli statuti non esauriscono l'ambito della formulistica da aggiornare, annoverandosi — poi — la redazione degli atti costitutivi, laddove occorre tener conto non solo della conformità alle nuove disposizioni regolanti i rispettivi contenuti, ma pure delle innovazioni in tema di conferimenti, sia quanto al perfezionamento, sia quanto alla distribuzione delle partecipazioni liberate: si pensi all'eventuale emersione di minusvalenze a seguito della verifica del valore di perizia del conferimento in natura effettuato da un socio ed all'assorbimento da parte degli altri. Ed a proposito dei conferimenti in natura effettuati in sede di costituzione occorre tener conto degli inconvenienti che il nuovo testo dell'art. 2331 — secondo e terzo comma — produrrebbe in ordine all'apporto di azienda in esercizio.

Non marginale l'aggiornamento della prassi in tema di verbalizzazione di assemblee e riunioni dei vari organi collegiali, da affrontare muovendo dalla ricognizione delle disposizioni dettate espressamente — sia in ordine allo svolgimento (la regolamentazione del ruolo del presidente, la tele o video conferenza) sia rispetto all'intervento notarile (il contenuto e la sottoscrizione del verbale) -, e poi di quelle ricavabili indirettamente (l'analiticità, quanto alla motivazione delle decisioni, dei verbali delle riunioni degli organi gestori di società facenti parte di gruppi).

2. Si tratta di tematiche di massimo interesse notarile, il cui approfondimento inevitabilmente fa conto sul contributo della categoria, la quale deve affinare un'apposita metodologia di lavoro. Il notaio occupa una posizione di frontiera, come del resto a seguito dell'entrata in vigore di ogni innovazione giuridica — sia essa legislativa, giurisprudenziale, o proveniente da qualsiasi altra fonte dell'ordinamento —, imposta dall'esigenza di curarne l'immediata applicazione. Certamente di fronte ad una riforma tanto vasta il compito si complica enormemente, come accadde per il precedente del 1975 riguardante il diritto di famiglia, prova superata dal nota-

riato in modo che oggi si può definire eccellente, avendo fornito da subito contributi interpretativi non solo anticipatori di tendenze destinate con il tempo a consolidarsi, ma rivelatori di profili e risvolti applicativi poi emersi in tutta la loro rilevanza problematica.

Oltre all'auspicio, sussistono i segnali premonitori di una riuscita altrettanto brillante, se si leggono le lucide e raffinate analisi notarili ad oggi edite, in grado di governare i plessi problematici attraverso articolate concretizzazioni delle prime riflessioni.

Il notaio impersona il duplice ruolo di fabbricante di prodotti giuridici e di controllore della loro qualità, cosicché non può attendere il maturare di indirizzi condivisi: gli è precluso indugiare nel coltivare l'attitudine problematica, dovendo prendere posizione consapevole che l'atteggiamento rinunciatario lo sospingerebbe verso il baratro della funzione meramente certificativa, che ne sbiadisce il profilo e lo deprezza alla borsa delle professioni; soprattutto, lo vedrebbe abdicare alle funzioni che gli sono affidate dal sistema ed il cui assolvimento, se non garantisce la certezza del diritto (la cui popolarità è da qualche tempo in calo), quantomeno contribuisce alla prevedibilità degli esiti del controllo di validità esercitato. D'altro canto neppure gli è dato isolarsi: l'enunciazione di motivazioni poco persuasive, insieme con l'assenza di orientamenti condivisi e praticati all'interno della categoria, verrebbe ad ingenerare all'esterno il sospetto di casualità dei comportamenti, e ad alimentare il circolo vizioso paventato ad esito della legge 340, per cui di fronte alla manifestazione di dissenso circa un'interpretazione non si cambia questa ma il notaio.

Ricondurre tante premure alla preoccupazione di prevenire occasioni di responsabilità è riduttivo, oltre che avvilente per la dignità della categoria, tanto più ove si consideri che sono assai scarse le occasioni di riscontro dei presupposti di operatività dell'articolo 28 l. not. alla verbalizzazione delle delibere. Piuttosto è in gioco l'applicazione della riforma, atteso il ruolo non marginale rivestito dai notai nell'attuale quadro istituzionale (delle "*legal institutions*").

Certamente non tutte le disposizioni riguardano il notaio in eguale misura: minore è il suo ruolo rispetto alla rilevazione dei comportamenti non "solennemente" formalizzati (tutta l'area dell'abuso della personalità giuridica), e minori sono le occasioni di interferenza con l'apparato rimediale nel suo complesso. È peraltro configurabile un suo coinvolgimento anche su versanti rispetto ai quali non

ne è in gioco il ministero, quali le deliberazioni relative al perfezionamento di operazioni da formalizzarsi notarilmente, laddove la conservazione della prassi — improntata al massimo tuziorismo — di sollecitare invariabilmente l'autorizzazione espressa dei soci dilaterrebbe l'applicazione della disposizione estensiva della responsabilità dettata per le società a responsabilità limitata.

Sussistono, per contro, settori in cui è registrabile una sorta di esclusiva — almeno in ordine alla elaborazione del prodotto giuridico, salvo sempre il controllo esterno, in particolare giudiziario —, in quanto tradizionalmente assegnati all' "arte notarile".

