

## **Articolo 2328**

### **Atto costitutivo\***

- [1] La società può essere costituita per contratto o per atto unilaterale.
- [2] L'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico e deve indicare:
- 1) il cognome e il nome o la denominazione, la data e il luogo di nascita o lo Stato di costituzione, il domicilio o la sede, la cittadinanza dei soci e degli eventuali promotori, nonché il numero delle azioni assegnate a ciascuno di essi;
  - 2) la denominazione e il Comune ove sono poste la sede della società e le eventuali sedi secondarie;
  - 3) l'attività che costituisce l'oggetto sociale;
  - 4) l'ammontare del capitale sottoscritto e di quello versato;
  - 5) il numero e l'eventuale valore nominale delle azioni, le loro caratteristiche e le modalità di emissione e circolazione;
  - 6) il valore attribuito ai crediti e beni conferiti in natura;
  - 7) le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti;
  - 8) i benefici eventualmente accordati ai promotori o ai soci fondatori;
  - 9) il sistema di amministrazione adottato, il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società;
  - 10) il numero dei componenti il collegio sindacale;
  - 11) la nomina dei primi amministratori e sindaci ovvero dei componenti del consiglio di sorveglianza e, quando previsto, del soggetto al quale è demandato il controllo contabile;
  - 12) l'importo globale, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società;
  - 13) la durata della società 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.
- [3] Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo. In caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde.

---

\* Disciplina precedente: **Art. 2328. Atto costitutivo** [1] *La società deve costituirsi per atto pubblico. L'atto costitutivo deve indicare: 1) il cognome ed il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza dei soci e degli eventuali promotori, nonché il numero delle azioni sottoscritte da ciascuno di essi; 2) la denominazione, la sede della società e le eventuali sedi secondarie; 3) l'oggetto sociale; 4) l'ammontare del capitale sottoscritto e versato; 5) il valore nominale e il numero delle azioni e se queste sono nominative o al portatore; 6) il valore dei crediti e dei beni conferiti in natura; 7) le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti; 8) la partecipazione agli utili eventualmente accordata ai promotori o ai soci fondatori; 9) il numero degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società; 10) il numero dei componenti il collegio sindacale; 11) la durata della società; 12) l'importo globale, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società.* / [2] *Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, si considera parte integrante dell'atto costitutivo e deve essere a questo allegato.*

## Commento di EFFIONG L. NTUK

### Sommario

1. Introduzione – 2. Le nuove disposizioni sull'identificazione dei soci – 3. La sede sociale: risoluzione di alcuni problemi pratici – 4. L'oggetto sociale: finalità della norma e rapporti con la procedura di controllo notarile sugli atti societari – 4.1. L'oggetto sociale: importanza della norma, sua *ratio* e problematiche attuali – 4.2. La soluzione offerta dal legislatore: a) finalità della norma ed idoneità a risolvere gli inconvenienti presentati... – 4.3. (Segue.) b) Possibilità di più interpretazioni, individuazione della soluzione preferibile... – 4.4. (Segue.) c) L'oggetto sociale dopo la riforma: esemplificazione – 5. Il valore nominale delle azioni e la legge di circolazione: cenno e rinvio – 6. I ritocchi ai nn. 4), 6), 8), 9) e 11) dell'art. 2328 – 7. La nuova disciplina della durata della società – 8. Rapporti tra atto costitutivo e statuto – 9. L'adeguamento degli statuti alla nuova disciplina (cenni)

### 1. Introduzione

I principi e i criteri direttivi relativi alla costituzione della società sono contenuti nell'art. 4, 2° co., lett. d) ed e), e 3° co., lett. a) della legge delega. In base a quest'ultima disposizione «in particolare, riguardo alla disciplina della costituzione, la riforma è diretta a... semplificare il procedimento di costituzione, nel rispetto del principio di certezza e di tutela dei terzi, indicando il contenuto minimo obbligatorio dell'atto costitutivo». In realtà, come si potrà apprezzare adeguatamente alla fine di questo breve commento, il contenuto minimo obbligatorio dell'atto costitutivo è rimasto sostanzialmente il medesimo e non pare, in questo elemento essenziale del procedimento costitutivo, potersi ravvisare una effettiva semplificazione.

L'art. 2328 novellato, che rispetto al testo del 1942 risulta più lungo di un comma e di un numero nell'elencazione del contenuto dell'atto costitutivo, contiene, infatti, diverse novità, per lo più di modesta importanza, attinenti a tale contenuto, ma anche qualche innovazione di consistenza decisamente più significativa.

Il nuovo 1° co. prevede una delle novità di maggior rilievo, o per lo meno generalmente apprezzata come tale, apportate dalla riforma: la costituzione della società per azioni con atto unilaterale. Poiché in sede di commento all'art. 2362 verrà trattata unitariamente la disciplina della s.p.a. unipersonale, qui ci si può limitare a ricordare come la riforma, che attua la prescrizione di cui all'art. 4, 2° co., lett. e), della legge delega<sup>1</sup>, non abbia un impatto di tipo sistematico particolarmente innovativo atteso che il nostro ordinamento giuridico già conosceva la società a responsabilità limitata unipersonale introdotta con il d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88. Ed infatti da un lato in tale occasione veniva modificata la rubrica dell'art. 2247 (da «nozione» a «contratto di società» come per ribadire che nonostante la

---

<sup>1</sup> L'art. 4, 2° co., lett. e), impone «che sia consentita la costituzione della società da parte di un unico socio, prevedendo adeguate garanzie per i creditori».

manca di pluralità di fondatori nella s.r.l. unipersonale, anche in tale vicenda costitutiva si ha una genesi contrattuale), d'altro lato, già l'art. 2475, ult. co., introdotto dal medesimo d.lgs. 88/1993 consentiva la costituzione per atto unilaterale di una società di capitali. Inoltre, ciò era possibile, anche in precedenza, attraverso un procedimento di scissione e in tutta una serie di casi specifici previsti dalla legislazione speciale<sup>2</sup>. Strettamente collegata a quest'ultima modifica è poi la definitiva eliminazione della causa di nullità della società per mancanza di pluralità di fondatori (cfr. art. 2332), la cui interpretazione divideva la dottrina<sup>3</sup>.

Per altro verso, il 2° co. della norma contiene delle previsioni, che verranno progressivamente esaminate in dettaglio, finalizzate sia alla risoluzione di problemi pratici riscontrati dagli operatori sia al coordinamento del contenuto dell'atto costitutivo con altre modifiche della disciplina della s.p.a., come, ad esempio, l'introduzione delle azioni senza valore nominale cui si è già fatto cenno in sede di commento all'art. 2327.

## 2. Le nuove disposizioni sull'identificazione dei soci

2.1. Il primo elemento che l'atto costitutivo deve contenere è l'indicazione dei soci.

La riforma ha inteso probabilmente renderla più agevole e chiara allorché i soci siano altre società. Si può spiegare in tal modo il fatto che alla richiesta di specificazione di *a*) cognome e nome, *b*) data e luogo di nascita e *c*) domicilio siano stati aggiunti, rispettivamente, *a'*) la denominazione, *b'*) la data e lo stato di costituzione, *c'*) la sede. E tuttavia la modifica, anche se riflette più fedelmente la II Direttiva societaria che all'art. 3, lett. i), richiede di indicare «le generalità delle persone fisiche o giuridiche o delle società socie», non pareva necessaria ed il tenore letterale appare poco preciso.

2.2. Non se ne comprende, da un lato, l'utilità posto che, a quanto consta, non si è mai dubitato che alle società di capitali possano partecipare altre società di capitali o società di persone<sup>4</sup> nonostante il tenore letterale della norma

---

<sup>2</sup> Cfr., in argomento, MARASÀ, *Le società, Società in generale*, II, Milano, 2000, 53 il quale ricorda, *ex pluribus*, il caso delle privatizzazioni nonché la costituzione di società per azioni bancaria anche mediante scorporo dell'azienda bancaria da parte degli enti pubblici creditizi e dubita «della razionalità della scelta effettuata dal legislatore del 1993 che, attuando la XII Direttiva CEE, non ha esteso la possibilità di costituzione unilaterale alle società per azioni, come pure era consentito dalla normativa comunitaria» determinando «non poche dissonanze sistematiche».

<sup>3</sup> Cfr. le tesi contrastanti di CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2002, 181 nota 1 e di COTTINO, *Diritto commerciale, I, 2, Le società*. Padova, 1999, 246.

