

Capitolo II

IL PROCEDIMENTO DI COSTITUZIONE DELLA S.P.A.

Sezione I

L'atto costitutivo e lo statuto

di Pierpaolo M. Sanfilippo

Dei diversi profili del procedimento di formazione della società per azioni, viene qui affrontato il tema della struttura e della forma dell'atto costitutivo del tipo. Verranno quindi presi segnatamente in esame il rapporto che intercorre tra i documenti, atto costitutivo e statuto, in cui si concreta la fase fondativa delle s.p.a., e gli elementi vuoi necessari vuoi eventuali ai fini della costituzione, nei profili più dibattuti in giurisprudenza e dottrina.

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 2328, 2329, 2330, 2331, 2332 c.c.

SOMMARIO: 1. Notazioni sistematiche. – 2. La forma. – 3. Atto costitutivo e statuto: natura e interrelazioni. – 4. L'interpretazione degli statuti. – 5. Il contenuto obbligatorio. – 5.1. Nomi dei soci. – 5.2. Denominazione della società. – 5.3. Sede della società. – 5.4. Oggetto sociale. – 5.5. Norme sulla ripartizione degli utili. – 5.6. Benefici riservati a promotori e soci fondatori. – 5.7. Indicazioni organizzative della società. – 5.8. Durata. – 6. Il contenuto non obbligatorio. – 7. La costituzione per pubblica sottoscrizione. – 8. Il controllo notarile. – 9. Il controllo di meritevolezza sullo statuto.

1. Notazioni sistematiche

Diversamente dall'impostazione originaria del codice civile (art. 2332, comma 1, n. 8, v.t., c.c.), a far tempo dalla riforma organica del 2003 la s.p.a. può essere costituita non solo per contratto, ma anche per **atto unilaterale**. Ancor prima, invero, la giurisprudenza aveva ritenuto che la società unipersonale a responsabilità limitata (con riguardo, ad es., all'*Anstalt* del Liechtenstein) non fosse un istituto contrario all'ordine pubblico¹; orientamento che veniva poi razionalizzato dall'e-

¹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 15/02/1993, n. 1653, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1661. In tema, IBBA, *La s.r.l.*

spresa ammissione (con D.Lgs. n. 88/1993, per effetto della XII direttiva CEE) della costituzione unilaterale di società a responsabilità limitata.

La riforma societaria del 2003, portando a compimento tale processo storico, nell'estendere l'ambito di applicazione della responsabilità limitata, ha finito per trasformare la figura da eccezionale ad una modalità ordinaria di disciplina di patrimoni assegnati all'esercizio di un'attività imprenditoriale²; sul piano sistematico, poi, applicando alla stessa società unipersonale il medesimo impianto organizzativo delle società pluripersonali – e quindi pur in mancanza di conflitti endosocietari – l'ordinamento sembra prendere atto dell'ineludibile interferenza fra la disciplina dell'organizzazione societaria e quella dell'organizzazione imprenditoriale, confermando l'idea che i profili organizzativi (fino alla obbligatoria presenza di organi di controllo) sono coesenziali all'esercizio delle attività imprenditoriali purché dotate di un minimo livello di significatività³.

In questo quadro, sembra meritevole di revisione l'impostazione tradizionale che vede nell'atto costitutivo di s.p.a. un unico atto negoziale, ancorché composto da più documenti⁴. Ed invero, ammettendo la costituzione per atto unilaterale il sistema induce a distinguere, nel procedimento di costituzione, tre momenti che si esplicano in tre diversi atti, idealmente distinti, e segnatamente: un atto di “fondazione”, ad effetti istantanei (acquisto della personalità giuridica a seguito dell'iscrizione *ex art.* 2331 c.c.); un atto “normativo” privato – lo statuto – ad effetti giuridici permanenti, che fissa le regole di funzionamento dell'organizzazione imprenditoriale; ed, infine, un atto di “dotazione” patrimoniale, che si concreta con i conferimenti⁵.

Quanto detto circa la natura organizzativa e l'articolazione dell'atto costitutivo di società non solo consente di meglio intendere la diversa disciplina dei vizi di ciascun atto (l'atto di “fondazione” potendo essere invalidato soltanto nei circoscritti limiti fissati dall'*art.* 2332 c.c., come pure l'atto di conferimento secondo le regole generali sugli atti negoziali di disposizione, laddove le clausole statutarie sono sempre suscettibili di un accertamento giudiziale di nullità), ma anche trova riflessi, fra l'altro⁶, sulla problematica dell'in-

unipersonale, in IBBA-MARASÀ (a cura di), *Le società a responsabilità limitata*, I, Milano, 2021, 175 ss.

² I primi commentatori, peraltro, sottolineavano l'eccezionalità della costituzione per atto unilaterale: sul punto, anche per riff., VIGGIANI, *Sub art.* 2328, in *Comm. Abbadessa-Portale*, I, Milano, 2016, 179 ss.

³ Così LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379 ter*, Milano, 2016, XVIII ss.

⁴ Cfr., dopo la riforma, CAPIELLO, *Sub art.* 2328, in *Codice commentato delle società*, a cura di Bonfante-Corapi-De Angelis-Napoleoni-Rordorf-Salafia, Milano, 2011, 374; SEPE, *sub art.* 2328, in AA. VV., *Società di capitali*, a cura di Nicolini-Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, 57.

⁵ Non può in questa sede esaminarsi la questione (discussa, ma a ben vedere, che non pregiudica la prospettiva delineata nel testo) circa la qualificazione dell'atto di conferimento come atto unilaterale di destinazione quale figura generale dell'ordinamento, ovvero quale ipotesi che si iscrive in un dato *numerus clausus* di atti unilaterali di destinazione.

