
Ancora su atto costitutivo e statuto: il contenuto dell'atto pubblico e l'essenza della funzione notarile

di Gaetano Petrelli

Sommario: 1. Premessa. Le novità della riforma societaria ed i primi orientamenti della dottrina. - 2. Le direttive Cee in materia societaria ed il principio della «interpretazione conforme». - 3. Le indicazioni desumibili dal diritto comparato e comunitario: la nozione di atto pubblico e la disciplina formale di atto costitutivo e statuto. - 4. Il ruolo della *lex loci actus* nel diritto internazionale privato e comunitario. - 5. Il principio di conservazione degli atti normativi e le modificazioni apportate dalla riforma. - 6. Le disposizioni legislative che si riferiscono indifferentemente all'atto costitutivo ed allo statuto. - 7. La prevalenza delle clausole statutarie su quelle contenute nell'atto costitutivo. - 8. La disciplina della nullità delle società per azioni ed il *locus* dell'indicazione degli elementi essenziali della società. - 9. I principi sulla *relatio* nei negozi formali. - 10. La disciplina dell'atto pubblico. Le formalità richieste dalla legge notarile e la disciplina degli allegati: atto pubblico *sui generis*? - 11. Le ragioni dell'atto pubblico notarile nella costituzione delle società di capitali: il controllo di legalità, l'indagine della volontà delle parti, la pubblica fede e l'essenza della funzione notarile. - 12. Segue: la costituzione della società per azioni per pubblica sottoscrizione. - 13. La funzione dell'atto pubblico nel verbale di assemblea: l'efficacia probatoria, la pubblica fede ed il ruolo del notaio nella verbalizzazione delle deliberazioni modificative dello statuto. - 14. Conclusioni.

1. Premessa. Le novità della riforma societaria ed i primi orientamenti della dottrina. - Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ha modificato, come è noto, numerose disposizioni del codice civile riguardanti l'atto costitutivo e lo statuto delle società di capitali e cooperative. Le modifiche hanno investito, innanzitutto, le norme in tema di costituzione delle suddette società (le quali richiedono espressamente la «redazione» per atto pubblico dell'atto costitutivo)⁽¹⁾: nel nuovo art. 2328, ultimo comma, cod. civ. rimane il riferimen-

(1) Mentre i vecchi artt. 2328 e 2475 cod. civ. recitavano «la società deve costituirsi per atto pubblico», oggi gli artt. 2328 e 2463 cod. civ. dispongono che «l'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico»; è rimasta invece invariata la previsione in tema di società cooperative (rispettivamente, nuovo art. 2521, comma 1, e vecchio art. 2518, comma 1, cod. civ.), ove si continua a prevedere che «la società deve costituirsi per atto pubblico». Non sembra che alle discrasie sopra segnalate possa

(segue)

to allo statuto (contenente le «norme relative al funzionamento della società») quale possibile «oggetto di atto separato», ma si rinvencono consistenti modifiche terminologiche rispetto alla precedente stesura: lo statuto «costituisce» (non già «si considera», come prima della riforma) «parte integrante» dell'atto costitutivo; viene ommesso ogni riferimento al concetto di «allegato»; si prevede - per il «caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto» - la prevalenza di queste ultime. In tema di società a responsabilità limitata, il nuovo art. 2463, n. 7, cod. civ. dispone che l'atto costitutivo, da redigersi per atto pubblico, deve indicare, tra l'altro, le «norme relative al funzionamento della società», non menzionandosi più lo «statuto». Riguardo, infine, alle società cooperative, il nuovo art. 2521, comma 4, cod. civ., continua a consentire la redazione dello statuto come «atto separato», e precisa che lo stesso «si considera» (non già «costituisce», come nella società per azioni) parte integrante dell'atto costitutivo⁽²⁾; viene invece eliminata la qualificazione dello statuto come «allegato» dell'atto costitutivo.