<sup>4</sup> Per l'affermazione, incontestata, che «la partecipazione di società di persone ad una società di capitali... è sempre stata considerata ammissibile», cfr. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1997, 121; naturalmente ad una società di capitali possono partecipare anche cooperative ed altri «enti associativi dotati o meno di personalità giuridica» (CAMPOBASSO, *op. cit.*, 166, nota 1).

facesse riferimento alle sole persone fisiche. D'altra parte anche se, tradizionalmente, il termine «denominazione» sociale viene usato solo per le società di capitali mentre per le società di persone si parla di «ragione sociale»<sup>5</sup>, in questo caso l'uso del termine «denominazione» è «atecnico», cioè non si riferisce alle sole società di capitali, ma a qualsiasi ente collettivo.

2.3. Appare un po' curiosa, nonché, in effetti, decisamente innovativa, anche la previsione che l'atto costitutivo debba contenere l'indicazione dello stato (ma prima dal decreto di coordinamento e di modifica la norma faceva riferimento all'indicazione del luogo) di costituzione della società socia.

Innanzitutto, con riferimento alle società costituite in Italia, non si comprende quale potesse essere il luogo di costituzione. Infatti, in prima battuta, si poteva pensare al «luogo» inteso come posto di redazione dell'atto costitutivo, che normalmente corrisponderà al comune<sup>6</sup> ove ha studio il notaio rogante. In alternativa, si poteva ritenere che «luogo di costituzione» fosse il comune ove era situato il competente registro delle imprese, dal momento che anche dopo la riforma con l'iscrizione la società acquista la personalità giuridica (art. 2331). Tra le due ipotesi sembrava più coerente con tale disciplina la seconda soluzione, posto che secondo la dottrina largamente maggioritaria<sup>7</sup> prima dell'iscrizione nel registro delle imprese non esiste la società e quindi non è ammessa nel nostro ordinamento la società di capitali «irregolare». Tanto valeva allora che la norma richiedesse l'indicazione dell'ufficio del registro delle imprese presso il quale la società è iscritta. Ma come si è accennato, la dizione presente nel d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 è stata corretta e il problema più non si pone.

D'altra parte tale indicazione può apprezzarsi, per le società costituite all'estero<sup>8</sup>, alla luce dell'art. 25, l. 31 maggio 1995, n. 218 e dell'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale; poiché la prima delle norme citate, «sostituendo» il previgente art. 2505 in tema di società estere<sup>9</sup> dispone che «le società, le associazioni... sono disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica tuttavia la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti». Infine, l'indicazione dello Stato di costituzione pare rilevante, sempre per le società costituite all'estero, anche ai sensi del-

<sup>5</sup> Cfr., approfonditamente, COSTI, *Il nome della società*, Padova, 1964, 37 ss., 171 ss.

<sup>6</sup> Poiché sul punto la riforma si è posta l'obiettivo di rendere identificabile il soggetto partecipante alla società, ed in coerenza con la previsione contenuta nel novellato n. 2) della norma che si commenta, escludo che possa essere sufficiente un'indicazione «vaga» quale quella che faccia riferimento ad un'area territoriale ampia come una provincia o, peggio, una regione.

<sup>7</sup> *Contra*, però, OPPO, *Il decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 568; SIMONETTO, *Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1976, 16 ss., 119.

<sup>8</sup> A tali società si riferisce espressamente la Relazione ministeriale di accompagnamento la quale aggiunge «ciò per esempio al fine di individuare i poteri del legale rappresentante o per l'applicazione, se del caso, del principio di reciprocità».

<sup>9</sup> L'art. 2505 è stato abrogato dall'art. 73 della l. 31 maggio 1995, n. 218.

l'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale<sup>10</sup>. Ad ogni modo proprio per queste società, oltre che per le associazioni non riconosciute, in cui gli «accordi degli associati» non siano stati formalizzati in un contratto costitutivo, potrà risultare in concreto difficile reperire il luogo di costituzione e, quindi, la relativa previsione rischiava di rimanere disapplicata: va dunque approvata la correzione apportata dal decreto di coordinamento e modifica.

2.4. Analogo discorso va fatto per la «data di costituzione»: anche con riguardo a quest'ultimo elemento<sup>11</sup>, si deve reputare, sempre sulla base dell'immutato testo dell'art. 2331, 1° co., che la data rilevante sia quella di iscrizione nel registro delle imprese.

2.5. Quanto alla sede, ancorché non venga precisato dalla formulazione letterale della norma, parrebbe che si debba far riferimento all'ubicazione della sede legale, dato soggetto a pubblicità, diversamente dalla sede c.d. effettiva o da quella «principale» di cui all'art. 9 l. fall. Del resto, è rimasta immutata la norma dell'art. 2250 che esprime in via generale quali siano gli elementi che devono risultare dagli atti e dalla corrispondenza della società, ovverosia la sede, intesa come sede legale, e l'ufficio del registro delle imprese presso il quale la società è iscritta nonché il numero di iscrizione.

2.6. Per dovere di completezza va ricordata anche la modifica contenuta nell'ultima parte del novellato n. 1) dell'art. 2328. Oltre all'indicazione dei soci e degli eventuali promotori, l'atto costitutivo deve contenere l'indicazione delle azioni «assegnate» a ciascuno di essi laddove la precedente formulazione faceva riferimento alle azioni «sottoscritte». Non si tratta di una modificazione puramente terminologica: è sempre tecnicamente corretta l'espressione utilizzata dal codice del 1942 atteso che la sottoscrizione consiste per l'appunto nell'impegno di acquisto delle azioni e di versamento del relativo prezzo; anche con la novella si parla di «sottoscrizione» negli artt. 2329, n. 1), 2333 (oltre che nella intitolazione della Sezione II del Capo V, per l'appunto dedicata alla costituzione per pubblica sottoscrizione), ed in altre norme ancora, mentre di «assegnazione» si tratta in sede di fusione [cfr., tra i molti, gli artt. 2501 ter, n. 4), e 2506]. Il punto è che tra le novità apportate dalla riforma vi è anche quella che la sottoscrizione di un certo ammontare di azioni non comporta, ai sensi del novellato art. 2346, 4° co., al cui commento si deve rinviare, la loro assegnazione in pari misura<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> In questi termini: SANTOSUOSSO, *Autonomia e semplificazione nella costituzione di società per azioni*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, fasc. 4, 36; sui rapporti tra riforma e diritto internazionale delle società cfr. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Soc.*, 2003, 148.

<sup>11</sup> Il riferimento alla data di costituzione è stato definito come «incomprensibile»: cfr. BIANCHI *et al.*, *Osservazioni dell'Istituto di diritto Angelo Sraffa dell'Università Bocconi di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1527.

<sup>12</sup> La novità da ultimo segnalata nel testo e tutte le altre del nuovo testo dell'art. 2328, 2° co., n. 1) sembrano sfuggite ai primi commentatori della riforma: cfr. BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 19.

2.7. Infine, non pare inutile segnalare, a proposito della denominazione sociale, che poiché la riforma non ha toccato l'art. 2250, tale norma rimane invariata; dunque, nel caso di una società a responsabilità limitata unipersonale, vige la disposizione secondo cui «negli atti e nella corrispondenza... deve essere indicato se queste hanno un unico socio»; ma non è così per la società per azioni unipersonale, con dubbia asimmetria informativa, presumibilmente frutto di una svista.

### 3. La sede sociale: risoluzione di alcuni problemi pratici

La formulazione letterale del numero 2) della norma in esame non è mutata significativamente: anziché «la sede della società» occorre indicare il comune ove è posta la sede. La disposizione va però integrata con quanto disposto dall'art. 111 ter delle disposizioni di attuazione, dal quale risulta che «chi richiede l'iscrizione presso il registro delle imprese dell'atto costitutivo di una società deve indicare nella domanda l'indirizzo, comprensivo della via e del numero civico, ove è posta la sua sede. In caso di successiva modificazione di tale indirizzo gli amministratori ne depositano apposita dichiarazione presso il Registro delle imprese»<sup>13</sup>. Normalmente il soggetto che richiede tale iscrizione è il notaio che ha rogato l'atto costitutivo, ma la relativa decisione sarà presa dai soci fondatori, all'unanimità, così come unanimemente viene da essi deciso il contenuto dell'atto costitutivo.

Dalla lettura congiunta delle due norme si dovrebbe ricavare che nell'atto costitutivo è ora sufficiente indicare, dopo la denominazione (della società costituenda), solo il Comune ove sorge la sede sociale, o la sede secondaria, e non anche l'indirizzo completo, che invece andrà indicato nella domanda di iscrizione al registro delle imprese o nell'apposita dichiarazione in caso di modifica di tale indirizzo.