⁶ E si pensi al tema della possibile apposizione di elementi accidentali a singole clausole statutarie (e

interpretazione dell'atto costitutivo (in senso stretto), dello statuto e dell'atto di conferimento nelle s.p.a. (v. *infra*, n. 4).

Anche nel nuovo contesto normativo, rimane peraltro dubbia la tesi favorevole a che l'atto costitutivo di società possa essere anche un **testamento**⁷, nella misura in cui si pone non in linea con la disciplina dell'art. 2330 c.c., che impone il deposito dell'atto costitutivo presso il registro delle imprese entro venti giorni dalla stipulazione. E, a ben vedere, uno iato temporale fra il momento della redazione dell'atto costitutivo e quello dell'inizio di attività dell'organizzazione appare meglio concepibile per organizzazioni altruistiche come le fondazioni, stridendo piuttosto con le esigenze razionali proprie dell'attività d'impresa, a cui è destinata la costituzione di una società.

2. La forma

Sul piano della forma, il comma 2 dell'art. 2328 c.c. dispone che l'atto costitutivo sia redatto per atto pubblico; l'art. 2332 c.c. completa la disposizione, sancendo che la mancanza dell'atto pubblico costituisce uno dei casi eccezionali di nullità dell'intero atto costitutivo. Non dovrebbero esservi dubbi, dunque, sulla necessità che l'atto pubblico comprenda l'intero atto, comprensivo, sia dell'atto di "fondazione", sia di quello "normativo", sia di quello di "dotazione".

Una diversa tesi risalente in dottrina⁸, ma respinta dalla giurisprudenza, tende a dimostrare che la forma pubblica sarebbe funzionale al solo procedimento costi-

non anche all'atto fondativo della società: sul punto, *infra*, n. 5.8 e nt. 206): v., anche per indicazioni, STELLA RICHTER JR., *La condizione e il termine nell'atto costitutivo delle società di capitali e nelle deliberazioni modificative* (Commissione studi d'Impresa del Consiglio nazionale del notariato: Studio n. 50-2009/I), n. 3, secondo cui «le clausole dell'atto costitutivo che prevedono termini e condizioni non sono altro che disposizioni che pongono una pluralità di regole tra loro alternative e che ne disciplinano altresì la successione (certa, nel caso del termine, o eventuale, nel caso della condizione) nel tempo».

⁷ Cfr. DE STASIO, *Sub artt. 2325-2341*, in *Codice civile commentato*, a cura di Alpa-Mariconda, Libro V, coordinato da Lapertosa-Liebman-Sbisà-Zoppini, Milano, 2005, 913 s.; possibilista, sia pure notando gli effetti differiti alla morte del testatore, COTTINO, *Diritto societario*², Padova, 2011, 211; cfr. STELLA RICHTER JR., *La costituzione di società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa-Portale, Torino, 2006, vol. 1, 274 s., che propende per la soluzione ammissiva, sia pure con l'avvertenza delle difficoltà del caso concreto nel procedimento costitutivo. In senso contrario, TASSINARI, *Sub art. 2328*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, 32; MERLO, *Costituzione di società mediante testamento*, in *Società*, 2009, 1085, il quale evidenzia come un risultato pratico analogo possa essere raggiunto dal testatore imponendo la costituzione della società come *modus* a carico dell'erede o legatario; analogamente, VIGGIANI, *Sub art. 2328*, cit., 182.

⁸ Per la tesi liberale, GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 202 ss.; OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 109 ss., ora in *Id.*, *Diritto delle società. Scritti giuridici*, II, Padova, 1992, 195 ss., contro quella non meno autorevole dottrina che aderiva alla tesi della necessità della forma dell'atto pubblico a pena di nullità del contratto: per tutti, AULETTA G., *La forma nel contratto*

tutivo e non sarebbe quindi *ad substantiam* riferita al contratto di società; tesi questa che non riesce però a superare il rilievo per il quale – diversamente dalle società personali – proprio l'introduzione della causa di nullità da parte del legislatore del 1969 (già art. 2332, n. 2, c.c., in attuazione della I dir. comunitaria; ora art. 2332, n. 1, c.c.), sciogliendo i dubbi pur leciti del passato, qualifica ormai tale forma come *ad substantiam* e per l'intero atto, statuto compreso. L'unitarietà è del resto confermata dal nuovo ultimo comma dell'art. 2328 c.c., inserito dalla riforma del 2003, il quale in tanto può fissare un criterio di prevalenza dello statuto sull'atto costitutivo in quanto lo statuto «*costituisce parte integrante dell'atto costitutivo*» e partecipa, quindi, della sua stessa natura di atto pubblico⁹.

Ne consegue pure che la regola sulla forma *ad substantiam*, come tale, si applica automaticamente, ai sensi dell'art. 1351 c.c., anche al **contratto preliminare di società**¹⁰. Non sembra conclusivo, in senso opposto, l'argomento secondo cui la disposizione codicistica sulla forma del preliminare andrebbe disapplicata per diversità di *ratio* della prescrizione della forma pubblica, movendo dall'assunto che quella forma solo per il definitivo sarebbe legata all'interesse generale

di società di capitali, in *Annali del Seminario Giuridico, Università di Catania*, 1947, 122, ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. V, Milano, 2001, 39 ss., secondo cui il rapporto sociale non sarebbe potuto nascere se il contratto non fosse stato concluso nella forma prescritta, movendo dall'ancora attuale idea che la società di capitali intanto esiste in quanto registrata (cfr. PAVONE LA ROSA-NIGRO G.L., *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, I, Torino, 2004, 423 ss.), e che non sarebbe possibile la registrazione in mancanza dell'atto pubblico, ritenendo del resto quest'ultimo non surrogabile da un accertamento giudiziale, che finirebbe per inficiare l'interesse dei soci – protetto dal legislatore nel prevedere solo la registrabilità dell'atto pubblico – a poter provvedere direttamente senza gravi spese alla registrazione della società ovvero a essere liberi da ogni impegno in un tempo prestabilito (e cfr. art. 2331, comma 4, c.c. secondo cui «Se entro novanta giorni (...) l'iscrizione non ha avuto luogo esse [somme depositata ex art. 2342 comma 2°] sono restituite ai sottoscrittori e l'atto costitutivo perde efficacia»).