3. Il canone metodologico secondo cui la riforma deve essere oggetto di una lettura svincolata dai condizionamenti del passato si traduce in una regola retorica che svaluta gli orientamenti pregressi quali argomenti per giustificare scelte ermeneutiche, ma non esclude la inevitabile ultrattività, all'interno della cultura giuridica e della prassi, del corpo delle regole e principi elaborati sulla scorta delle disposizioni previgenti, secondo la nota constatazione — di indole realistica — che i vecchi codici non perdono vigore con la formale abrogazione, ma soltanto a seguito della loro sostituzione presso il diffuso sentire della comunità degli interpreti con le norme ricavate dalle nuove disposizioni (2).

Seppure con questa avvertenza (almeno sul piano formale) rispetto alla riforma mancherà l'autorità degli orientamenti giurisprudenziali, non solo con riguardo alle disposizioni del tutto nuove, ma pure in ordine a quelle riprodotte quasi o del tutto inalterate, dovendosi dare carico dell'onere di provare l'irrelevanza del nuovo quadro, dei rinnovati principi e criteri, rispetto alla interpretazione precedentemente consolidatasi.

L'effettività della riforma si realizzerà — come accade per l'immissione nell'ordinamento di ogni dato legislativo — attraverso il progressivo convergere della "comunità interpretativa" sull'estrapolazione di norme dalle nuove disposizioni (3).

² GAMBARO A., *Codice civile*, in *Digesto*, IV ed., *Disc. Priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 442; notazione in linea con gli insegnamenti della scuola del realismo giuridico, ma pure con la teorica della dissociazione dei formanti di SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 5° ediz., 1992.

³ L'espressione è mutuata dalla monografia di PARIOTTI E., *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000, la quale, seguendo l'impostazione di ZACCARIA G., *Questioni di*

Gli interventi presentati a convegni, gli studi elaborati isolatamente o sotto l'egida del Consiglio Nazionale, guidano alla immediata applicazione, forniscono il conforto di un supporto esterno, prezioso nel giustificare il primo operato, ma certo non intendono assecondare alcun velleitarismo autopoietico, essendo chiara la consapevolezza del metabolismo ermeneutico che impegna tutte le componenti dell'ordinamento: le elites intellettuali, i corpi professionali, gli atteggiamenti della burocrazia, le istanze degli utenti con gli strumenti variamente impiegati per imporsi.

Su questa scena la dottrina giuridica gioca un ruolo protagonista, in quanto formante composita, innervata di una pluralità di voci, tra cui quella notarile: esiste in effetti un vero e proprio punto di vista notarile, che muove dalla prospettiva propria dello specifico intervento professionale, ed è orientato verso l'operatività; la sua complementarietà rispetto agli altri ne legittima e raccomanda la presenza all'interno del dibattito. Nelle materie per tradizione assegnate all' "arte notarile" il contributo assume poi un particolare rilievo, proprio in quanto proveniente dal corpo custode delle "tecnicità" del caso, la cui inerzia frustrerebbe l'effettività della riforma.

L'intervento del notaio nella riflessione assume infine un ulteriore rilievo in considerazione del suo ruolo nel controllo di validità, in quanto partecipa alla formulazione dei criteri che applicherà, e divulga le conclusioni via via raggiunte consentendone la conoscibilità, sottoponendola al comune controllo, sostegno o critica. Certamente ciò vale particolarmente per gli studi approvati dal Consi-

interpretazione, Padova, 1996, approfondisce l'idea che "l'interprete difficilmente può procedere in completa indipendenza dal sentire comune e dai canoni condivisi dalla comunità giuridica e dal contesto sociale di cui è parte", peraltro concludendo nel senso del carattere tautologico del sintagma "comunità dell'interpretazione giuridica", in quanto l'attività ermeneutica si svolge all'interno di una comunità come tale dotata di una struttura plurale ed intersoggettiva. Si tratta, ovviamente, di una prospettiva coltivata ampiamente da filosofi del diritto (per tutti TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980), storici (tra questi è doverosa la citazione di GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995) e comparatisti (secondo l'insegnamento di GORLA G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981) ed è stata calata anche nello specifico contesto notarile (tra gli altri da parte di BORTOLUZZI A., *Forma e interpretazione nel negozio giuridico notarile*, Torino, 1998; Id., *Forma e mercato*, Torino, 2000).

glio Nazionale (4) più che per gli scritti dei singoli notai (5), i quali peraltro si incaricano di rappresentare e divulgare la prospettiva notarile aprendola al confronto con le altre.

A seguito del — graduale — pensionamento degli orientamenti maturati dai tribunali (sorta di passato che non passava mai) si apre dunque una nuova stagione in cui il notariato, confrontandosi con la pluralità degli indirizzi, formula proprie linee interpretative.

ANDREA FUSARO

*Professore di Sistemi Giuridici Comparati
nella Facoltà di Giurisprudenza di Genova
Notaio in Genova*

⁴ Di cui meriterebbe approfondire l'accostabilità agli orientamenti di volontaria giurisdizione cui i tribunali avevano dato abbondante corso.

⁵ Ancorché questi non corrispondano agli studi pubblicati da parte dei magistrati, sia perché costoro in sede di volontaria giurisdizione decidono non già individualmente ma collegialmente, sia per la maggiore prossimità tra la personalità e l'esercizio delle funzioni pubbliche, per il tramite della veste professionale.

Capitolo I

LA COSTITUZIONE DELLA S.P.A.