Per la verità neppure in precedenza era richiesto dal codice civile l'indirizzo della società, ovverosia l'indicazione toponomastica della via ed il numero civico; tuttavia gran parte della dottrina<sup>14</sup>, così come la quasi totalità della giurisprudenza<sup>15</sup>, era per la necessità di tale elemento. Conseguentemente, vi era

---

<sup>13</sup> Naturalmente anche ex art. 2196, norma che rimane in vigore per tutti gli imprenditori, corre l'obbligo di indicare la sede dell'impresa, sede che per essere identificabile dovrà comprendere indirizzo e numero civico.

<sup>14</sup> Cfr. GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 1997, 162; CAMPOBASSO, *op. cit.*, 166 alla nota 2; cfr., altresì, COTTINO, *op. cit.*, 217. In senso contrario: cfr. FERRARA e CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1992, 400 che valuta l'atteggiamento della giurisprudenza eccessivo ed ingiustificato; nello stesso senso cfr. FRÉ e SBISA, *Società per azioni*, I, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997, 56, nota 8; cfr. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in *Tratt. Rescigno*, 16, Torino, 1985, 236.

<sup>15</sup> Per riferimenti cfr. MARCHETTI, *Le nuove massime del tribunale di Milano in tema di omologazione*, in *Riv. soc.*, 1981, 1033 ss.; cfr. ZANELLI, *Stipulazione e vicende del contratto di società*, in GALGANO (diretto da), *Le società*, Torino, 2002, 32.

la complicazione che il semplice trasloco da un ufficio ad un altro nella stessa località importava una modificazione della previsione statutaria della sede sociale e rendeva necessaria la deliberazione dell'assemblea straordinaria. Il problema era fortemente sentito da quei soggetti, specificamente i commercialisti, che professionalmente prestano il servizio di domiciliazione della sede legale<sup>16</sup>: il loro semplice cambiamento di localizzazione dell'ufficio da una via ad un'altra della stessa città nel precedente regime rendeva necessaria l'attivazione di un procedimento di modifica dell'atto costitutivo per ciascuna delle società domiciliate. L'innovazione, dunque, che riguarda sia la sede sociale sia le eventuali sedi secondarie, va effettivamente nella direzione della semplificazione richiesta dalla legge delega.

Qualora, poi, anche una volta entrata in vigore la riforma, la sede venga ugualmente indicata con indirizzo e numero civico, ci si può domandare se tale specificazione diventi per ciò solo parte integrante dell'atto costitutivo, con la conseguenza che l'indicazione (per quanto superflua) potrà essere modificata solo con ricorso all'apposito procedimento. In base ai principi la risposta al quesito deve essere affermativa; se i soci hanno scelto di enunciare la sede in maniera analitica, cioè indicando un certo luogo fisico – sia tale scelta il frutto di una consapevole opzione, nel caso in cui essi abbiano evidentemente riconosciuto un particolare valore a quella specifica sede, sia essa frutto del caso – ogni variazione dovrà avvenire con il procedimento previsto per le modifiche statutarie. Non pare, infatti, condivisibile la tesi secondo cui, non essendo prevista dalla legge l'indicazione analitica, l'eventuale esposizione per esteso non entrerebbe a far parte dell'atto costitutivo e, quindi, gli amministratori potrebbero legittimamente provvedere alle modifiche della sede con il mero deposito di un testo aggiornato dello statuto sociale.

Diverso è il discorso dell'adeguamento normativo: in tal caso la modifica dello statuto di una società i cui atti sociali siano stati formati anteriormente all'entrata in vigore della riforma, potrà essere adottata con le forme semplificate di cui all'art. 223 bis, 2° co., disp. att. c.c.

Vale la pena ricordare che all'inconveniente suindicato, la riforma dà comunque una articolata soluzione attraverso: 1) l'attribuzione in via generale della competenza alla modifica dell'indirizzo della società all'interno del medesimo comune, in capo agli amministratori *ex* art. 111 ter, ultimo periodo, disp. att. c.c.; 2) la previsione della possibilità di conferire agli amministratori o al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione, la competenza ad assumere le deliberazioni concernenti «l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie» (art. 2365, 2° co.)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. la tariffa dei dottori commercialisti: d.p.r. 10 ottobre 1994, n. 645, art. 19.

<sup>17</sup> In passato era discusso che potesse essere delegato agli amministratori il potere di istituire sedi secondarie: cfr. App. Bari, 16 maggio 1989, in *Soc.*, 1989, 1079 con nota di BONFANTE ove ulteriori riferimenti.

#### 4. L'oggetto sociale: finalità della norma e rapporti con la procedura di controllo notarile sugli atti societari

##### 4.1. L'oggetto sociale: importanza della norma, sua *ratio* e problematiche attuali

Nell'ambito della disciplina societaria l'oggetto sociale (ovvero lo «scopo-mezzo», ciò che i soci si ripropongono di fare onde raggiungere lo «scopo-fine» rappresentato *ex art.* 2247 dalla divisione degli utili) riveste, com'è noto, un ruolo di estrema importanza. Ed infatti, il contenuto dell'art. 2328, 1° co., n. 3), costituiva e costituisce il parametro di riferimento per altre norme quali, ad esempio, gli artt. 2332, nn. 4) e 5), 2361, 2384 bis, 2437 e 2445 del codice civile del 1942 e gli artt. 2332, 1° co., nn. 2)<sup>18</sup> e 3), 2361, 1° co., 2384, 2437, 1° co., lett. a) del codice riformato.

La *ratio* della norma non è rappresentata tanto dalla necessità di indicare l'oggetto del contratto di società affinché esso sia, secondo quanto disposto in via generale per ogni contratto dall'art. 1346, oltre che possibile e lecito anche determinato o determinabile. Piuttosto, la norma ha la finalità di impedire che la scelta delle attività economiche in cui investire il patrimonio sociale venga statutariamente attribuita agli amministratori e al gruppo di comando dal momento che la scelta dei settori in cui investire spetta, per contro, a quanti corrono il rischio dell'investimento<sup>19</sup> e quindi all'assemblea dei soci. In altre parole, la disposizione serve alla «evidenziazione del dato che più di ogni altro si pone al centro dell'attività e dell'organizzazione societaria»<sup>20</sup>.

Ebbene, anche alla luce di tale *ratio*, sino ad ora si è detto che per «oggetto sociale» si intende l'attività economica svolta dalla società; si reputa che questo possa essere costituito da più attività, e che accanto ad una o più attività principali ve ne possano essere di strumentali ed accessorie purché non si arrivi ad una sua totale indeterminatezza. Non sono lecite, ad esempio, le c.d. clausole *omnibus*, che consistono «in una elencazione onnicomprensiva di attività diverse e spesso incompatibili» né quelle clausole che facoltizzino gli amministratori a compiere qualsiasi operazione<sup>21</sup>. Lo stesso principio risulta rafforzato da quanto dettato nell'art. 2361. Tale articolo vietava, e vieta (v. nuovo art. 2361, 1° co.), l'assunzione di partecipazioni in altre imprese che comporti una modifica sostanziale dell'oggetto sociale; ma la modifica «sostanziale» va intesa non tanto nel senso che è vietata l'assunzione di partecipazioni che si confi-

<sup>18</sup> A proposito dell'art. 2332, 1° co., n. 2), è stato osservato (cfr. MONTALENTI, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1545) che non si comprende per quale ragione sia ancora utilizzata l'espressione tradizionale «l'oggetto sociale» anziché la nuova formulazione.

<sup>19</sup> Cfr. GLIOZZI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, Milano, 1970, 95 ss.; per l'affermazione secondo cui l'assenza di confini chiari quanto all'oggetto sociale si traduce in una sostanziale delega in bianco agli amministratori cfr. Trib. Bologna, 8 marzo 1995, in *Soc.*, 1995, 1230.

<sup>20</sup> Cfr. ANGELICI, *op. cit.*, 236.