⁹ Cfr. PALMIERI G., *La nullità della società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 1*, Torino, 2004, 531 ss., 538 s.; analogamente, fra gli altri, PRESTI, *Sub art. 2463*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da Benazzo-Patriarca, Torino, 2004, 41, nt. 1; CAPPIELLO, *op. cit.*, 374. E nel senso che, per il principio di simmetria, anche la procura (art. 1392 c.c.) andrebbe redatta per atto pubblico – salvo che per le procure redatte all'estero, essendo inapplicabile l'art. 1392 c.c. per quanto disposto dall'art. 60, comma 2, L. 31/05/1995, n. 218 (cfr. Consiglio nazionale Notariato, Ufficio Studi, *Rappresentanza e notariato*, Studio n. 3511/2002) – VIGGIANI, *Sub art. 2328*, cit., 182 ss., ove pure considerazioni critiche – per il contrasto con la I direttiva comunitaria e con l'art. 2332 c.c. – sulla deroga posta per le c.d. *start-up* innovative (art. 4, comma 10-*bis*, D.L. 24/01/2015, n. 3, con v. in L. n. 33/2015 che prevede l'atto costitutivo anche sottoscritto con firma digitale dai soci secondo il modello uniforme adottato con d.m. sviluppo econ. 17/02/2016).

¹⁰ In giurisprudenza, Cass. civ. 23/06/1997, n. 5578; Cass. civ. 18/01/1988, n. 321, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1214; Cass. civ. 28/01/1986, n. 550, in *Giur. comm.*, 1986, II, 401; Cass. civ. 30/03/1982, n. 1990, in *Giur. comm.*, 1982, II, 575; Cass. civ. 11/04/1975, n. 1365, in *Giur. it.*, 1976, I, 1598, con nota adesiva di Stolfi G.; Trib. Milano 04/06/2003, in *Giur. it.*, 2003, 1874; e cfr., tra gli altri, COTTINO, *op. cit.*, 211; CAPPIELLO R., *op. cit.*, 35.

di “legalità del contratto in funzione del regime privilegiato di responsabilità limitata che consegue alla conclusione del procedimento costitutivo”¹¹. Milita contro la tesi della forma libera del preliminare di società di capitali l’ampiezza dell’ambito di applicazione della regola sulla forma solenne del preliminare (art. 1351 c.c.), che entra in gioco pur quando, come nella specie, sia preferibile negare che il preliminare (di società) possa essere oggetto di esecuzione giudiziale (art. 2932 c.c.)¹².

È comunque da riconoscere che il contenuto *minimo* del contratto preliminare di s.p.a. – ferma la necessità dell’indicazione del tipo s.p.a.¹³ – vada ricostruito non già con riguardo al contenuto fissato dall’art. 2328 c.c., quanto con riferimento al concetto di “determinabilità” ai sensi dell’art. 1346 c.c., prevalendo nel preliminare l’aspetto negoziale su quello della costituzione di un nuovo centro di imputazione¹⁴; e così anche ai fini della sua interpretazione¹⁵.

¹¹ Così, invece, MARASÀ, *Le società. Società in generale*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2000, 284 ss. (ove indicazioni sulla dottrina concorde), con la precisazione della necessità della forma pubblica ai fini della trascrizione in caso di conferimenti di beni che la richiedano.

¹² Per l’inammissibilità dell’esecuzione *ex art.* 2392 c.c., in ragione della ritenuta inidoneità della sentenza a far luogo all’atto costitutivo, in quanto atto avente natura non solo patrimoniale, ma fondamentalmente organizzativa, v. ANGELICI, *Sulla forma del contratto preliminare: vent’anni dopo*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 336. In senso ammissivo, invece, là dove ricorrono nel preliminare tutti gli elementi *ex art.* 2328 c.c., fra gli altri: GALGANO-ZANELLI, *Sub art. 2328*, in *Della società per azioni, tomo I, Art. 2325-2341 1er*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2006, 54; CAPO, *La società per azioni. La costituzione e la nullità della società. Modificazioni statutarie*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2010, 79, sulla base della soppressione del controllo omologatorio. Per altre indicazioni del dibattito in dottrina, VIGGIANI, *Sub art. 2328*, cit., 183; (MEO-PETTITI-RESCIO-)VIGGIANI, *Costituzione, modificazioni dell’atto costitutivo e operazioni sul capitale*, in *Società di capitali* dir. da Rordorf, Milano, 2018, 30 ss. E v. Cass. civ. 03/01/1970, n. 8, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1223; altre indicazioni di giurisprudenza, invero risalente e non in termini (riguardando società personali), in PALMIERI, *La nullità*, cit., 537 ss. e nt. 121; più di recente, Trib. Roma 03/12/2015, in *giurisprudenzadelleimprese.it* (inammissibilità in società personali); Trib. Milano 16/05/2017, in *giurisprudenzadelleimprese.it*, che esclude la competenza della sezione specializzata in materia d’impresa a conoscere eventuali controversie sorte sul contratto preliminare, specie se la domanda è di risoluzione e non già di esecuzione *ex art.* 2392 c.c. (stante che, al di là della dubbia ammissibilità, “nella prospettiva della domanda attorea, mai è sorto tra le parti alcun rapporto societario”).