Accanto alle suindicate disposizioni, ne esistono poi altre che - coerentemente - modificano la terminologia dei «rinvii», contenuti nei singoli articoli del codice civile, alle norme di funzionamento ed organizzazione (gli articoli, in particolare, che disciplinano le partecipazioni sociali e gli strumenti finanziari, la struttura ed il funzionamento degli organi sociali, le modifiche del contratto sociale, ecc.) nei diversi tipi societari: mentre le previsioni in tema di società per azioni fanno univocamente riferimento allo «statuto», quelle dettate in materia di società a responsabilità limitata (e, in buona mi-

(continua nota 1)

attribuirsi un valore sostanziale, trattandosi probabilmente di difettoso coordinamento tra le diverse parti della novella, «scritte» materialmente da persone diverse nell'ambito della commissione ministeriale di riforma (anche perché non si comprenderebbero le ragioni di un diverso trattamento delle società cooperative, rispetto alle società di capitali). La nuova formulazione letterale, che pone l'accento sull'obbligo di «redazione» in forma pubblica, è stata utilizzata come argomento a favore della qualificazione in termini di forma *ad substantiam* dell'atto pubblico, risolvendo così l'annosa *querelle* sulla rilevanza formale o meramente organizzativa di quest'ultimo: Barba, *Commento all'art. 2332*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino 2003, p. 71.

(2) Ancora una volta, il mancato «allineamento» della terminologia dell'art. 2521 cod. civ., rispetto alle previsioni dell'art. 2328 cod. civ., sembra da ascrivere ad un mero difetto di coordinamento, a cui non può attribuirsi significato in sede di interpretazione delle nuove disposizioni: basti pensare che, mentre al comma 4 si dice che lo statuto «si considera» parte integrante dell'atto costitutivo, al comma 5 si fa riferimento a regolamenti mutualistici che non «costituiscono parte integrante» del medesimo atto costitutivo: sarebbe evidentemente assurda ogni interpretazione che attribuisse al regolamento mutualistico, anche sotto il profilo formale, una disciplina più rigorosa rispetto a quella dello statuto di cooperativa.

sura, quelle in materia di società cooperative) menzionano invece costantemente l'«atto costitutivo»⁽³⁾.

Infine, il nuovo art. 2332, comma 1, n. 3, cod. civ. - nel sancire la nullità della società per il caso di mancanza di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale, o l'oggetto sociale - fa riferimento unicamente all'«atto costitutivo», mentre il vecchio art. 2332, comma 1, n. 5, cod. civ., richiama anche lo «statuto» (consentendo quindi - almeno secondo l'orientamento prevalente - che i suddetti elementi risultassero, indifferentemente, da uno dei suddetti documenti).

Alla luce delle citate modifiche nel corpo della disciplina codicistica delle società di capitali e cooperative, si è posto quindi il dubbio se le modifiche abbiano recepito l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale più rigoroso, che prima della riforma attribuiva natura di «atto pubblico» allo statuto societario, ancorché costituente «atto separato»; ovvero se sussistano ancora argomenti per sostenere, come altra parte della dottrina e giurisprudenza avevano fatto in passato, che lo statuto abbia natura di «allegato in senso tecnico» ai sensi dell'art. 51, n. 8, della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (legge notarile), e quindi sostanzialmente natura di scrittura privata; con attrazione quindi alla disciplina dei suddetti allegati, che comporterebbe tra l'altro la possibile dispensa del notaio dall'obbligo di lettura⁽⁴⁾. Per le società a responsabilità limitata, il dubbio riguarda la possibilità di continuare, o meno, a redigere lo statuto come «atto separato» (come consentito prima della riforma); e, in caso affermativo, se si possa riconoscere allo stesso natura di allegato in senso tecnico e di scrittura privata. Per tutte le società di capitali e cooperative, infine, si pone il problema del «contenuto minimo» del verbale di assemblea, relativamente alle deliberazioni modificative dell'atto costitutivo e dello statuto: occorre, cioè, stabilire se il verbale debba documentare l'integrale contenuto della deliberazione, e quindi il testo completo delle

(3) Cfr. l'elenco dei riferimenti normativi in Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, in *Riv. not.*, 2004, p. 434 ss., note 1 e 2.

L'attenzione del legislatore al profilo terminologico in esame è testimoniata anche dall'ultimo decreto «correttivo» della riforma societaria: l'art. 7 del d. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310, dispone che all'articolo 2346, quarto comma, secondo periodo, del codice civile, le parole «L'atto costitutivo» sono sostituite dalle seguenti: «Lo statuto».

(4) Cfr., per una rassegna delle opinioni dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali anteriori alla riforma, Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 451 ss.

modifiche approvate, o se possa limitarsi a fare rinvio - per il suddetto testo - ad un documento allegato al verbale, contenente lo statuto aggiornato.