<sup>21</sup> Cfr. GLIOZZI, *op. cit.*, 98.

guri come di rilevante entità e prevalente rispetto all'attività che risulta dall'oggetto sociale, bensì nel senso che essa comporti una modificazione non formale dell'oggetto sociale<sup>22</sup>. La norma, in altre parole, prescrive che la partecipazione sia giustificata da esigenze funzionali dell'attività imprenditoriale siccome risultante dall'oggetto sociale. Ne è collaterale la regola interpretativa di derivazione anglosassone – la c.d. *eiusdem generis rule* – «secondo la quale, in caso di una pluralità di attività ed in assenza di specificazioni, si deve... ritenere che solo l'attività indicata per prima sia principale e possa essere autonomamente svolta, mentre tutte le altre devono essere considerate strumentali alla prima, onde possono essere legittimamente svolte solo in funzione del migliore svolgimento dell'attività principale»<sup>23</sup>.

Ma, nonostante tale panorama dottrinale, la prassi statutaria mostra una tendenza costante all'ampliamento dell'oggetto sociale. Gli operatori, infatti, hanno sempre avvertito l'esigenza di evitare, sia la necessità di dover ricorrere a modificazioni statutarie con eccessiva frequenza, sia il rischio di vedersi contestare dai creditori l'estraneità all'oggetto sociale delle operazioni divise.

In tema si è esplicita, naturalmente, l'attività di controllo e d'indirizzo svolta dai tribunali in sede di omologazione, almeno fin quando è esistito tale tipo di controllo, che ha fatto da filtro rispetto alle previsioni di un oggetto sociale troppo vasto. A questo punto, venuto meno tale controllo in via generale, si rendeva probabilmente necessario un intervento più incisivo da parte del legislatore.

#### **4.2. La soluzione offerta dal legislatore: a) finalità della norma ed idoneità a risolvere gli inconvenienti presentati...**

Forse anche in correlazione con l'abrogazione del giudizio di omologazione, abrogazione che non viene messa in discussione con la riforma (si rinvia all'uopo al commento all'art. 2330), il legislatore ha ritenuto di dover modificare il tenore letterale della norma onde indurre gli operatori a circoscrivere maggiormente lo scopo-mezzo: non più, dunque, «l'oggetto sociale» ma «l'attività che costituisce l'oggetto sociale».

L'espressione utilizzata, nelle sue intenzioni, dovrebbe indurre i costituenti ad una maggiore analiticità nella predisposizione o nella modifica della clausola attinente all'oggetto sociale. Tuttavia, dal raffronto tra la norma in esame e l'immutato art. 2247, risulta che già in base al codice civile del 1942 l'oggetto sociale costituiva «l'attività economica» perseguita dai soci onde raggiungere lo scopo della divisione degli utili. Eppure, ciò nonostante, si erano posti i pro-

<sup>22</sup> Cfr. GLIOZZI, *op. cit.*, 204 ss. aderendo all'opinione di MENGONI, *In tema di fideiussioni prestate da società senza connessione con l'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, 146 ss.

<sup>23</sup> Cfr. DI SABATO, *Sull'oggetto sociale: problemi interpretativi e di coordinamento fra atto costitutivo e statuto*, in *Riv. dir. imp.*, 1994, 16 ss.

blemi di vaghezza e determinatezza dell'oggetto sociale cui si è fatto cenno in precedenza. Vi è allora da dubitare che un cambiamento così modesto della formulazione letterale della norma possa raggiungere il fine desiderato. Tutt'al più essa fungerà da monito, varrà a ribadire la correttezza delle conclusioni cui già, sul punto, la dottrina e la giurisprudenza prevalente si erano assestate ed a richiamare gli operatori del diritto e, in specie, i notai ad una maggiore specificità nell'indicazione dell'oggetto sociale.

Più restrittiva<sup>24</sup>, invece, era la formulazione del codice di commercio il cui art. 89, 2° co., richiedeva di indicare, con felice sintesi, «la qualità e la specie degli affari che costituiscono l'oggetto della società».

Curiosamente, mentre la medesima previsione («l'attività che costituisce l'oggetto sociale») è contenuta nel novellato art. 2463 per l'atto costitutivo della società a responsabilità limitata, il nuovo art. 2521, n. 3), in materia di cooperative, contiene la formulazione (quantomeno più elegante): «la indicazione specifica dell'oggetto sociale con riferimento ai requisiti e gli interessi dei soci». Pur lasciando ad altro Autore il commento di tale norma, non pare che la portata reale della disposizione sia gran che differente, posto che l'aggiunta dell'espressione «l'attività che costituisce...» risponde ad un'esigenza di specificazione maggiore dell'oggetto sociale e dal momento che quest'ultimo è, per definizione, deciso dai soci in relazione ai loro interessi; nel complesso, tuttavia, l'espressione utilizzata in tema di cooperative parrebbe maggiormente volta a limitare la discrezionalità dei soci in sede di redazione dell'atto costitutivo e dei notai in sede di controllo di legalità.

#### **4.3. (Segue.) b) Possibilità di più interpretazioni, individuazione della soluzione preferibile...**

È da ritenere, peraltro, che sia assolutamente da escludere che la modifica che si commenta possa essere letta nel senso che diventi ammissibile soltanto l'indicazione di una, ed una soltanto, attività economica.

Tale interpretazione risulterebbe frutto di una lettura frettolosa della sola lettera della norma, e già dunque da prendere con cautela; ma, soprattutto, essa sarebbe in assoluto contrasto con la finalità della riforma, finendo per porre un'inammissibile limitazione alla libertà dei contraenti laddove questa tende ad «ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria» nonché a «favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese». D'altra parte se tale fosse stata l'intenzione del legislatore sarebbe impensabile ch'essa sia stata condensata in una formulazione così sintetica e passata sotto silenzio financo nella relazione ministeriale di accompagnamento. D'altra parte l'interpretazione restrittiva pare già da escludere a causa

---

<sup>24</sup> Cfr. SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, I, Torino, 1934, 118.

dell'esistenza non tanto dei «patrimoni destinati ad uno specifico affare» (di cui ai nuovi artt. 2447 bis ss.), i quali potrebbero pur sempre riferirsi ad un determinato affare nell'ambito della medesima attività economica, quanto piuttosto a causa dell'introduzione delle azioni correlate. Poiché *ex art. 2350, 2° co.*, «la società può emettere azioni fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore» risulta infatti evidente la possibilità che la società operi in settori diversi e quindi la piena ammissibilità dell'oggetto plurimo.

#### 4.4. (Segue.) c) L'oggetto sociale dopo la riforma: esemplificazione

Si può ritenere, dunque, che oltre alla presenza di monito all'indicazione di un oggetto sociale il più determinato possibile, la situazione non sia cambiata significativamente rispetto a quanto già individuato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel vigore della precedente formulazione<sup>25</sup>.

Ne consegue che ora come allora «l'attività che costituisce l'oggetto sociale» possa essere «plurima»<sup>26</sup> e che quindi possano essere indicate più attività, purché esse non siano tra di loro incompatibili e del tutto estranee bensì collegate in qualche modo. Tale collegamento potrà essere nel senso che le attività successive alla prima ne costituiscano una mera specificazione, oppure che le varie attività siano tra di loro legate da un nesso di strumentalità o di accessorietà. L'oggetto sociale, insomma, può essere anche vasto e diversificato, ma pur sempre determinato o determinabile, e pertanto non generico e onnicomprensivo<sup>27</sup>. Ed ancora, rimane assolutamente lecita l'indicazione (per la verità, probabilmente, un po' superflua), che tradizionalmente si suole apporre, relativa alle operazioni (ad esempio, di *import-export*, finanziarie, mobiliari e immobiliari) «necessarie o utili per il raggiungimento degli scopi sociali».

D'altra parte, nei paesi di lingua francese è previsto semplicemente che «*toute société doit avoir un objet licite*» (la medesima espressione è contenuta negli artt.

---

<sup>25</sup> Per la necessità che il testo dell'articolo in commento fosse integrato «con l'indicazione che l'atto costitutivo deve specificare il settore economico, il settore merceologico e/o le modalità di svolgimento dell'attività (ad esempio supermercato, *e-commerce*, e così via)» cfr. CAMPOBASSO *et al.*, *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale*, Università Cattolica di Milano, in *Riv. soc.*, 2002, 1455.

<sup>26</sup> Nel senso che la soluzione adottata dal legislatore è quella dell'obbligo di individuazione del settore merceologico, soluzione che comunque consentirebbe ancora una certa genericità dell'atto costitutivo attraverso l'individuazione multipla di più settori merceologici cfr. *Parere della II Commissione (Giustizia) del Senato*, in *Riv. soc.*, 2002, 1658.