¹³ Nel senso della nullità del preliminare che contenga, anziché l’indicazione del tipo, l’espressione “società di capitali”, PALMIERI, *La nullità*, cit., 536; nel senso che l’assenza di ogni indicazione del tipo potrebbe essere sostituita con il criterio del tipo residuale, collettiva o semplice, a seconda della natura commerciale o meno dell’attività programmata, SPADA, *Contratto preliminare e qualificazione “preliminare” della società*, in *Giur. comm.*, 1974, II, 670; in senso per certi versi analogo, BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali. Artt. 2247-2250*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2000, 141 ss. In giurisprudenza, per la nullità di un preliminare che indichi soltanto “società personale”, senza specificare il tipo, v. Cass. civ. 18/06/2008, n. 16597, in *Contratti*, 2008, 1042, che esclude anche la convertibilità *ex art.* 1424 c.c. nel contratto di associazione in partecipazione; App. Roma 31/07/2001, in *Società*, 2002, 340.

¹⁴ Sulla pertanto ammissibile apposizione di termine o condizione al solo contratto preliminare, v. *infra*, par. 5.8 e nt. 206.

¹⁵ Per l’applicazione dei criteri ermeneutici soggettivi al preliminare di società, STELLA RICHTER JR.,

3. Atto costitutivo e statuto: natura e interrelazioni

Alla stregua del sistema, è senz'altro da affermare la centralità dello statuto nell'organizzazione della s.p.a. Nella definizione legale, lo statuto deve contenere "le norme relative al funzionamento della società", ossia tutte le regole interne a carattere permanente¹⁶. In questo senso, alcuni dei contenuti obbligatori dell'atto costitutivo, elencati dal comma 1 dell'art. 2328 c.c., andrebbero più correttamente qualificati come contenuti statutari¹⁷. Il che non ha sostanziale rilievo sul piano della concreta disciplina, perché lo stesso art. 2328 ribadisce che lo statuto "costituisce parte integrante dell'atto costitutivo". Nonostante questo enunciato tradizionale (con espressione che farebbe ancora pensare al maggior peso sistematico dell'atto costitutivo rispetto allo statuto), tutto l'articolato della disciplina della s.p.a. è stato riscritto, con la riforma del 2003, sostituendo all'espressione "atto costitutivo" (contenuta nei testi originari del 1942) l'espressione "statuto". L'ultimo comma, poi, stabilisce, in caso di divergenza, la **prevalenza delle clausole dello statuto** rispetto a quelle dell'atto costitutivo¹⁸.

È dunque da ritenersi legittimo che indicazioni obbligatorie per legge, elencate nell'art. 2328 c.c., siano contenute solo nello statuto e non anche nell'atto costitutivo¹⁹.

Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni, in *Tratt. Colombo-Portale*, Torino, 2004, 191 s., per il quale, se non sarà quindi necessario indicare né l'ammontare del capitale sociale (supplendo il minimo legale o, se si preferisce, il *quantum* proporzionale all'attività programmata), né le regole di funzionamento della costituenda società, occorrerà sempre indicare l'oggetto sociale, anche con maggiore specificità di quanto solitamente è dato riscontrare nella prassi statutaria, quale elemento fondamentale ai fini della determinabilità dell'oggetto del preliminare; e cfr. BUONOCORE, *Le società*, cit., 145.

¹⁶ Nella rara ipotesi della mancata redazione dello statuto quale documento distinto, non si integrerebbe comunque la nullità dell'atto costitutivo, potendosi il regolamento statutario ricavare e dall'atto costitutivo e dalla disciplina legale dispositiva: COTTINO, *op. cit.*, 367; ABRIANI (-AMBROSINI-CAGNASO-MONTALENTI), *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, IV, 1, Padova, 2010, 41.

¹⁷ Cfr. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Tratt. Colombo-Portale*, Torino, 2004, vol. 6*, 8 ss.; STELLA RICHTER JR., *Forma e contenuto*, cit., 169 ss.

¹⁸ E v. STELLA RICHTER JR., *Forma e contenuto*, cit., 173 e 312. In giurisprudenza, nel senso che tale criterio ancorché fissato per gli statuti di società di capitali sia punto di emersione di un principio generale applicabile anche alle associazioni, Cass. civ., sez. V, 02/08/2017, n. 19192.

¹⁹ Appare non cogliere nel segno, sia pure in materia di s.r.l., App. Roma 18/05/1999, in *Giur. it.*, 2000, 572, che ritiene inseribile l'indicazione delle modalità di ripartizione degli utili nello statuto se riproduttiva della regola legale, altrimenti dovendosi stipulare nella forma pubblica anche lo statuto; e cfr. anche App. Roma 09/09/1993, in *Riv. notariato*, 1993, 942; subordina l'inserimento nello statuto di clausola dell'atto costitutivo alla lettura dello statuto da parte del notaio, App. Roma 11/02/1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 494, e App. Roma 24/07/1993, in *Riv. notariato*, 1993, 697. Nel senso del testo, v. Trib. Milano 10/12/1997, in *Vita not.*, 1998, 311.

Ora, ove si convenga con la tesi, innanzi accolta, che lo statuto (proprio perché parte integrante dell'atto costitutivo) debba essere redatto per atto pubblico a pena di nullità, sul punto si pongono alcuni problemi esegetici.