SOMMARIO: 1.1 Principi ispiratori e principali novità della riforma. - 1.2 Nozione e caratteri della nuova s.p.a. - 1.3 Il procedimento per la costituzione. - 1.3.1 La costituzione simultanea. - 1.3.2 La costituzione per pubblica sottoscrizione. - 1.3.3 Segue: i promotori ed i soci fondatori. - 1.3.4 La costituzione per atto unilaterale. - 1.4 La forma dell'atto costitutivo e dello statuto. - 1.5 Il contenuto dell'atto costitutivo. - 1.5.1 Il contenuto necessario. - 1.5.2 Il contenuto facoltativo. - 1.6 Le condizioni per la costituzione. - 1.7 Gli effetti della stipulazione.

.....

■ 1.1 Principi ispiratori e principali novità della riforma

Nell'impianto originario del codice civile la società per azioni ha rappresentato il prototipo delle società di capitali, quale disciplina di riferimento per le s.r.l. e le s.a.p.a.

La novella del 2003 ha in parte sovvertito questo assetto, creando due modelli societari tendenzialmente autonomi, ispirati l'uno alla s.r.l. e l'altro alla s.p.a., in conformità al principio fissato dall'art. 2, lett. f), l. 3 ottobre 2001, n. 366 (legge delega). La centralità della disciplina della s.p.a. si è in tal modo affievolita, permanendo la sua applicazione diretta ed immediata — in quanto compatibile — alla sola s.a.p.a. (art. 2454 c.c.), che lo stesso legislatore delegante definiva una “variante” della s.p.a.; per la s.r.l., al contrario, la riforma introdotta dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ha operato una più netta differenziazione, dotandola di una regolamentazione maggiormente flessibile ed incentrata sulle persone dei soci e sui loro rapporti reciproci, anziché sulla partecipazione sociale. Il mutamento di prospettiva realizzato è stato giudicato, invero, così radicale da porre in dubbio la stessa estensibilità in funzione suppletiva, quan-

to meno in via analogica, delle disposizioni dettate per le società azionarie — spesso più dettagliate — per colmare le lacune lasciate dalla legge e dall'autonomia contrattuale negli statuti di s.r.l. Residuano, peraltro, alcuni profili della disciplina di questo tipo sociale per i quali è la legge stessa a richiamare specificamente le regole della s.p.a., quale “prototipo” di società di capitali (1).

Il rinnovamento della struttura corporativa e finanziaria della s.p.a. che è conseguito al nuovo impianto normativo tracciato dal legislatore delegato sulla scorta delle indicazioni contenute in tal senso nella stessa legge di delega non ha, invece, modificato i caratteri essenziali del tipo, rintracciabili nell'autonomia patrimoniale perfetta, nella standardizzazione delle partecipazioni sociali e nell'organizzazione interna corporativa. Al contrario, ha inteso esaltarne la funzione di modello per la media e grande impresa e per il ricorso ai mercati finanziari, ampliandone la duttilità rispetto alle diverse esigenze imprenditoriali anche attraverso l'espansione dell'autonomia statutaria.

Con riguardo alla fase di costituzione, dalla s.p.a. come più in generale delle società di capitali, la riforma ha avuto il dichiarato fine di semplificare il procedimento, nell'ottica di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese, e di limitare le ipotesi di vizi rilevanti, onde attribuire maggiore certezza ai rapporti endo- ed extra-societari che ne derivano (Rel. Min. §1).

Nella prospettiva dello snellimento della costituzione, si è confermato l'affidamento al notaio rogante del *controllo di legittimità dell'atto costitutivo*, introdotto dall'art. 32 l. 24 novembre 2000, n. 340. Il buon esito di quell'intervento normativo ha consentito di abbreviare notevolmente i tempi per l'iscrizione della società, riducendo l'ampiezza della fase in cui gli amministratori, ed ora anche gli stessi soci, restano esposti al rischio di rispondere illimitatamente delle obbligazioni sociali. Prendendo atto di tale positivo risultato, il legislatore della riforma, all'art. 2330, c. 1, c.c., ha conseguentemente ridotto a *venti giorni* il termine

¹ Il rapporto tra s.r.l. e s.p.a. ad esito della riforma è stato approfondito, tra gli altri, da ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in “Riv. Soc.”, 2003, pp. 58 ss.; cfr. sul punto anche GALGANO F. - GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, II ed., vol. XXIX, t. 1, Padova, Cedam, 2004, p. 1.

di legge per l'espletamento delle relative formalità (termine che risulta più congruo rispetto a quello inizialmente proposto dallo schema di decreto del settembre 2002, che lo fissava in soli dieci giorni).

Nella medesima prospettiva, si sono precisati ulteriormente i contorni della responsabilità per le operazioni compiute prima dell'iscrizione, e si è inciso profondamente sulla disciplina speciale dell'invalidità della s.p.a., limitando drasticamente le ipotesi rilevanti, al fine di conservare il valore costituito dall'impresa sociale.

L'accesso al regime di responsabilità limitata, che è proprio di questo tipo, è stato ulteriormente agevolato attraverso la previsione della *costituzione per atto unilaterale*, uniformando in tal modo la disciplina della s.p.a. a quella delle s.r.l.