Sulla liceità dell'oggetto multiplo, anteriormente alla riforma, cfr. App. Catania, 23 gennaio 1987, in *Soc.*, 1987, 433 ss.; Trib. Milano, 6 ottobre 1986, in *Soc.*, 1987, 384. In dottrina, cfr. QUATRARO, *Statuti sociali e volontaria giurisdizione societaria*, I, Milano, 1996, 258.

<sup>27</sup> App. Bari, 16 maggio 1989, cit.

1833 *code civil luxembourgeois*; 1833 *code civil belge*; 1833 *code civil français*), e la dottrina chiarisce che con tale espressione si intende «les activités projetées» e che «... l'objet doit être suffisamment déterminé ou déterminable, licite et conforme à l'ordre public et aux bonnes moeurs»<sup>28</sup>. Ancor meno restrittivo è l'ordinamento inglese: in base al *companies act*, art. 1989, infatti, “Where the company’s memorandum states that the object of the company is to carry on business as a general commercial company (a) the object of the company is to carry on any trade or business whatsoever, and (b) the company has power to do all such things as are incidental or conducive to the carrying on of any trade or business by it”.

## 5. Il valore nominale delle azioni e la legge di circolazione: cenno e rinvio

Per quanto riguarda le azioni, il contenuto dell’atto costitutivo viene modificato in conseguenza dell’introduzione della possibilità di emissione di azioni senza valore nominale. È infatti previsto che l’indicazione del valore nominale delle azioni sia soltanto eventuale: in proposito, si rinvia al commento all’articolo precedente nonché alla *sedes materiae* (commento agli artt. 2346 ss.).

L’ultimo periodo del numero 5) subisce un cambiamento più vistoso: anziché l’indicazione se le azioni siano nominative o al portatore, l’atto costitutivo dovrà contenere la descrizione delle loro caratteristiche e le modalità d’emissione e di circolazione. In sostanza, con il nuovo regime l’atto costitutivo dovrà dire innanzitutto se le azioni, intese come titoli azionari, vengono emesse o meno (cfr. artt. 2346, 1° co., e 2355 nuovo testo), se sono dematerializzate o meno, nonché le modalità d’emissione e circolazione; quest’ultima prescrizione va apprezzata anche alla luce della circostanza che la riforma consente ai soci di «prevedere l’utilizzazione di diverse tecniche di legittimazione e circolazione» (art. 2346, 1° co.)<sup>29</sup>. A proposito di modalità di circolazione, vale peraltro la pena di ricordare che risultano sempre in vigore sia l’art. 1, r.d. 29 marzo 1942, n. 239 sia l’art. 74, 1° co., d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 che impongono la nominatività obbligatoria dei titoli azionari.

## 6. I «ritocchi» ai nn. 4), 6), 8), 9) e 11) dell’art. 2328

6.1. Mentre la formulazione del codice civile del 1942 prevedeva l’indicazione del «capitale sottoscritto e versato», la riforma prescrive – al n. 4) della norma

<sup>28</sup> PRÜM e CORBISIER, *Droit des sociétés – Tableau comparatif des droit luxembourgeois, belge et français et textes légaux luxembourgeois*, Bruxelles, 2000, 7.

<sup>29</sup> La Relazione ministeriale chiarisce che «si è inteso adottare una più corretta terminologia la quale distingue tra “azioni” come partecipazione sociale e “titoli azionari” come documenti di essa eventualmente rappresentativi, il ché [sic] comporta che anche nell’ipotesi di mancata emissione dei secondi si realizza una modalità di emissione delle prime».

in commento – l’indicazione «del capitale sottoscritto e di quello versato». Dunque, con la nuova espressione utilizzata dalla norma sembra che debbano essere indicati, con specifica enunciazione, due valori: il primo relativo a quanto ammonta il capitale sottoscritto, e il secondo attinente a quanta parte di esso è stata versata; e si è già detto che questo secondo valore non può essere inferiore al venticinque per cento dei conferimenti in denaro ovvero, nel caso di costituzione con atto unilaterale, al loro intero ammontare *ex art.* 2342, 2° co.

6.2. A proposito dei crediti e beni conferiti in natura, il testo dell’articolo concepito nel 1942 richiede al n. 6) il loro valore; la nuova formulazione, più realisticamente, prevede che sia indicato il valore «attribuito» ai crediti e beni in natura, e sembra indicare che tale valore può anche non essere coincidente o proporzionale con il valore di mercato del credito o del bene.

6.3. Nel n. 8) la previsione di partecipazione agli utili è stata sostituita con quella più ampia dei «benefici». Ed infatti, come verrà approfondito in sede di commento alla procedura di costituzione della società (artt. 2340 e 2341 vecchio e nuovo testo), il codice del 1942 limitava alla sola partecipazione agli utili i benefici che i promotori o i fondatori potevano riservarsi; ora tale disciplina è rimasta immutata per i promotori, ma ai fondatori sono consentiti anche altri tipi di benefici (art. 2341 in relazione all’art. 2340).

6.4.1. Come riflesso dell’introduzione di tre diversi sistemi di amministrazione e controllo (*corporate governance*, come più correntemente si usa dire) la legge prescrive che nell’atto costitutivo sia indicato il sistema di amministrazione adottato.

Ciò vuol dire che i soci dovranno precisare fin dall’inizio della vita della compagine societaria se intendono adottare il sistema dualistico di cui ai nuovi artt. 2409 octies ss., quello monistico *ex artt.* 2409 sexiesdecies ss. oppure il sistema «ordinario» o «tradizionale» (che è stato anche, da taluno, ribattezzato come sistema «latino»). Poiché il nostro attuale sistema, in cui l’amministrazione spetta all’organo di gestione (consiglio di amministrazione o amministratore unico ed eventuale articolazione interna del primo in comitato esecutivo ed amministratore delegato) ed il controllo al collegio sindacale, non ha alcuna «denominazione» legale, sarà sufficiente che nell’atto costitutivo venga fatto riferimento a questi due organi. In ogni caso, anche se la norma pare richiedere come elemento necessario l’indicazione in questione, qualora essa manchi, il sistema di amministrazione sarà quello tradizionale secondo quanto dispone il riformato art. 2380, 1° co.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> È da reputarsi, comunque, che è ben difficile che l’atto costitutivo non contenga, neanche implicitamente, alcun riferimento al sistema di amministrazione e controllo dato che la legge prevede anche l’indicazione del numero dei componenti del collegio sindacale, la nomina dei primi amministratori ecc. Per altro verso è stata prospettata in dottrina BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario* cit., 19 la tesi secondo cui tutti e tre i sistemi di amministrazione possono essere contestualmente previsti e disciplinati dallo statuto; in argomento vedansi le perplessità di SANCILIO, *Lo statuto delle società per azioni deve necessariamente scegliere uno solo tra i tre modelli di amministrazione e controllo?*, in [www.dircomm.it/archivio2/studi.6.03/sancilio\\_modelli.html](http://www.dircomm.it/archivio2/studi.6.03/sancilio_modelli.html) visitato il 26 giugno 2003.

6.4.2. Formalmente non è mutata la parte del n. 9) della norma ove si richiede la precisazione del numero degli amministratori, così come non è variato il n. 10) laddove prescrive l'indicazione del numero dei componenti il collegio sindacale. Tuttavia di tali disposizioni è cambiata la sostanza; qualora, infatti, i soci abbiano prescelto il sistema dualistico l'atto costitutivo dovrà contenere il numero dei primi membri del consiglio di gestione (arg. *ex art.* 2409 novies, 3° co.) nonché il numero dei primi appartenenti del consiglio di sorveglianza (arg. *ex art.* 2409 duodecies, 2° co.).

6.5.1. Il numero 11) dell'art. 2328 contiene la previsione, nuova, della nomina dei primi amministratori e sindaci.

In effetti, anche in precedenza la nomina dei primi amministratori doveva essere contenuta nell'atto costitutivo, ma la relativa formulazione non era stata prevista nella norma in esame bensì, rispettivamente, negli artt. 2383, 1° co., e 2400, 1° co. *Ratione materiae* ora le relative previsioni sono state portate all'interno dell'atto costitutivo e la scelta pare felice, anche se in tal modo l'elencazione del nuovo art. 2328 risulta più lunga della precedente. Pertanto, i novellati artt. 2383 e 2400, laddove prevedono che «la nomina degli amministratori spetta all'assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori che sono nominati nell'atto costitutivo...», e che «i sindaci sono nominati per la prima volta nell'atto costitutivo e successivamente dall'assemblea...» rappresentano nient'altro che una ripetizione di quanto già prescritto come contenuto dell'atto costitutivo.