In primo luogo, ci si può chiedere se, quando parte dell'atto costitutivo di s.p.a. sia un **ente pubblico**, l'atto richiesto a pena di nullità debba essere redatto necessariamente da un notaio, o possa essere validamente redatto anche dall'ufficiale rogante, eventualmente nominato con tali funzioni all'interno dell'organizzazione dell'ente pubblico²⁰. Secondo una pronuncia (però precedente agli interventi legislativi in materia²¹), l'ufficio del notaio sarebbe sempre necessario per l'atto costitutivo di s.p.a.²². Ora, se il testo delle norme codicistiche si mostra al riguardo ambiguo – l'art. 2328 c.c. parla genericamente di “atto pubblico” (e quindi supporterebbe la soluzione estensiva), mentre l'art. 2330 c.c. impone obblighi al “notaio che ha ricevuto l'atto costitutivo” (fornendo così un indizio a favore della soluzione restrittiva) – le norme di contabilità pubblica, a loro volta, dispongono che l'ufficiale rogante è abilitato a ricevere “*i contratti ed i processi verbali di*

²⁰ Per l'ipotesi di società di servizi pubblici costituita da ente pubblico locale, nel senso che l'atto costitutivo dovrebbe avere la forma di provvedimento amministrativo (deliberazione) dell'ente quando questi sia l'unico fondatore, STELLA RICHTER JR., *Forma e contenuto*, cit., 176 e nt. 29, pur rilevando come la prassi si orienti per la ripetizione in forma di atto notarile (ma v. nt. seg.). E v. ora, con riguardo alla costituzione di società a partecipazione pubblica, l'art. 7, t.u.s.p.p.: «L'atto deliberativo è redatto in conformità a quanto previsto all'art. 5, comma 1 [onere di motivazione]; (...) contiene altresì l'indicazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo, come previsti dagli articoli 2328 (...) del codice civile, rispettivamente per le società per azioni (...)»; in tema, DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 357 ss., FIGLIOLIA, *Sub art. 7*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di Morbidelli, Milano, 2018, 226 ss.; e v. anche gli ampi studi in PECORARO, *La costituzione della società*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, dir. da Ibba e Demuro, Bologna, 2018, 66 ss., e in SANNA, *I vizi della costituzione (e di talune modifiche dell'atto costitutivo) delle società a partecipazione pubblica: profili problematici*, in *Riv. società*, 2018, 1381 ss., ove si dà per scontato che l'atto costitutivo redatto da notaio segua alla deliberazione che pur deve contenere gli elementi essenziali ex art. 2328 c.c., così distinguendosi la fase della determina dalla sottoscrizione dell'atto costitutivo (quale attività privatistica: *ex multis*, Cass. civ., SS.UU., 23/01/2015, n. 1237). Nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Tar Sicilia, sez. I - Palermo, 27/01/2004, n. 201, in *Foro amm. TAR*, 2004, 244 (ai sensi dell'art. 17, comma 52, L. 15/05/1997, n. 127, la delibera di trasformazione in s.p.a. delle aziende speciali che gestiscono i servizi pubblici locali tiene luogo dell'atto costitutivo ex art. 2328 c.c.).

²¹ Cfr., con norma che sembra escludere l'intervento del notaio, art. 97, comma 4, lett. c), D.Lgs. 18/08/2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, come modificato dal D.L. 24/06/2014, n. 90, conv. con modif. dalla L. 11/08/2014, n. 114): «*Il segretario inoltre: (...) c) roga, su richiesta dell'ente, i contratti nei quali l'ente è parte e autentica scritture private ed atti unilaterali nell'interesse dell'ente*»; è stato così modificato il precedente testo della lett. c) («*può rogare tutti i contratti nei quali l'ente è parte (...)*») che disponeva la “facoltà di rogare”, e non già il dovere da parte del segretario comunale o provinciale. Ma v. nt. prec.

²² Trib. Verona 07/11/2001, in *Giur. mer.*, 2002, 515, e in *Società*, 2002, 577 (legittimo il rifiuto di iscrizione di atto costitutivo di s.p.a. - farmacia comunale - redatto dal segretario comunale).

aggiudicazione definitiva nelle aste e nelle licitazioni private” (v. art. 61, comma 1, D.P.R. 27/02/2003, n. 97) e che l’ufficiale rogante “è tenuto all’osservanza delle norme prescritte per gli atti notarili, ove applicabili” (ivi, comma 2): è allora difficile pensare che il riferimento ai “contratti” non comprenda, nell’intenzione del legislatore, anche il contratto di società. Di tal che appare più ragionevole ritenere che il richiamo al notaio, contenuto nell’art. 2330 c.c., sia stato fatto pensando all’*id quod plerumque accidit*, e senza intenti limitativi²³.

Un secondo problema esegetico riguarda l’estensione o meno allo statuto dell’**obbligo di lettura** dell’atto pubblico, prescritto dalla legge notarile. Tradizionalmente si afferma la soluzione negativa, considerando lo statuto come un allegato dell’atto negoziale. La soluzione è stata confermata, anche dopo la riforma, nelle valutazioni della professione notarile²⁴. Si comprende la ragione pratica della soluzione, ma è difficile attribuire carattere di “allegato” ad un testo (quale è quello dello statuto)²⁵ che, per legge, prevale (in caso di contrasto) rispetto a quello dell’atto costitutivo²⁶. È dunque preferibile la tesi secondo cui l’omissione della lettura anche dello statuto da parte del notaio travolge del vizio di nullità la società stessa (art. 2332, n. 1, c.c.)²⁷.

Infine, là dove sia consentito rogare l’atto pubblico in **lingua straniera** (art. 54 L. 16/02/1913, n. 89, ordin. notar.; art. 38 l. cost. 26/02/1948, n. 4, statuto spec. Valle d’Aosta; art. 30 D.P.R. 15/07/1988, n. 574, att. statuto spec. Trentino Alto

²³ Conf., per la validità dell’atto costitutivo di s.p.a. redatto da un ufficiale pubblico rogante, TASSINARI, Sub art. 2328, cit., 34. *Contra*, nel senso della competenza riservata ai notai, DONATIVI, *La riforma dell’omologazione: profili istruttori e procedurali*, in *Riv. società*, 2001, 1113 ss. (ma v. PAVONE LA ROSA-NIGRO G.L., *Il procedimento di costituzione*, cit., 379 s. e nt. 110, in favore del solo controllo da parte del giudice amministrativo); Comitato Notarile Triveneto, *Massima* A.A.5. Accogliendo la tesi ammissiva, sorge la questione dell’instestazione dei poteri di controllo di legalità sostanziale, propri del notaio, all’ufficio del registro ovvero al tribunale: sul punto, *infra*, in questa Sezione, n. 8, al richiamo della nt. 241.