Anche in relazione all'atto costitutivo, come per gli altri aspetti dell'organizzazione societaria, la riforma ha notevolmente ampliato il margine di autonomia nella conformazione della struttura interna dell'ente e delle regole di funzionamento; esempi paradigmatici si individuano nella possibilità di contrarre la società a tempo illimitato, di derogare alla proporzionalità tra conferimenti e partecipazioni sottoscritte, modulando i diritti ad esse inerenti. L'ampiezza di tale autonomia è, peraltro, inversamente proporzionale all'apertura verso il mercato dei capitali di rischio. La sollecitazione del pubblico risparmio ed il coinvolgimento di interessi con connotazioni pubblicitiche impongono, infatti, di predisporre adeguate cautele, e non consentono la piena applicazione della disciplina contrattuale.

Questa distinzione emerge dallo stesso testo di legge novellato, in cui si è ritenuto opportuno inserire una norma iniziale che, individuando la categoria delle cd. "società aperte", ha provveduto a delimitare l'ambito soggettivo di applicazione di talune disposizioni introdotte dalla riforma, coordinandole con la legislazione speciale.

Detta regolamentazione è contenuta nell'art. 2325^{bis} c.c., che delinea sostanzialmente una tripartizione interna al modello di s.p.a., nell'ambito del quale si distingue tra: società cd. "chiuse", che non ricorrono al mercato per reperire capitale di rischio; società cd. "aperte" non quotate che, pur ricorrendo al mercato finanziario in misura rilevante, mediante titoli diffusi tra il pubblico, non li immet-

tono nei mercati regolamentati (2); ed infine società cd. “aperte” quotate, ovvero con azioni quotate in mercati regolamentati (3).

² L'esatta individuazione di questa categoria si ricava, ai sensi dell' art. 111*bis* disp. att. trans. c.c., dall' art. 116 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.) e dal Regolamento Consob di attuazione per gli emittenti da esso richiamati; l'art. 2, lett. f), Regolamento Consob 11971/1999, originariamente fissava i parametri rilevanti nella misura del patrimonio netto non inferiore a 5 milioni di euro e nel numero di azionisti od obbligazionisti superiore a 200. Successivamente, avvalendosi della facoltà riconosciuta dall'art. 111*bis* disp. att. trans. c.c. (che riferiva la misura rilevante a quella risultante alla data del primo gennaio 2004), con deliberazione n. 14372 del 23 dicembre 2003, la Consob ha modificato la definizione di emittenti strumenti finanziari diffusi, abrogando la citata lett. f) dell'art. 2 del Regolamento Emittenti ed inserendo un nuovo art. 2*bis* il quale pone la seguente definizione:

«1. Sono emittenti azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante gli emittenti italiani i quali contestualmente:

a) abbiano azionisti diversi dai soci di controllo in numero superiore a 200 che detengano complessivamente una percentuale di capitale sociale almeno pari al 5%;

b) non abbiano la possibilità di redigere il bilancio in forma abbreviata ai sensi dell'articolo 2435*bis*, primo comma, del codice civile.

2. I limiti di cui al comma precedente si considerano superati soltanto se le azioni alternativemente:

— abbiano costituito oggetto di una sollecitazione all'investimento o corrispettivo di un'offerta pubblica di scambio;

— abbiano costituito oggetto di un collocamento, in qualsiasi forma realizzato, anche rivolto a soli investitori professionali come definiti ai sensi dell'articolo 100 del TUF;

— siano negoziate su sistemi di scambi organizzati con il consenso dell'emittente o del socio di controllo;

— siano emesse da banche e siano acquistate o sottoscritte presso le loro sedi o dipendenze.

3. Non si considerano emittenti diffusi quegli emittenti le cui azioni sono soggette a limiti legali alla circolazione riguardanti anche l'esercizio dei diritti aventi contenuto patrimoniale, ovvero il cui oggetto sociale prevede esclusivamente lo svolgimento di attività non lucrative di utilità sociale o volte al godimento da parte dei soci di un bene o di un servizio.

4. Sono emittenti obbligazioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante gli emittenti italiani dotati di un patrimonio netto non inferiore a cinque milioni di euro e con un numero di obbligazionisti superiore a duecento».

La definizione delineata dalla Consob, in realtà, ha un ambito applicativo più ampio di quella rilevante ai fini della disciplina comune, atteso che la prima si riferisce agli emittenti strumenti finanziari in generale, mentre l'art. 2325*bis* c.c. s'indirizza alle sole società emittenti azioni diffuse. Inoltre, il rinvio alla disciplina regolamentare operato dall'art. 111*bis* si ritiene abbia carattere “storico” e non “recettizio”, cosicché eventuali futuri adeguamenti della definizione Consob non si rifletterebbero sulla regolamentazione codicistica, ma solo ai fini dell'applicazione del d.lgs. 58/1998 (cfr. sul punto MONTALENTI P., *Commento sub art. 2325bis c.c.*, in COTTINO G. - BONFANTE G. - CAGNASSO O. - MONTALENTI P. (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, 2, t. 1, Bologna, Zanichelli, 2004, pp. 33-34).

³ La disposizione in commento non contiene una delimitazione territoriale per il mercato di quotazione; benché la norma taccia sul punto pare condivisibile l'opinione che attribuisce valenza

In relazione al primo modello, la disciplina contenuta nel capo dedicato alla società per azioni esaurisce la normativa di riferimento, mentre per le altre due tipologie — legislativamente accomunate sotto la definizione di “società che fanno ricorso al capitale di rischio” — la regolamentazione comune delle s.p.a. trova applicazione solo in via residuale, nella misura in cui non sia derogata da disposizioni specifiche contenute nella legislazione speciale ad esse dedicata, ed in primo luogo nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.) e nel d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (T.U.B.), o nello stesso codice civile.