Naturalmente anche in caso di scelta del sistema monistico, l'atto costitutivo conterrà la nomina dei primi amministratori (art. 2409 noviesdecies, 1° co., che richiama l'art. 2383), non però quella dei componenti dell'organo di controllo i quali, *ex art.* 2409 octiesdecies sono nominati dal consiglio di amministrazione che ne decide anche il numero.

6.5.2. È anche nuova, in coerenza con l'introduzione dei diversi sistemi di amministrazione e controllo, la disposizione che prevede l'indicazione «quando previsto, del soggetto al quale è demandato il controllo contabile»: nel sistema del 1942 non v'era, infatti, alcun bisogno di una tale previsione, essendovi solo il collegio sindacale come organo di controllo contabile.

Dopo la riforma quale sia tale organo, nelle società che adottano il sistema ordinario, è disciplinato dall'art. 2409 bis, al cui commento naturalmente si rinvia ricordando che il collegio sindacale può svolgere la funzione di controllo contabile soltanto se la società non faccia ricorso al mercato del capitale di rischio e non sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato. Qualora ricorra una di tali circostanze, questa funzione (art. 2409 ter) spetta in via esclusiva al revisore ovvero, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, alla società di revisione.

Poiché sia nelle società che adottano il sistema dualistico, sia in quelle che hanno prescelto il sistema monistico, il controllo contabile è esercitato a norma degli artt. 2409 bis, 1° e 2° co., e 2409 ter (così dispongono i nuovi artt. 2409 quinquiesdecies e 2409 noviesdecies), ne deriva che esso sarà

affidato alla società di revisione o al revisore, con esclusione del collegio sindacale, a seconda che la società faccia o meno ricorso al mercato del capitale di rischio.

## 7. La nuova disciplina della durata della società

7.1. La legge delega [art. 4, 2° co., lett. d), l. 3 ottobre 2001, n. 366] indicava tra i «principi» cui doveva essere ispirata la disciplina della società per azioni «che nell'atto costitutivo non sia richiesta l'indicazione della durata della società».

Senonché il legislatore delegato, anziché abrogare semplicemente ogni riferimento alla durata della società, come ci si sarebbe potuti attendere e come è poi stato fatto in ordine al contenuto delle azioni *ex art.* 2354, 3° co., n. 1), e in relazione all'atto costitutivo della società a responsabilità limitata<sup>31</sup>, ha preferito una diversa formulazione, *sub n.* 13) dell'art. 2328. La nuova disciplina prevede che *possa* essere indicata la durata della società oppure, se la società sia costituita a tempo indeterminato, la durata del «periodo di tempo, comunque non superiore ad un anno, decorso il quale il socio potrà recedere» ovvero il «preavviso». La norma va, peraltro, coordinata con la disposizione del nuovo art. 2437, 3° co., a mente della quale «se la società è costituita a tempo indeterminato e le azioni non sono quotate in un mercato regolamentato il socio può recedere con il preavviso di almeno centottanta giorni; lo statuto può prevedere un termine maggiore, non superiore ad un anno».

7.2. Viene così introdotta nel nostro ordinamento la società costituita a tempo indeterminato, sulla falsariga di quanto avviene già in altri Paesi, come *infra* si dirà.

Sotto il vecchio regime si reputava che l'indicazione del termine di durata fosse essenziale in conseguenza dello sfavore, che si radicava ancora in una reazione «a forme più o meno mascherate di asservimento personale risalenti all'epoca feudale»<sup>32</sup>, con cui l'ordinamento giuridico valutava i vincoli a tempo indeterminato. Traccia di tale disfavore si reperisce nella disciplina delle società di persone<sup>33</sup>, ove il recesso è sempre ammesso (recesso «ordinario» o *ad nutum*) se la società sia costituita a tempo indeterminato o «per tutta la vita di uno dei soci» (art. 2285)<sup>34</sup> o nel caso di proroga della società (art. 2307). Fatto sta che mentre le società di persone potevano essere stipulate senza limite di durata, non così le società di capitali che, conseguente-

---

<sup>31</sup> In questo senso cfr., infatti, l'art. 2463; peraltro nessun riferimento alla durata risultava esservi nell'art. 2328 in una delle prime versioni della bozza di decreto legislativo che circolava, quasi clandestinamente, prima dell'estate del 2002.

<sup>32</sup> Cfr. BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, 807.

<sup>33</sup> Cfr. DI SABATO, *Le società*, Torino, 1992, 148; GALGANO, voce «Società semplice», in *Digesto/comm.*, XVI, Torino, 1997, 443.

<sup>34</sup> Per l'interpretazione di questa espressione si rinvia a COTTINO, *op. cit.*, 144.

mente, non avrebbero superato il controllo di legalità. Ma *quid iuris* qualora una società avesse in qualche modo, anche solo per errore<sup>35</sup>, ottenuto l'omologazione? L'assenza del termine di durata non poteva certamente essere ricondotta ad alcuno dei casi di nullità della società previsti in adempimento di disposizioni comunitarie né, tanto meno, ad alcuno dei casi di scioglimento (lo è lo scadere del termine, non la sua mancanza) e quindi ben avrebbe potuto aversi una società a tempo indeterminato. Anzi, in dottrina si osservava che in una fattispecie del genere si sarebbe potuto fissare il termine di durata con deliberazione dell'assemblea straordinaria «perché, se questa può deliberare la *proroga* della durata e lo *scioglimento anticipato* della società, deve, a maggior ragione, poterne stabilire la durata che non sia stata inizialmente fissata»<sup>36</sup>.

7.3. Coesenziale alla durata indeterminata della società è il diritto di recesso conferito ai soci. La norma ha subito suscitato critiche sotto un duplice profilo: in primo luogo essa si applica a tutti i soci, anche a quelli non appartenenti alla minoranza, contrariamente a quanto verrebbe spontaneo pensare di primo acchito ed a quanto sinora verificatosi nel nostro ordinamento; in secondo luogo, e correlativamente, è stato revocato in dubbio che quello del recesso, con il suo portato di riduzione del capitale e, in certi casi, di scioglimento della società, sia un rimedio opportuno in materia societaria come lo è in materia contrattuale<sup>37</sup>, cui esplicitamente si richiama la stessa Relazione di accompagnamento al provvedimento normativo (§ 1.2). Ed il dubbio si fonda sulla pluralità di interessi che si incrociano e condizionano la materia societaria e che, con la nuova disciplina, sembrerebbero subordinati a quelli dei soci. Le alternative che sono state ipotizzate nel dibattito (non solo) anteriore alla riforma miravano a salvaguardare il capitale sociale, o imponendo un obbligo di riscatto in capo agli altri soci (e l'ipotesi non pare così peregrina dal momento che lo stesso legislatore prevede, nel nuovo art. 2437 *sexies*, che lo statuto possa contemplare il riscatto da parte dell'emittente o di suoi soci di speciali categorie di azioni) o vietando, nelle società costituite a tempo indeterminato, ogni

<sup>35</sup> Gli scettici, che penseranno che l'esempio fatto nel testo rappresenti solo un caso di scuola vedano: MINERVINI, *Casi patologici di giurisprudenza onoraria*, in *Foro it.*, 1949, IV, 79 ss.

<sup>36</sup> Cfr. FRÉ e SBISÀ, *op. cit.*, 62; l'Autore aggiunge ancora che «in tale ipotesi la durata potrebbe anche essere fissata dal giudice, la cui sentenza avrà in questo caso efficacia costitutiva, poiché con essa il magistrato completerebbe la volontà delle parti per soddisfare un'esigenza di legge».

<sup>37</sup> Mi pare meno convincente, invece, l'ulteriore critica alla disciplina del recesso; si è detto, infatti che normalmente, il recesso consegue ad eventi straordinari ed inattesi che ne sono la giustificazione mentre nel caso di specie chi aderisce ad una società a tempo indeterminato ben sa di tale caratteristica e quindi non vi sarebbe ragione per consentire il recesso e la riduzione di capitale. Tuttavia, il nostro ordinamento non conosce solo il recesso c.d. «straordinario», peraltro normalmente incidente su rapporti di durata a tempo determinato, ma anche il recesso «convenzionale» (per tale classificazione, cfr., sinteticamente, DE NOVA, voce «Recesso», in *Digesto/civ.*, Torino, XVI, 1997, 319 cui credo sia da ascrivere la forma di recesso prevista dalla norma commentata).

forma di limitazione convenzionale alla circolazione delle azioni<sup>38</sup>. Non pare un caso che, *ex art. 2437, 3° co.*, il diritto di recesso non spetti nelle società le cui azioni sono quotate in un mercato regolamentato<sup>39</sup>.