²⁴ Cfr. AVAGLIANO, *Disposizioni generali*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni*, a cura dell’Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2003, 15. Conf. DE STASIO, Sub artt. 2325-2341, cit., 921; Comitato Notarile Campania, *Massima* n. 1. Altre indicazioni in VIGGIANI, Sub art. 2328, cit., 210 s.; (MEO-PETTITI-RESCIO-)VIGGIANI, *Costituzione*, cit., 106 ss.

²⁵ La contraria e minoritaria tesi che ancora afferma la natura di allegato dello statuto (RESCIO, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, in *Riv. società*, 2005, 783 ss., favorevole all’applicazione allo statuto del regime dell’allegato in senso tecnico, con sua lettura dunque esentabile secondo la disciplina notarile) ha trovato puntuale replica in STELLA RICHTER JR., *La costituzione*, cit., 276 ss.

²⁶ Per l’obbligo di lettura v. anche NTUK, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, a cura di Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2004, I, 74. Nel senso che tale obbligo non ricorra in caso di modificazione statutaria, App. Torino 13/09/1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 288: lo statuto modificato, infatti, non deve necessariamente essere allegato al verbale di modificazione, ma è oggetto di deposito a sé stante.

²⁷ PALMIERI, *La nullità*, cit., 531 s.; ABRIANI (-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI), *op. cit.*, 37; GROSSO P., *L’atto costitutivo e le condizioni per la costituzione*, in *Società per azioni. Costituzione e finanziamento*, a cura di Cottino-Sarale, in *Nuova giur. sist. dir. civ. e comm. Bigiavi*, Torino, 2013, 122.

Adige), si è posto il quesito se la traduzione italiana debba o meno equipararsi alla versione ufficiale dell'atto costitutivo e, in caso positivo, quale criterio adottare là dove emergano vere e proprie antinomie fra i testi pari ordinati. Se può convenirsi sulla pariordinazione dei testi²⁸, la proposta di un criterio interpretativo tipologico discriminante, a favore della lingua che trovi prevalente adozione nella vita della società, lascia invero perplessi per le oscillazioni di significato anche diacronico che verrebbe in tal modo attribuito al regolamento statutario. Sembra allora preferibile proporre la prevalenza del testo in lingua italiana, in ragione del regime di pubblicità obbligatoria legale²⁹, appunto in lingua italiana, cui lo stesso rimane sottoposto; il che sembra confermato dalla disciplina che, in caso di pubblicità facoltativa dell'atto in lingua straniera *ex art. 2250, comma 5, c.c.* (in apposita sezione del registro delle imprese in altra lingua ufficiale dell'Unione europea, con traduzione giurata di un esperto)³⁰, il terzo non possa avvalersene in caso di discordanza dell'atto pubblicato in lingua straniera ove la società riesca a dimostrare che fosse a conoscenza della versione in lingua italiana (art. 2250, comma 6, c.c.)³¹.

4. L'interpretazione degli statuti

Un ulteriore problema di ordine generale riguarda l'interpretazione dell'atto costitutivo e dello statuto.

In proposito, la giurisprudenza è costante nell'affermare che l'interpretazione dev'essere condotta secondo le regole dell'**interpretazione dei contratti**³² (peraltro applicabili anche agli atti unilaterali, compresi quelli di natura pubblicistica): ne consegue che l'interpretazione accolta dal giudice di merito potrà essere cen-

²⁸ Considerando che la sottoscrizione delle parti è per entrambi i testi, *ex art. 54, L. n. 89/1913, cit.* Cfr. ABRIANI (-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI), *op. cit.*, 35, nt. 42.

²⁹ Sul c.d. registro delle imprese multilingue, v. ora art. 2250, comma 5, c.c., che consente l'iscrizione in apposita sezione del registro delle imprese in doppia lingua (v. subito *infra* nel testo); e v., in particolare, il comma 6, secondo cui «*In caso di discordanza con gli atti pubblicati in lingua italiana, quelli pubblicati in altra lingua ai sensi del quinto comma non possono essere opposti ai terzi, ma questi possono avvalersene, salvo che la società dimostri che essi erano a conoscenza della loro versione in lingua italiana*» (cfr. VIGGIANI, *Sub art. 2328, cit.*, 185).

³⁰ In tema, IBBA, *Il registro delle imprese*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2021, 80 s.

³¹ Nel senso che la disciplina consente al terzo di neutralizzare l'efficacia dichiarativa comunque legata all'iscrizione nel registro delle imprese del testo in lingua italiana, salvo che la società dia prova della conoscenza (da intendersi non già come comprensione del testo, ma come acquisizione alla propria disponibilità, ad es., tramite estrazione di visura nella sezione ordinaria del registro, ovvero ricezione al proprio indirizzo dell'atto in lingua italiana), IBBA, *Il registro*, cit., 204 s., che sottolinea come il caso della discordanza possa ben porsi in caso di mancato aggiornamento del testo straniero pubblicato nella sezione speciale a seguito di una modificazione statutaria.

³² V. Cass. civ. 25/06/2009, n. 14901, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 1, 188; Cass. civ. 26/06/2007, n. 14791, in *Giust. civ.*, 2008, 2923; Cass. civ. 13/12/2006, n. 26683; Cass. civ. 15/07/2005, n. 15026.

surata in Cassazione solo in caso di violazione delle norme ermeneutiche sancite dall'art. 1362 c.c., senza che il giudice di legittimità possa sostituirsi a quello di merito nell'interpretazione della clausola statutaria³³.