L'esigenza di coordinamento della disciplina codicistica con quella speciale ha richiesto, peraltro, un apposito intervento normativo, contenuto nel d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, successivamente integrato e modificato dal d.lgs. 27 dicembre 2004, n. 310. Come indicato nella relativa relazione illustrativa, tale provvedimento, attraverso la novellazione dei due distinti Testi Unici bancario e della finanza, ha introdotto, oltre alle correzioni formali imposte dai mutati riferimenti alle norme del codice civile, alcuni correttivi volti a modulare le novità della riforma con gli strumenti di garanzia e di controllo esistenti, cercando di contemperare la riforma societaria con la specialità della disciplina riservata alle società esercenti attività bancaria e a quelle quotate nei mercati regolamentati o comunque soggette alle norme del T.U.F. (SIM, SICAV, SGR). Ciò al fine dichiarato di consentire il più ampio impiego possibile delle potenzialità offerte dalla novella, seppure nel rispetto del sistema di controlli e garanzie richiesto per questi particolari settori.

1.2 Nozione e caratteri della nuova s.p.a.

La nuova disciplina introdotta dalla riforma, a differenza della previgente, non contiene una norma dedicata alla nozione di società per azioni (4). Invero, anche l'art. 2325 c.c., vecchio testo, non

generale all'art. 206 d.lgs. 58/1998, secondo cui le disposizioni dettate dal codice civile per le società con azioni quotate in borsa si applicano a tutte le società quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione Europea (MONTALENTI P., *Commento sub art. 2325bis c.c.*, cit., p. 35).

⁴ Resta pertanto applicabile alle s.p.a. la nozione di contratto sociale fornita per le società in generale dall'art. 2247 c.c., salvo che per la conferibilità dei servizi.

ne forniva una puntuale definizione, ma si limitava a delinearla per il tramite di due caratteri fondamentali che la contraddistinguono: la *limitazione di responsabilità dei soci* e l'*incorporazione delle partecipazioni nelle azioni*.

Il legislatore della riforma ha preferito dedicare la disposizione di esordio all'individuazione dell'aspetto più qualificante, la limitazione della responsabilità personale, mentre l'ulteriore elemento della suddivisione del capitale in azioni può desumersi solo implicitamente dalla stessa denominazione di società per azioni. Nella ridefinizione dell'architettura codicistica, infatti, l'originaria dizione contenuta nel secondo comma dell'art. 2325 c.c. è stata inglobata nell'art. 2346, c. 1, c.c., che introduce la disciplina dedicata alle azioni. Nell'attuale testo dell'art. 2325, c. 2, c.c., invece — per esigenze eminentemente sistematiche ed in considerazione dell'innovazione concernente la costituzione per atto unilaterale —, è stata trasposta la regolamentazione della responsabilità dell'unico socio, già contenuta nell'art. 2362 c.c., vecchio testo, disciplinante l'ipotesi della unicità sopravvenuta alla costituzione della società.

L'art. 2325, c. 1, c.c. sancisce l'*autonomia patrimoniale piena e perfetta* dell'ente collettivo nei confronti dei soci (5) i quali non assumono responsabilità personale per i debiti sociali, neppure in via sussidiaria. Tale regime è conseguenza della distinta personalità giuridica che l'ordinamento attribuisce all'impresa sociale, in forza della quale si produce l'esclusiva imputabilità all'ente degli atti compiuti e dell'attività svolta in suo nome, nonché delle relative conseguenze patrimoniali sfavorevoli. Carattere eccezionale, e come tale inapplicabile per via analogica, ha, invece, la previsione del secondo comma che estende, a determinate condizioni, la responsabilità per le obbligazioni sociali all'unico azionista (6).

⁵ CAMPOBASSO G.F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative, Aggiornamento della V edizione del Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, Torino, Utet, 2003, p. 2; BERTUZZI M., *La Costituzione di società per azioni*, in BERTUZZI M. - MANFEROCE T. - PLATANIA F., *Società per azioni. Costituzione, patti parasociali, conferimenti*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 8.

⁶ Cfr., da ultimo, Cass., sez. I civ., 10 marzo 1999, n. 2053, in "Società", 1999, p. 947; Cass., sez. I civ., 25 gennaio 2000, n. 804, in "Società", 2000, p. 846, con nota di CIVERRA E., *Può essere superato lo schermo della personalità giuridica?*; per i termini di tale responsabilità v. *infra* par. 1.3.4.

In considerazione della limitazione del rischio d'impresa di cui beneficiano i soci, la disciplina legislativa predispone tutele volte ad assicurare l'effettività e l'integrità del capitale sociale, sia nel momento genetico sia durante la sua esistenza, stabilendo norme di trasparenza e di controllo contabile, la cui incisività varia in relazione all'esposizione della società sul mercato del risparmio.

Ulteriore contrappeso della responsabilità limitata è costituito dalla struttura interna di tipo corporativo, basata sulla distribuzione di competenze tra assemblea, organi gestori e di controllo (7). Il singolo socio risulta, pertanto, privo di ogni potere diretto di amministrare la società e di controllare l'operato degli amministratori, compiti affidati ad un apposito organo interno.