*Quid juris*, però, qualora la società sia a tempo indeterminato e non venga fissato il termine di recesso? La legge pare abbastanza chiara nell'indicare che il socio possa comunque recedere; certamente l'atto costitutivo può indicare un termine, non superiore ad un anno, per il suo esercizio, ma, qualora tale limite temporale non vi sia, si reputa che questo non possa essere immediato ma che debba essere esercitato nel termine non inferiore a centottanta giorni indicato dall'art. 2437, 3° co.<sup>40</sup>.

Un altro problema che all'atto pratico si potrà porre, così come si è posto in passato soprattutto per le società di persone, è l'ammissibilità di una clausola che fissi la durata della società in un c.d. «termine lungo»; che accade, ad esempio, nel caso che all'entrata in vigore della legge il termine di durata della società venga fissato nel lontano 2100? Formalmente, in tal caso, un termine vi sarebbe; di fatto questo è così lontano nel tempo (superiore alla durata della vita media del socio) da dar luogo ad una situazione equivalente ad una società senza termine di durata. Sotto il vigore del codice del 1942 nelle società di capitali la clausola (valida nelle società di persone e disciplinata dall'art. 2285, 1° co.), per dottrina e giurisprudenza pressoché unanimi, doveva essere considerata inammissibile in quanto contraria al divieto di società a tempo indeterminato<sup>41</sup>, conseguentemente un notaio non avrebbe neanche potuto ricevere un atto con siffatta clausola e la società non avrebbe potuto essere omologata. Cessato il divieto di società a tempo indeterminato, ora la clausola contenente un termine lungo diventa legittima. Tuttavia è chiaro che, in tali casi, dovrà essere indicato il termine per il recesso e che, in difetto, qualunque socio potrà recedere liberamente col preavviso minimo previsto dalla legge.

---

<sup>38</sup> Cfr. CAMPOBASSO, *La costituzione della società per azioni*, in *Soc.*, 2003, 2 bis, 287. Vari suggerimenti onde salvaguardare il capitale sociale, pur mantenendo il diritto di recesso, sono state avanzate anche nel *Parere approvato dalla II Commissione permanente (Giustizia) del Senato*, in *Riv. soc.*, 2002, 1658.

<sup>39</sup> L'inapplicabilità del recesso *ad nutum* nelle società quotate in un mercato regolamentato era stata caldeggiata da alcuni studiosi ed operatori del diritto nei mesi precedenti la definitiva stesura del testo di riforma (cfr., in particolare, BIANCHI *et al.*, *Osservazioni dell'Istituto di diritto Angelo Sraffa della Università Bocconi di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1534-1535; cfr. anche *Audizione di Ania*, *ivi*, 1642 e 1645; *Audizione di Confindustria*, *ivi*, 1632 e *Osservazione di Borsa Italia s.p.a.*, *ivi*, 1587) ed è stata poi fatta propria anche dalla Camera dei Deputati: cfr. *Parere approvato dalle Commissioni riunite II (Giustizia) e VI (Finanze) della Camera dei Deputati*, *ivi*, 1651. Altra dottrina, invece, aveva suggerito di prevedere che una società quotata in un mercato regolamentato non potesse essere contratta a tempo indeterminato: cfr. MONTALENTI, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, *ivi*, 2002, 1549.

<sup>40</sup> Nel senso del testo, implicitamente, cfr. MONTALENTI, *op. cit.*, 1545 il quale suggeriva di aggiungere espressamente al n. 13 «ai sensi dell'art. 2437, 2° co.».

<sup>41</sup> Cfr., però, App. Napoli, 7 giugno 1996, in *Soc.*, 1997, 183 con nota contraria di FABRIZIO, *Durata indeterminata, ma senza limiti, nelle società di capitali*.

7.4. Se in passato si è dubitato della legittimità di una clausola di proroga tacita della società<sup>42</sup> opinandone la sostanziale violazione della norma che prevede un termine di durata della società, il dubbio non dovrebbe più porsi ora che la società di capitali a tempo indeterminato ha trovato ingresso nel nostro ordinamento. In conseguenza di tale novità, la causa di scioglimento della società costituita dal decorso del termine di durata della società [art. 2484, 1° co., n. 1)] è di realizzazione soltanto eventuale in quanto potrà applicarsi solo alle società il cui atto costitutivo determini la scadenza della società ad una certa data.

7.5. Non pare che la modifica in oggetto fosse reputata necessaria dalla dottrina né richiesta dai pratici. Di certo anche su questo punto il panorama internazionale è alquanto diversificato.

A livello di Unione Europea vale la pena di segnalare che la seconda direttiva comunitaria già prevedeva [art. 2, lett. e)] la possibilità che la società venisse costituita senza termine di durata. Nell'ordinamento francese tutte le società devono avere un termine di durata non superiore a 99 anni (art. 1838 *Code civil*; art. 2, *loi n. 66-537 du 24 juillet 1966*)<sup>43</sup>, mentre in Germania la legge azionaria non prevede un limite di durata per la società ma tale termine può essere stabilita dallo statuto [§ 262, n. 1) aktG]. Più radicalmente sia la legislazione belga (art. 102, *Lois coordonnées sur les sociétés commerciales*) sia quella lussemburghese (art. 99, *Loi du 10 août 1915*) prevedono che le *sociétés anonymes* possano essere costituite a tempo indeterminato<sup>44</sup>. Infine, nell'ordinamento inglese è piuttosto raro che si fissi una scadenza ed anzi tra i vantaggi della *incorporation* viene proprio annoverato il fatto che la società sopravvive ai soci; negli Stati Uniti d'America diverse giurisdizioni richiedono che nell'atto costitutivo sia indicata la durata della società ma è generalmente consentito che la società sia a tempo indeterminato<sup>45</sup>. Analogamente, in quello ungherese, tutte le società commerciali possono essere fondate per una durata indeterminata [art. 10 par. (2) della l. CXLIV, n. 144 del 1997] e la prassi mostra che si tende a non fissare affatto il termine di durata.

---

<sup>42</sup> Cfr., per la illiceità della clausola, COTTINO, *op. cit.*, 226; in argomento vi è stata anche una disputa: per l'invalidità della clausola, cfr. MINERVINI, *op. cit.*, 79 ss.; *contra*, con argomentazioni valide per tutte le «società con personalità giuridica», cfr. PAVONE LA ROSA, *Società a responsabilità limitata costituita da una sola persona? Società a responsabilità limitata a tempo indeterminato?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 394. In giurisprudenza: Cass., 4 giugno 1998, n. 5472, in *Giur. it.*, 1999, I, 102 con nota di REVIGLIONE ove ulteriori riferimenti; Trib. Cassino, 4 ottobre 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 668 con nota di ABRIANI.

<sup>43</sup> In dottrina cfr. GUYON, *Droit des affaires, I, Droit commercial général et Sociétés*, 10<sup>e</sup>, Paris, 1998, 144; RIPERT e ROBLOT, *Traité de Droit Commercial*, 1, Paris, 1998, L.G.D.J., 17<sup>e</sup>, 833. In precedenza il Code civil del 1804 non imponeva l'obbligo di fissare una durata, dunque le società potevano essere costituite a durata illimitata (GERMAIN, *Durée de la société*, in *Juris Classensurs*, 1990, fasc. 25, 2).

<sup>44</sup> Cfr., sul punto, PRÜM e CORBISIER, *op. cit.*, 27.

<sup>45</sup> HENN e ALEKSANDER, *Laws of corporations*, 3<sup>rd</sup> edition, St. Paul Minn., 1986, 277, i quali precisano che «Minnesota still imposes constitutional and statutory limitations».

## 8. Rapporti tra atto costitutivo e statuto

8.1. La riforma ha inciso anche sui rapporti tra atto costitutivo e statuto. Dopo aver ripetuto che lo statuto contiene «le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato», il nuovo testo dell'ult. co. dell'art. 2328 dichiara che esso «costituisce», e non più che «si considera», parte integrante dell'atto costitutivo. Quindi, eliminata la parte in cui la legge prescriveva che lo statuto dovesse essere allegato all'atto costitutivo il nuovo testo dell'ult. co. dell'art. 2328 chiarisce che «in caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde».