In assenza di prese di posizione giurisprudenziali sul punto (le quali, può facilmente immaginarsi, non saranno numerose, posto che la soppressione dell'omologazione giudiziaria, operata con l'art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340, ha eliminato - salvo che nei rari casi di rifiuto di iscrizione da parte del notaio - ogni intervento preventivo della magistratura nella fase costitutiva delle società di capitali), nella dottrina *post* riforma si sono manifestati orientamenti contrapposti, con una singolare spaccatura tra la dottrina «accademica» da un lato, e la dottrina «notarile» dall'altro: mentre la prima appare univocamente schierata a favore della natura di «atto pubblico» dello statuto di società di capitali⁽⁵⁾, la dottrina di parte notarile è divisa tra chi riconosce allo statuto detta natura di atto pubblico⁽⁶⁾, ed una maggioranza di autori che, invece, continuano a qualificarlo come scrittura privata, attratta a tutti gli effetti al regime degli allegati in senso tecnico⁽⁷⁾.

(5) Sostengono, dopo la riforma, la natura di atto pubblico dello statuto di società per azioni, Stella Richter Jr., *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 1*, Torino 2004, p. 176 ss.; Palmieri, *La nullità della società per azioni*, *ibidem*, p. 531 ss.; Associazione Preite, *Il diritto delle società*, Bologna 2004, p. 56; Capiello, *Commento all'art. 2328*, in *Codice commentato delle nuove società*, a cura di Bonfante, Corapi, Marziale, Rordorf e Salafia, Milano 2004, p. 35; Paolucci, *Le società cooperative dopo la riforma*, Milano 2004, p. 82; Loffredo, *Commento all'art. 2463*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Nicolini e Stagno d'Alcontres, II, Napoli 2004, p. 1413; Libertini, *Costituzione e conferimenti*, in *La riforma del diritto societario. Le riflessioni del notariato*, Milano 2004, p. 33 ss.; Ntug, *Commento all'art. 2328*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna 2004, p. 74-75; Galgano, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 76; Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, cit., p. 18; Id., *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, p. 285; Di Sabato, *Diritto delle società*, cit., p. 144; Ceccherini-Schirò, *Società cooperative e mutue assicuratrici (artt. 2511-2548 cod. civ.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, p. 59 ss.; Santosuosso, *La riforma del diritto societario*, Milano 2003, p. 32. Parla di «identità di natura giuridica» tra atto costitutivo e statuto Montagnani, *Commento all'art. 2328*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino 2003, p. 38.

(6) Nella dottrina «notarile», per la natura di atto pubblico dello statuto societario, dopo la riforma, cfr. Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 440 ss.; Laurini, *Atto costitutivo, statuto e «funzione pubblica»*, in *Notariato*, 2004, p. 342; Casu, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, Studio n. 4885 del Consiglio Nazionale del Notariato in data 25 marzo 2004, in *Gazz. not.*, 2004, p. 55; Trimarchi, *Le nuove società cooperative*, Milano 2004, p. 52.

(7) Ritengono, nell'ambito della dottrina «notarile», applicabile allo statuto di società di capitali la disciplina dettata dalla legge notarile sugli allegati in senso tecnico, negandone la natura di atto pubblico, Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 783; Tondo, *Sul possibile rapporto formale fra atto costitutivo e statuto nelle S.p.A.*, in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2005, I, p. 291; Alessandrini Calisti, *L'allegazione dello statuto all'atto costitutivo della società a responsabilità limitata*, in *Riv. not.*, 2004, p. 411; Marmocchi, *La discussa natura dello statuto allegato*, in *Riv. not.*, 2004, p. 811; Guglielmo, *Atto costitutivo e statuto di s.r.l. dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2004, p. 975; Genghini, *Il nuovo diritto societario, II - Gli*

(segue)

Chi scrive ha, in altra sede, espresso il proprio convincimento che le nuove disposizioni abbiano definitivamente chiarito la natura di atto pubblico dello statuto societario⁽⁸⁾. Rinviando a quanto già scritto per l'articolazione delle motivazioni a sostegno di tale tesi, può in questa sede sinteticamente evidenziarsi:

– il carattere decisivo della lettera delle nuove disposizioni, che sono state emanate a seguito di un articolato dibattito dottrinale e di un altrettanto variegato contrasto giurisprudenziale, sviluppatosi anteriormente alla riforma; in quel contesto proprio i riferimenti all'«allegato», ed il richiamo dello statuto nel testo del vecchio art. 2332, n. 5, cod. civ., erano stati utilizzati come argomenti al fine di sostenere la natura di scrittura privata e l'applicabilità della disciplina degli allegati riguardo al documento statutario;

– la *ratio* della qualificazione dell'atto pubblico in termini di «forma» per la costituzione delle società di capitali, rinvenibile nella complessa funzione di adeguamento svolta dal notaio alla luce non solo dell'art. 28, n. 1, della legge notarile (controllo di legalità), ma anche dell'art. 47, ultimo comma, di detta legge (che, imponendo al notaio l'indagine della volontà delle parti e la direzione della compilazione integrale dell'atto, consente di confezionare un documento munito di caratteristiche di certezza, univocità e piena efficacia probatoria, sì da rappresentare la migliore garanzia per i terzi che entreranno in contatto con la società-persona giuridica); funzione di adeguamento che esplica i propri benefici effetti soprattutto con riferimento alle norme dello statuto, che sono quelle che più interessano i suddetti terzi;

– la più pregnante caratterizzazione del controllo di legalità nell'atto pubblico (ove tale controllo avviene «in positivo», mediante un corretto incasellamento della «volontà grezza» delle parti nelle norme giuridiche astratte), rispetto a quello avente ad oggetto una eventuale scrittura privata allegata (nella quale, al pari che nella scrittura privata autenticata, il controllo di legalità avviene «in negativo», limitatamente all'espunzione delle clausole ed in genere delle previsioni contrattuali espressamente proibite dalla legge);

(continua nota 7)

statuti delle nuove società di capitali, Padova 2004, p. 594 ss.; SEPE, *Commento all'art. 2328, in Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, I, Napoli 2004, p. 58; Trinchillo, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, in *Gazz. not.*, 2004, p. 140; Condò, *La verifica formale degli atti societari e la responsabilità disciplinare e professionale del notaio*, in *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di Bortoluzzi, Torino 2004, p. 597 ss.; Tassinari, *L'atto costitutivo, la disciplina dei conferimenti e la loro efficacia*, *ibidem*, p. 41, e nota 5.

(8) Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 440 ss.

– i principi in tema di *relatio* nei negozi solenni, che impediscono di «estrapolare» dal corpo dell'atto pubblico gli elementi dei quali la legge impone la «determinazione» nel contesto dell'atto formale: considerato che le norme di funzionamento della società rappresentano il «cuore» stesso della regolamentazione contrattuale in sede di costituzione del nuovo ente, e che esse non possono essere certamente assimilate all'oggetto, inteso quale «punto di riferimento esterno» della volontà contrattuale, per il quale la legge ammette la semplice determinabilità (art. 1346 cod. civ.), ed in relazione al quale è ammessa la *relatio* anche nei negozi formali (cfr. l'art. 782, comma 1, cod. civ.);

– l'evidente incongruenza dell'opposta diversa tesi, che implicherebbe la prevalenza delle clausole, contenute in una mera scrittura privata allegata (che potrebbe essere predisposta da terzi o da una sola delle parti senza alcuna garanzia di imparzialità, e di corrispondenza di quanto in essa documentato alla reale volontà dei soci), rispetto a quelle contenute nell'atto pubblico (caratterizzato, al contrario, da consistenti garanzie di una corretta formazione della volontà delle parti grazie all'intervento del notaio, terzo imparziale, ed all'applicabilità di numerose norme della legge notarile a garanzia del corretto svolgimento del «procedimento» notarile).