L'ultimo elemento tipizzante è costituito dalla suddivisione del capitale in azioni, ossia in quote spersonalizzate, liberamente trasferibili anche mediante i meccanismi di circolazione dei titoli di credito, salva diversa previsione statutaria. La disciplina delle azioni non costituisce oggetto della presente trattazione; qui è solo opportuno ricordare che essa ha subito un incisivo intervento ad opera della riforma che, agli artt. 2346 ss. c.c., ha previsto la generale derogabilità di alcuni caratteri propri delle azioni in precedenza ritenuti essenziali, quali la loro omogeneità e l'uguaglianza dei diritti ad esse connessi (che, tuttavia, operano nell'ambito delle singole categorie), la proporzionalità ai conferimenti effettuati, l'incorporazione in titoli cartolari e la necessaria indicazione del loro valore nominale.

1.3 Il procedimento per la costituzione

La novella legislativa ha conservato la ripartizione del procedimento costitutivo in due fasi, articolate nella stipulazione dell'atto pubblico — il cui controllo di legittimità è ormai esclusivamente

⁷ L'organizzazione corporativa rappresenta, insieme con il regime di responsabilità e l'incorporazione della partecipazione nell'azione, uno degli elementi caratterizzanti della s.p.a. rispetto agli altri tipi sociali, ma a differenza di questi non è sancito da una specifica disposizione di legge, bensì si ricava dalla complessiva regolamentazione della s.p.a.

demandato al notaio rogante — e nella sua successiva iscrizione, con efficacia costitutiva, presso il Registro delle Imprese, attraverso la quale la società acquisisce la personalità giuridica.

All'interno della prima fase, la riforma ha ampliato le possibilità di scelta circa le modalità di costituzione prevedendo, accanto a quella contrattuale — nella variante simultanea ovvero per pubblica sottoscrizione —, la costituzione per atto unilaterale.

■ 1.3.1 La costituzione simultanea

La costituzione simultanea, di gran lunga più diffusa nella pratica, si caratterizza per la contestualità delle operazioni dirette alla creazione del nuovo ente collettivo, cosicché l'atto costitutivo è stipulato direttamente da coloro che ne hanno assunto l'iniziativa, i quali sottoscrivono pure integralmente il capitale iniziale, liberandolo nei modi e nelle forme prescritti dagli artt. 2342 e 2343 c.c.

■ 1.3.2 La costituzione per pubblica sottoscrizione

Questa modalità di costituzione era stata intesa dai compilatori del codice civile del 1942 quale strumento funzionale alla costituzione di società ad ampia base di partecipanti. La scarsa diffusione nella prassi deve imputarsi in primo luogo alla eccessiva farraginosità degli adempimenti imposti, che hanno indotto a preferire strumenti e tecniche diversi, quali la costituzione simultanea da parte di intermediari finanziari che provvedano successivamente a collocare il capitale sottoscritto presso il pubblico, ovvero da parte di una ristretta cerchia di soci fondatori che in tempi ravvicinati deliberino un aumento del capitale offrendolo in sottoscrizione a terzi.

Tali considerazioni hanno indotto parte della dottrina a stigmatizzarne la riproposizione, senza alcun adeguamento o snellimento procedurale, da parte della novella (8); ma la Relazione illustrativa del d.lgs. 6/2003 ha giustificato la scelta conservativa osservando

⁸ CAMPOBASSO G.F., *La costituzione della società per azioni*, in "Società", 2003, p. 284; BERTUZZI M., *Società per azioni*, cit., p. 114.

come, seppure di applicazione marginale, tale modalità non sia rimasta del tutto inutilizzata dagli operatori giuridici, cosicché, nell'alternativa di eliminarla o mantenerla, non si è reputato opportuno sottrarre loro quest'ulteriore possibilità, ancorché desueta.

La regolamentazione codicistica contenuta negli artt. 2333-2336 c.c. prevede un procedimento a formazione progressiva suddiviso in quattro momenti distinti, propedeutici al perfezionamento dell'atto finale di costituzione, e precisamente:

- a) la **predisposizione del programma** da parte dei promotori, contenente l'oggetto sociale, l'entità del capitale sociale, le principali disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto, nonché la eventuale partecipazione che i promotori si riservino agli utili ed il termine ultimo per la stipulazione dell'atto pubblico (art. 2333, c. 1, c.c.);
- b) il **deposito del programma**, debitamente sottoscritto dai promotori in forma autentica, presso un notaio e la sua successiva diffusione presso il pubblico, onde sollecitare l'investimento azionario (l'art. 2331, u.c., c.c., pone a tal fine una deroga espressa al divieto sancito per le società non ancora iscritte). In passato si era posta la questione dell'assoggettabilità di questa forma di investimento alla disciplina prevista per il collocamento di strumenti finanziari contenuta negli artt. 94-101 d.lgs. 58/1998, con conseguente obbligo di pubblicazione di un prospetto informativo; in senso favorevole si è espressa la prevalente dottrina (9), inizialmente contraddetta dalla disciplina regolamentare della Consob (10), la quale non ha, tuttavia,

⁹ Prima della novella legislativa: FERRARINI G., *Sollecitazione del risparmio e quotazione in borsa*, in COLOMBO G.E. - PORTALE G.B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, X, t. 2, Torino, Utet, 1993, pp. 92 ss.; PAVONE LA ROSA A. - NIGRO G., *Il procedimento di costituzione della s.p.a.*, in COLOMBO G.E. - PORTALE G.B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, estratto anticipato, Torino, Utet, 1998, pp. 4 ss.; rispetto alla normativa vigente: CAMPOBASSO G.F., *La riforma*, cit., p. 14; CALVOSA L., *Le vicende dell'organizzazione delle società di capitali. Costituzione*, in *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 266; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, OLIVIERI G. - PRESTI G. - VELLA F. (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2003, p. 27; CAVANNA M. - PETRAZZINI B., *Commento sub artt. 2333-2341 c.c.*, in COTTINO G. - BONFANTE G. - CAGNASSO O. - MONTALENTI P. (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, 2, t. 1, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 129.