In quanto atti organizzativi, destinati a incidere su interessi svariati (oltre che su quelli degli investitori originari e dei nuovi soci, anche su quello di terzi), atto costitutivo e statuto (ma pure gli stessi atti di conferimento) di s.p.a. devono essere interpretati, di norma, con i criteri di interpretazione c.d. **oggettiva** dei contratti³⁴, soprattutto in considerazione del carattere tendenzialmente aperto di questo tipo di società³⁵. Prospettiva, questa, che sembra ora confermata dal nuovo disposto dell'art. 2328 c.c., che enuncia il criterio di soluzione dei conflitti endostatutari con prevalenza dello statuto (che raccoglie le regole oggettive di funzionamento) rispetto all'atto costitutivo (che cristallizza la formazione storica delle regole costitutive della società)³⁶.

In questa logica, allora, i criteri di interpretazione c.d. **soggettiva** (art. 1362 c.c.) subiscono in materia di statuti di società di capitali un ridimensionamento del loro ambito di applicazione, imponendosene una riduzione teleologica nella misura in cui appaiano inappropriati rispetto a fenomeni diversi dai contratti di scambio, per i quali sono stati fondamentalmente pensati dal legislatore. A questa

³³ È rimasta estranea alla giurisprudenza (e v., per indicazioni, CALVO, *Dell'interpretazione del contratto. Art. 1362-1372*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2021, 3 ss.) la risalente idea che attribuiva agli statuti natura di norma oggettiva, per argomentarne l'applicabilità dei criteri di interpretazione della legge, anziché delle regole ermeneutiche negoziali: e v. la puntuale critica in AULETTA, *Il contratto di società commerciale* (1937), ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, 2001, I, 45 ss. e nt. 29; analogamente, nell'attuale dottrina, IBBA, *L'interpretazione degli statuti societari fra criteri oggettivi e criteri soggettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 528 s., che correttamente osserva come la tesi sia da respingere anche con riguardo al caso in cui la clausola riproduca una norma vuoi imperativa, vuoi dispositiva; conf., in materia di s.r.l., ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Comm. Schlesinger*, diretto da Busnelli, Milano, 2010, sub art. 2463, 209 s.

³⁴ Cass. civ. 10/12/1996, n. 10970, in *Società*, 1997, 539; più di recente, nel senso che «l'atto di costituzione dell'ente non può essere interpretato secondo la comune intenzione dei contraenti, restando consacrato secondo la volontà che risulta iscritta ed in tal modo portata a conoscenza dei terzi (cfr. Cass. nn. 13234/2011, 10970/1996)», Cass. civ., sez. VI, ord. 14/11/2019, n. 29700. Per l'applicabilità delle regole di cui agli artt. 1367, 1368 e 1369 c.c., ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., sub art. 2463, 217, nt. 31. Isolata l'idea della nullità della clausola "ambigua" in Trib. Casale Monferrato 25/01/1991, in *Riv. notariato*, 1992, 1279, con nota contraria di ANGELICI, che ne sottolinea il contrasto con il criterio di cui all'art. 1367 c.c. In giurisprudenza, per la rilevanza dell'interpretazione complessiva delle clausole ex art. 1363 c.c., Cass. civ. 25/06/2009, n. 14901; Cass. civ. 15/07/2005, n. 15026.

³⁵ Cfr. ANGELICI, *Appunti sull'interpretazione degli statuti di s.p.a.*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 807 ss.; IBBA, *L'interpretazione*, cit., 530 ss.; TOMBARI, *L'interpretazione degli statuti*, in *AA.VV.*, *L'interpretazione degli statuti di società. Profili di ermeneutica giuridica*, in *Diritto Privato*, 2001-2002, Padova, 2003, 477; STELLA RICHTER JR., *La costituzione*, cit., 281.

³⁶ In tal senso, dopo lo spunto in ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. 1, Torino, 2004, 155 ss., STELLA RICHTER JR., *Forma e contenuto*, cit., 281, *Id.*, *La costituzione*, cit., 280 s., e ABRIANI (-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI), *op. cit.*, 39 s.

conclusione si è sostanzialmente pervenuti in dottrina anche in ragione del sistema della pubblicità legale degli statuti, restando inopponibili al terzo di buona fede interpretazioni delle clausole pubblicate, che muovano dalla “comune intenzione” dei dichiaranti originari secondo un significato diverso da quello oggettivamente dato dalla dichiarazione iscritta³⁷.

Si deve però riconoscere, proprio in applicazione del principio di **buona fede**, fondamentale nella disciplina dell’interpretazione dei contratti (art. 1366 c.c.), che i criteri di interpretazione c.d. soggettiva, consistenti nell’impiego di **elementi extratestuali** ricavati dalle trattative condotte dalle parti o dalla prassi applicativa delle clausole negoziali, potranno trovare applicazione quando il conflitto interpretativo insorga (come è ben possibile nelle società “chiuse”) fra soggetti che condividono conoscenza e partecipazione a tali dati extratestuali e l’eventuale controversia metta in gioco esclusivamente interessi di contraenti diretti³⁸. Si potrà quindi, in tal caso, tener conto sia dell’intenzione storica delle parti che hanno negoziato³⁹, sia degli affidamenti da esse reciprocamente creati con i comportamenti successivi⁴⁰. Ricorrerà comunque il limite dell’utilizzo di dati extratestuali solo per risolvere punti equivoci del testo statutario o per superare contraddizioni dello stesso⁴¹, ferma restando l’inaccettabilità di interpretazioni totalmente abrogative di clausole contrattuali, che non potrebbero fondarsi neppure su prassi at-

³⁷ È la tesi proposta in OPPO, *Profili dell’interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 152 s., ricordata da IBBA, *L’interpretazione*, cit., 529 s., e poi ripresa da Cass. civ. 10/12/1996, n. 10970, cit. Conf., GALGANO-ZANELLI, *Sub art. 2328*, cit., 102.