Per altro verso, chi scrive ha sostenuto l'inammissibilità nelle società a responsabilità limitata, a seguito della riforma, dello «scorporo» delle norme di funzionamento della società dall'unico contesto documentale rappresentato dall'atto pubblico costitutivo⁽⁹⁾, evidenziando:

(9) Anche su questo punto la dottrina, successivamente alla riforma, si è divisa:

Per la necessaria incorporazione nell'atto costitutivo delle norme di funzionamento della s.r.l., cfr. Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 456 ss.; Loffredo, *Commento all'art. 2463*, cit., p. 1414; Loffredo, *La struttura dell'atto costitutivo e il sistema delle clausole*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di Farina, Ibba, Racugno e Serra, Milano 2003, p. 15 ss. (con qualche apertura per la possibilità di allegazione riguardo ad elementi meramente accessori, peraltro di difficile configurazione); Bertuzzi, *Società per azioni (artt. 2325-2345 cod. civ.)*, in *La riforma del diritto societario*, cit., p. 57 ss.; Di Pace, *Le problematiche della disciplina della s.r.l. tuttora aperte all'indomani del d.lgs. n. 37/2004*, in *Società*, 2004. Propende per la tesi più rigorosa anche Magliulo, *La costituzione della società*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, Ipsoa, Milano 2003, p. 36 ss.

Affermano la possibilità di redigere lo statuto di s.r.l. quale documento separato, da allegare all'atto costitutivo (pur sottolineandone la natura «pubblica», e quindi l'applicabilità delle regole di forma proprie degli atti pubblici), Salanitro, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano 2005, p. 11 ss.; Laurini, *Atto costitutivo, statuto e «funzione pubblica»*, cit., p. 342; Reviglione, *La responsabilità dei soci e la costituzione della s.r.l.*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano 2004, p. 39 ss.; Associazione Preite, *Il diritto delle società*, cit., p. 255 ss.; Manzo, *Società a responsabilità limitata (artt. 2462-2483 cod. civ.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano

(segue)

– la differente previsione dell'art. 2463, n. 7, cod. civ., rapportata alla previsione dell'"atto separato», eccezionalmente consentita dagli artt. 2328 e 2521 cod. civ.;

– la cura, impiegata dal riformatore, nell'eliminare tutti i riferimenti allo «statuto» nella disciplina della società a responsabilità limitata, sostituendoli con altrettanti riferimenti all'"atto costitutivo»;

– l'accentuata personalizzazione del «tipo» societario a responsabilità limitata, e la rilevanza centrale assunta dal socio in tale contesto (conformemente alle previsioni della legge delega), che giustificano una «valutazione legale tipica» nella quale non vi è posto per un documento «standardizzato» estraneo al contesto dei patti intercorsi tra i soci fondatori; tra i quali patti ve ne sono alcuni in particolare (diritti particolari dei soci, clausole di recesso ed esclusione, e simili) che mal tollerano una qualsiasi «personalizzazione».

Alcuni recenti contributi dottrinali suggeriscono ora un nuovo intervento, mirato ad approfondire alcuni specifici snodi del percorso argomentativo come sopra tracciato (per la cui compiuta comprensione deve, comunque, rinviarsi allo scritto già citato); e, nel contempo, per evidenziare ulteriori argomenti che depongono - in modo univoco ed incontrovertibile, ad avviso di chi scrive - per la natura di atto pubblico dello statuto delle società di capitali e cooperative.

2. Le direttive CEE in materia societaria ed il principio della «interpretazione conforme». - Sebbene non siano stati considerati nei primi commenti alla riforma, assumono un rilievo determinante - nella soluzione dei problemi sopra evidenziati, i principi del diritto comunitario. Come è noto, i principi e le norme del diritto comunitario devono costituire il primo «faro», per l'interprete che si accinge ad esplorare il significato della legge na-

(continua nota 9)

2003, p. 31 ss.; Corsi, *Le nuove società di capitali*, Milano 2003, p. 226; Casu, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 63 ss., 75 ss.

Ritiene che allo statuto allegato si applichi la previsione di lettura necessaria, ma non le altre norme sull'atto pubblico, Guglielmo, *Atto costitutivo e statuto di s.r.l. dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 975 ss.