¹⁰ Art. 4, Reg. Consob 26 agosto 1992, n. 6430.

riproposto tale esenzione nella normativa successiva (cfr. art. 33 Regolamento Consob 11971/1999 e s.m.) Sarebbero, inoltre, applicabili al programma le disposizioni del d.lgs. 74/1992 relativo alla pubblicità ingannevole e comparativa (11).

- c) la **sottoscrizione delle azioni** mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, contenente le generalità complete del sottoscrittore (per le persone fisiche: cognome, nome e domicilio; per gli enti: denominazione e sede), il numero di titoli e la data (art. 2333, c. 3, c.c.). Sottoscritto integralmente il capitale, i promotori devono comunicare agli aderenti il termine fissato per il versamento dei decimi ai sensi dell'art. 2342 c.c. Tale differimento temporale, volto ad evitare di vincolare il denaro a tempo indeterminato, è stato ritenuto preclusivo di un'eventuale clausola del programma che imponesse il versamento contestuale all'adesione (12).

Ove le sottoscrizioni raccolte siano superiori rispetto al capitale prefissato, secondo parte della dottrina ai promotori spetterebbe procedere alla riduzione proporzionale delle adesioni raccolte, anche per non vincolare inutilmente un importo di decimi eccessivo rispetto alla quota effettivamente di pertinenza di ciascun socio (13). Per altra opinione, invece, la proposta di sottoscrizione dovrebbe ritenersi irrevocabile sino alla copertura del capitale sociale, mentre le sottoscrizioni successive sarebbero inefficaci; esse potrebbero rilevare solo nel caso in cui alcuni dei sottoscrittori risultassero morosi nel versamento dei decimi, e conseguentemente liberati dall'obbligazione assunta (14).

Ai sensi dell'art. 2334, c. 1, c.c. il termine concesso per il deposito del 25% della partecipazione sottoscritta non può eccedere la durata di trenta giorni e di esso, se non diversamente specificato

¹¹ Autorità Garante della concorrenza e del mercato, 3 novembre 1994, n. 2424, in "Società", 1995, p. 679.

¹² FRÈ G. - SBISÀ G., *Società per azioni*, in SCIALOJA A. - BRANCA G. (a cura di), *Commentario al codice civile*, VI ed., Bologna-Roma, Zanichelli - Il Foro italiano 1997, p. 2; BERTUZZI M., *Società per azioni*, cit., p. 116.

¹³ FRÈ G. - SBISÀ G., *Società per azioni*, cit., p. 120.

¹⁴ FERRARA G. - CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 12; BERTUZZI M., *Società per azioni*, cit., p. 117.

nel programma, deve essere data comunicazione tramite lettera raccomandata o con altra forma idonea prevista nello stesso programma. All'inadempimento dei sottoscrittori i promotori possono reagire promovendo azione giudiziale per il versamento dei decimi, ovvero sciogliendoli dall'obbligazione assunta. In tale ultima eventualità, tuttavia, le partecipazioni dei sottoscrittori morosi devono essere integralmente ricollocate, prima di poter dar corso alla stipulazione dell'atto costitutivo.

- d) l'**assemblea dei sottoscrittori** deve essere convocata dai promotori entro venti giorni dal termine per il versamento dei decimi (o nel diverso termine stabilito nel programma) mediante lettera raccomandata spedita almeno dieci giorni prima di quello stabilito per l'assemblea, con l'indicazione dell'ordine del giorno (art. 2334, c. 3, c.c.).

Le competenze di questa assemblea sono definite dall'art. 2335, c. 1, c.c.: accertamento dell'esistenza delle condizioni per la costituzione; definizione del contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto, ove a ciò non si sia già provveduto in occasione della redazione del programma (svolgendo l'assemblea, in tale ultimo caso, una mera ricognizione di quanto già stabilito); determinazione della partecipazione agli utili che i promotori, nei limiti fissati dall'art. 2340 c.c., si siano riservati nel programma; ed infine nomina delle cariche sociali. Quest'ultima deliberazione dovrebbe intendersi di esclusiva pertinenza dell'assemblea dei sottoscrittori, in considerazione della rilevanza di tali incarichi nella vita dell'ente, che richiederebbe una valutazione collegiale (15); l'eventuale indicazione di candidati all'interno del programma non sarebbe, pertanto, vincolante per l'assemblea, che potrebbe disattendere, anche a maggioranza (16).

Il procedimento deliberativo in questa fase è condizionato dalla preesistente adesione al programma, che giustifica la sufficienza, ai fini della regolare costituzione dell'assemblea, dell'intervento di metà dei sottoscrittori. Inoltre, la posizione dei sottoscrittori non è ancora

¹⁵ FRÈ G. - SBISÀ G., *Società per azioni*, cit., p. 124.