³⁸ Tesi eclettica già in SANTINI, *Sub art. 2475*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1992, 60 (che richiama l’ipotesi della controversia sulla portata di una clausola di prelazione *inter socios*), e, in generale, accolta da SACCO (-DE NOVA), *Il contratto*⁴, II, Torino, 2004, 389, valorizzando il principio di buona fede ex art. 1366 c.c. e segnatamente quello dell’affidamento ad esso collegato. Per riff. di giurisprudenza, GROSSO P., *L’atto costitutivo*, cit., 124 s.

³⁹ Nel senso, invece, dell’irrelevanza sia dei comportamenti precontrattuali, sia dei patti parasociali, ANGELICI, *Appunti*, cit., 817 ss.; SCIUTO, *L’interpretazione dell’atto costitutivo di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 291 ss. Diversamente, nel senso di una possibile rilevanza ermeneutica del materiale parasociale in ragione, sia dell’obiezione che l’art. 1362 c.c. non assegnerebbe in sé rilevanza soltanto ai comportamenti successivi (dove non sarebbe lecito spezzarne la logica: e cfr., sul punto, i rilievi in IRTI, *Testo e contesto: una lettura dell’art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, 114 s.), sia della nuova disciplina pubblicitaria dei patti parasociali stessi, RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano, 2002, 526 ss.

⁴⁰ Cfr. App. Milano 28/11/1997, in *Giur. it.*, 1998, 1201 (interpretazione di clausola statutaria sulla durata in carica degli amministratori di s.r.l., argomentando dalla condotta successiva comune a tutti i soci). In dottrina, per la rilevanza delle sole condotte e dichiarazioni provenienti da organi sociali, e non da soci *uti singuli*, GORLA, *In tema di interpretazione degli statuti sociali*, in *Temi*, 1946, 147 ss., muovendo dal concetto di personalità giuridica (*contra*, ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, Milano, 1953, 326); più modernamente, in senso ammissivo, ANGELICI, *Appunti*, cit., 817 ss.

⁴¹ Cfr. ANGELICI, *Appunti*, cit., 818 s. e nt. 64, che ricorda il precedente di Cass. civ. 13/07/1974, n. 2364, in *Dir. fall.*, 1973, II, 140, ove, in caso di tenore inequivoco della clausola, si esclude il ricorso a materiale “post-statutario”; MARASA, *Le società*, cit., 14 s.

tuative degli organi sociali, stante l'inammissibilità di modificazioni "di fatto" dello statuto⁴².

Contigua al tema dell'interpretazione, pur rimanendone distinta, è la questione se le eventuali (e vere e proprie) **lacune** del regolamento statutario possano essere colmate dall'interprete grazie ad un'applicazione analogica di altre regole dettate sempre dallo statuto, ma per casi simili.

Si tratta di un tema che talora ha trovato in dottrina posizioni favorevoli all'integrazione "analogica" di lacune statutarie con altre previsioni statutarie⁴³, sulla base dell'idea che l'applicazione della tecnica analogica all'interno dello statuto renda miglior servizio alla coerenza delle regole stabilite dai soci. Tuttavia, la via di colmare le lacune statutarie con regole introdotte dai soci per altre fattispecie, in deroga al diritto dispositivo, appare preclusa all'interprete non solo perché in materia societaria l'istanza di certezza (e, quindi, la tutela dei terzi coinvolti dal fenomeno societario) deve ritenersi prevalente rispetto a quello della coerenza negoziale, ma anche e soprattutto perché in presenza di un sistema che prevede espressamente l'integrazione eteronoma delle lacune negoziali con la legge (art. 1374 c.c.), l'integrazione analogica intra-statutaria finirebbe per realizzare assetti in fondo contrari allo stesso "voluto" negoziale⁴⁴. Quanto detto non esclude, però, che l'appropriato ambito di applicazione di una regola statutaria possa ricavarsi, in presenza di una lacuna dello statuto su aspetti rimessi direttamente all'autonomia dei privati, facendo accorto uso del canone di buona fede (artt. 1366, 1375 c.c.)⁴⁵.

⁴² Per l'opportuno suggerimento dell'impiego della coppia di concetti "dati testuali / dati extratestuali", piuttosto che della dicotomia fra interpretazione "oggettiva" e "soggettiva" del contratto, v. SCIUTO, *L'interpretazione*, cit., 277 ss., il quale evidenzia come, ancorché rimanga irrilevante un patto parasociale ai fini dell'interpretazione del regolamento statutario, non se ne possa tuttavia escludere l'emersione quale indice di una situazione di abuso della regola di maggioranza e/o di violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto sociale, ai fini dell'impugnativa della delibera che, pur facendo corretta attuazione della clausola statutaria, finisca per essere strumento di violazione di un patto parasociale (cfr., su quest'ultimo profilo problematico, ANGELICI, *Le basi contrattuali*, cit., 158 s.).

⁴³ Ad es., SCIUTO, *L'interpretazione*, cit., 295 s.; in passato, in senso favorevole, GORLA, *In tema di interpretazione*, cit., 146; ROMANO PAVONI, *op. cit.*, 322 ss.

⁴⁴ Per una valutazione critica della teorica dell'*ergänzende Vertragsauslegung*, cfr., per il nostro diritto, anzitutto, ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 1985, 141 ss.

⁴⁵ Cfr. lo spunto in ANGELICI, *Appunti*, cit., 816, nt. 61, il quale (richiamando l'ipotesi giurisprudenziale ove sia dubbio l'ambito di applicazione di clausole statutarie limitative della circolazione) sottolinea la contiguità del tema con quello dell'applicazione della regola di buona fede ex art. 1366 c.c. Per teoria generale, cfr. FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 264 ss., e BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 4*, Torino, 2003, 9 ss.