8.2. Ebbene, non è cambiata, almeno apparentemente, la nozione di atto costitutivo né quella di statuto; pertanto, anche dopo la riforma si potrà affermare che il primo documento racchiude in sé le norme relative alla costituzione della società ed alla sua struttura in conformità con il contenuto obbligatorio dettato dalla legge, laddove il secondo contiene le norme sul funzionamento della società: in altri termini «l'atto costitutivo indica come la società sia sorta, mentre invece lo statuto descrive la società quale è e come vive»<sup>46</sup>, anche se poi nella pratica spesso questo contiene, in maniera superflua e ripetendo quanto contenuto nell'atto costitutivo, le norme sulla struttura della società.

Dalla natura di «allegato» che il codice del 1942 inequivocabilmente attribuiva allo statuto vengono oggi fatte scaturire varie conseguenze. In primo luogo, che l'atto costitutivo è essenziale, in quanto elemento necessario della fase genetica della società ed elemento che raccoglie la volontà delle parti; al contrario, lo statuto non ha tali caratteristiche, non è indefettibile e potrebbe financo mancare. Quindi che «nel contrasto su un elemento strutturale l'atto costitutivo prevale sullo statuto o, comunque, in mancanza di questo, esso è di per sé sufficiente»<sup>47</sup>; più in generale, segnala la dottrina, le situazioni «di discordanza fra le indicazioni dell'atto costitutivo e quelle dello statuto, dovrebbero risolversi, una volta che si sia preso atto della differenza funzionale tra i medesimi, privilegiando la disposizione statutaria allorché si tratti di principio volto a regolare il funzionamento dell'organismo sociale e, viceversa, privilegiando la disposizione contenuta nell'atto costitutivo allorché si tratti di principio che più propriamente riguarda il momento genetico della società, o comunque di requisito indicato codicisticamente come proprio dell'atto costitutivo»<sup>48</sup>.

Dopo la novella queste ultime considerazioni paiono perdere la loro validità in quanto la legge non attribuisce più allo statuto la qualifica di «allegato» dell'atto costitutivo. Si tratta di un atto a sé di cui in sede di costituzione diventa obbligatoria la lettura da parte del notaio rogante (art. 51, 3° co., l. 16 febbraio

<sup>46</sup> Cfr. FRÉ e SBISÀ, *op. cit.*, 64.

<sup>47</sup> Cfr. DI SABATO, *Sull'oggetto sociale*, cit., 23.

<sup>48</sup> Cfr. BARALIS e BOERO, *Atto costitutivo, modifiche statutarie di società di capitali e «lettura necessaria» dell'allegato statuto da parte del notaio*, nota ad App. Torino, 8 maggio 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 300.

1913, n. 89); ed anzi il fatto che il tenore letterale della norma sia nel senso che lo statuto «costituisce» parte integrante dell'atto costitutivo sembrerebbe importare che in realtà il primo documento debba essere necessariamente incorporato nel secondo. Non pare tuttavia che l'eventuale mancato rispetto di tale regola possa essere foriera di alcuna conseguenza. La riforma parrebbe, dunque, configurare due documenti (o forse un unico documento ma con una netta separazione al suo interno) di cui il primo, il nuovo atto costitutivo, contiene gli elementi attinenti alla fase genetica della società e gli elementi strutturali di essa, ed il secondo le norme sul funzionamento. Si comprende, allora, come l'atto costitutivo nel nuovo regime assuma una sorta di «fissità» nel tempo (quello è e quello rimane), mentre ciò che può essere modificato dai soci è lo statuto, dimodoché d'ora in avanti non si potrà più parlare di modifiche dell'atto costitutivo bensì di modifiche dello statuto; ecco allora che, in quest'ottica, si comprende la *ratio* della generalizzata sostituzione in moltissime norme<sup>49</sup> dell'espressione «atto costitutivo» con il termine, a questo punto più appropriato, di «statuto». L'opera di sostituzione, peraltro, non sembra ben riuscita dal momento che per un verso qualche norma continua a riferirsi all'atto costitutivo (cfr., in tema di accomandita per azioni, l'art. 2460), per altro verso, qualche disposizione si riferisce allo statuto laddove ci si sarebbe aspettati il riferimento all'atto costitutivo (v., ad esempio, gli artt. 2348, 2355 bis, 2361, 2380 e 2380 bis)<sup>50</sup>.

8.3. Infine, espressamente, in caso di contrasto, di qualunque genere, prevale *ex lege* il contenuto dello statuto, esattamente il contrario di quanto, come si è visto in precedenza, gli interpreti avevano ricavato dalla formulazione del codice civile del 1942.

## 9. L'adeguamento degli statuti alla nuova disciplina (cenni)

9.1. La disciplina transitoria riguarda principalmente gli statuti societari, atteso che ai sensi dell'art. 223 bis, risultante dalla riforma, le società di capitali «iscritte nel registro delle imprese alla data del 1° gennaio 2004, devono uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili

---

<sup>49</sup> Cfr., ad esempio, i riformati artt. 2365, 2348, 2351, 2353, 2354, 2361, 2363, 2364, 2365, 2368, 2369, 2371, 2380 bis, 2381, 2383, 2384, 2388, 2389, 2392, 2396, 2403, 2420 bis, 2420 ter, 2436 – nonché il titolo stesso della Sezione X del capo dedicato alla società per azioni –, 2437.

<sup>50</sup> Cfr. le *Osservazioni di Borsa Italiana s.p.a.*, cit., 1566, nota 2; in tale parere si esprimono anche delle perplessità in ordine al fatto che «in talune disposizioni, e non in altre, sia presente il riferimento alle successive modificazioni dello statuto» (cfr. art. 2446), ciò che fa sorgere dubbi sulla possibilità di modifiche statutarie su argomenti regolati da disposizioni in cui la predetta precisazione non sia contenuta». Per altro verso pare condivisibile l'affermazione (MONTAGNANI, *sub* art. 2328, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, 2003, 40) secondo cui «la confusione nell'indicazione della "sede" delle singole clausole evidenzia un problema che proprio il nuovo art. 2328, comma 2, rende non di mera topica, giacché la collocazione nell'uno o nell'altro documento segna la sancita prevalenza in caso di contrasto».

entro il 30 settembre 2004». Come meglio si dirà nell'ambito del commento alle norme di attuazione e transitorie, il legislatore ha predisposto uno speciale meccanismo onde rendere più agevole l'assunzione delle deliberazioni concernenti l'adeguamento dello statuto alle nuove disposizioni; l'art. 223 bis, 3° co., infatti, dispone che tali deliberazioni, anche in adeguamento a disposizioni non inderogabili, sono assunte dall'assemblea straordinaria a maggioranza semplice qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci partecipanti. Rinviando, per tutte le questioni concernenti le norme di attuazione e transitorie, alle considerazioni esposte a commento dell'art. 9, d.lgs. 6/2003, si farà qui di seguito un breve cenno all'adeguamento dello statuto<sup>51</sup> con riferimento alla sede sociale ed alla durata (dell'adeguamento del capitale si è trattato nel commento all'articolo precedente).

9.2. Attualmente, in conformità con l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale prevalente, tutti gli statuti contengono l'indicazione completa dell'indirizzo della sede sociale. Ci si può chiedere se, entrata in vigore la riforma, sia possibile eliminare tale indicazione senza il procedimento formale di modifica statutaria oppure se tale procedimento sia, invece, necessario.

In effetti, si potrebbe sostenere che poiché l'indirizzo non è più un elemento essenziale dell'atto costitutivo, la sua presenza sia un mero «di più» che potrebbe essere eliminata senza formalità. D'altra parte si potrebbe osservare che tale elemento fa parte delle basi della società così come esse sono state gettate dai fondatori e che quindi sia, al contrario, necessario il procedimento formale di modifica statutaria. Quest'ultima tesi sembra maggiormente convincente; peraltro risulta applicabile lo speciale procedimento semplificato di cui all'art. 223 bis, 2° co., introdotto dalla riforma.

9.3. Divenendo ora lecite le società a tempo indeterminato, il procedimento semplificato di modifica dell'atto costitutivo potrà indubbiamente essere utilizzato anche per mutare il termine di durata della società ed attribuire, correlativamente, il diritto di recesso ai soci con specifica indicazione del termine di preavviso (in mancanza, come già ricordato in precedenza, troverà applicazione il nuovo art. 2437, 2° co.).

---

<sup>51</sup> In argomento vedasi ABRIANI, *Gli adeguamenti obbligatori degli statuti delle società di capitali alla riforma del diritto societario*, in Soc., 2003, 1301 ss.