¹⁶ BERTUZZI M., *Società per azioni*, cit., p. 120.

Indice generale

Introduzione	Pag.	5
Capitolo I - La costituzione della s.p.a.		
1.1	Principi ispiratori e principali novità della riforma	» 15
1.2	Nozione e caratteri della nuova s.p.a.	» 19
1.3	Il procedimento per la costituzione	» 21
1.3.1	La costituzione simultanea	» 22
1.3.2	La costituzione per pubblica sottoscrizione	» 22
1.3.3	Segue: i promotori ed i soci fondatori	» 27
1.3.4	La costituzione per atto unilaterale	» 31
1.4	La forma dell'atto costitutivo e dello statuto	» 36
1.5	Il contenuto dell'atto costitutivo	» 42
1.5.1	Il contenuto necessario	» 42
1.5.2	Il contenuto facoltativo	» 70
1.6	Le condizioni per la costituzione	» 75
1.7	Gli effetti della stipulazione	» 79
Capitolo II - Il controllo notarile e la pubblicità dell'atto costitutivo		
2.1	Il nuovo sistema di controlli	» 83
2.2	L'ambito del controllo notarile	» 84
2.3	L'iscrizione nel Registro delle Imprese	» 89
2.4	Gli effetti dell'iscrizione e la condizione della società non iscritta	» 93
2.5	Il regime delle operazioni compiute prima dell'iscrizione .	» 97
Capitolo III - La patologia dell'atto costitutivo		
3.1	Principi generali	» 107
3.2	L'invalidità prima dell'iscrizione	» 110
3.3	La nullità dopo l'iscrizione	» 112
3.4	Le singole cause di nullità	» 114
3.4.1	La mancanza dell'atto pubblico	» 115
3.4.2	L'illiceità dell'oggetto sociale	» 116
3.4.3	La mancanza di ogni indicazione relativa agli elementi essenziali della società	» 119
3.5	Le cause di nullità abrogate dalla riforma	» 122

3.6	La legittimazione all'azione di nullità	Pag.	123
3.7	Gli effetti della dichiarazione di nullità	»	126
3.8	La sanatoria	»	129
3.9	L'invalidità della singola partecipazione sociale	»	130

Capitolo IV - **Il capitale sociale e i conferimenti in denaro**

4.1	Conferimenti e capitale sociale	»	133
4.2	I conferimenti in denaro	»	136
4.2.1	I conferimenti per la costituzione	»	136
4.2.2	L'assegnazione non proporzionale delle azioni	»	141
4.2.3	I conferimenti in sede di aumento del capitale	»	152
4.2.4	Aumento di capitale e assegnazione non proporzionale di azioni	»	154
4.2.5	Il sovrapprezzo al momento della costituzione	»	156

Capitolo V - **I conferimenti diversi dal denaro e le prestazioni accessorie**

5.1	I conferimenti diversi dal denaro	»	159
5.1.1	L'oggetto del conferimento	»	161
5.1.2	Le singole fattispecie	»	163
5.2	Il procedimento di valutazione	»	178
5.2.1	La nomina dell'esperto	»	178
5.2.2	La relazione di stima	»	182
5.2.3	La verifica della stima	»	185
5.2.4	Gli effetti della verifica	»	188
5.2.5	La diversa ripartizione delle azioni	»	192
5.3	Gli acquisti potenzialmente pericolosi	»	193
5.3.1	La <i>ratio</i> dell'art. 2343bis	»	193
5.3.2	Le ipotesi rilevanti	»	197
5.3.3	Le ipotesi escluse	»	199
5.3.4	Il procedimento di acquisto	»	200
5.4	Le prestazioni accessorie	»	202

Capitolo VI - **Il mancato pagamento delle quote**

6.1	Il mancato pagamento delle quote	»	209
6.1.1	L'ambito applicativo della norma	»	209
6.1.2	Il procedimento	»	211
6.1.3	La sospensione del diritto di voto	»	214

Capitolo VII - **Le modifiche statutarie**

7.1	Le modificazioni dello statuto: nozioni introduttive	»	217
7.2	La competenza	»	222

7.3	Il procedimento	Pag.	227
7.3.1	La verbalizzazione	»	227
7.3.2	Il controllo notarile	»	230
7.3.3	L'omologa giudiziale	»	237
7.4	L'iscrizione nel Registro delle Imprese	»	243
7.4.1	Gli effetti della pubblicazione nel Registro delle Imprese ..	»	248
7.5	Le modifiche statutarie nel regime transitorio	»	254
Capitolo VIII - Il diritto di recesso: cause legali e cause convenzionali			
8.1	Il diritto di recesso	»	267
8.2	Le cause di recesso	»	269
8.2.1	Le cause inderogabili	»	269
8.2.2	Le cause derogabili	»	282
8.2.3	Le cause statutarie	»	285
8.3	Il recesso nei gruppi di società	»	287
8.4	L'esercizio del recesso	»	290
8.4.1	La legittimazione	»	290
8.4.2	Termini e modalità di esercizio	»	296
8.4.3	La determinazione del valore della partecipazione	»	302
8.4.4	Le modalità di rimborso delle azioni	»	307
8.5	Le azioni riscattabili	»	312
Appendice Normativa			» 317