Affermano, invece, l'integrale applicabilità allo statuto di s.r.l. delle norme sugli allegati in senso tecnico all'atto notarile, Marciano, *I processi decisionali dei soci e le modifiche statutarie nella s.r.l.*, in *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di Bortoluzzi, cit., p. 91 ss.; Condò, *La verifica formale degli atti societari e la responsabilità disciplinare e professionale del notaio*, cit., p. 603 ss.; De Donno, *Commento all'art. 2463*, in *Codice commentato delle nuove società*, cit., p. 1009; Busani, *S.r.l.*, Milano 2003, p. 111; Avagliano, *Il nuovo diritto societario*, in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano 2003, p. 312.

zionale. Ciò è stato chiarito, in via generale, all'esito di un percorso che ha condotto prima la Corte di Giustizia della Comunità europea, e poi la giurisprudenza italiana, ad elaborare il principio di «interpretazione conforme» della normativa nazionale alle direttive comunitarie: alle disposizioni normative contenute in fonti del diritto interno, anche di data anteriore alle norme comunitarie, l'interprete non può attribuire un significato diverso da quello risultante dalla lettera e dallo scopo delle direttive, e più in generale delle fonti normative comunitarie⁽¹⁰⁾. Ciò discende dalla sovraordinazione gerarchica delle norme comunitarie rispetto a quelle interne, e comporta la necessità di un'interpretazione «adeguatrice», conforme alla lettera ed al significato della fonte sovraordinata, ogni qualvolta le disposizioni della legge nazionale si prestino a più di una interpretazione⁽¹¹⁾. Mentre, nel caso in cui la disposizione di grado inferiore sia irrimediabilmente in contrasto con quella di grado superiore, il giudice non può che disapplicare la prima a vantaggio della seconda⁽¹²⁾. A ciò si aggiunge il fatto che - con riferimento al caso estremo in cui l'interpretazione adeguatrice non sia possibile, e la diret-

(10) Cfr., tra le altre, Corte Giustizia CE 22 maggio 2003 n. 462/99, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, p. 478; Corte giustizia CE 5 ottobre 2004 n. 397/01-403/01, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 23; Corte giustizia CE 27 giugno 2000, n. 240, 241, 242, 243, 244/98, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 413; Corte Giustizia CE 13 novembre 1990, n. 106/89, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 173. In dottrina v., tra i tanti, Rossi, *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XII, Torino 1997, p. 367; Fois, *Rapporti tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma 1991; Ronchetti, *Obiettivo applicazione uniforme: contraddizioni e discriminazioni nella giurisprudenza comunitaria sulle direttive non trasposte*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1998, p. 436 ss. Per quanto specificamente concerne le direttive in materia societaria, cfr. Borgioli, *La nullità della s.p.a.*, Milano 1977, p. 121 ss., 358; Di Marco, *Armonizzazione delle normative in materia societaria nella Comunità Europea*, in *Impresa e società - Nuove tecniche comunitarie*, Milano 1992; Salafia, *L'attuazione delle direttive CEE in materia societaria*, in *L'attuazione delle direttive CEE in materia societaria*, Milano 1988; Pesce, *Società (direttive comunitarie in materia di)*, in *Novissimo dig. it., Appendice*, VII, Torino 1987, p. 290.

Si è evidenziato che l'obbligo di interpretazione conforme vale per tutti gli organi degli Stati membri, nessuno escluso; e che essa si impone anche nei rapporti tra privati: Maccarrone, *Le fonti del diritto privato di origine comunitaria*, in *Riv. not.*, 2005, p. 978. Si è anche rilevato che il canone dell'interpretazione conforme può essere utilizzato per l'interpretazione delle norme nazionali d'attuazione di una direttiva anche se questa non è così precisa e incondizionata da giustificare il riconoscimento della sua efficacia diretta: Daniele, *Novità in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuate*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 173.

(11) Sull'interpretazione adeguatrice, al fine di rendere conforme la norma interpretata alle norme gerarchicamente sovraordinate, in omaggio al principio di conservazione degli atti normativi, cfr. per tutte Corte Cost. 25 ottobre 2000 n. 440, in *Foro it.*, 2001, I, c. 40; Corte Cost. 25 giugno 1996 n. 216, in *Nuovo dir.*, 1996, p. 893; Cass. 22 giugno 1983 n. 4272, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1798. In dottrina, cfr. da ultimo Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, e ora continuato da Schlesinger, Milano 2004, p. 173 ss.

(12) Corte Giustizia CE 18 settembre 2003 n. 125/01, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 537; Brunelli, (segue)

tiva comunitaria abbia un contenuto dettagliato e sufficientemente preciso - si è affermato un indirizzo giurisprudenziale che ammette l'applicazione diretta della direttiva comunitaria, quantomeno nei rapporti tra i privati e lo Stato membro (ed i suoi organi, tra i quali, per quanto specificamente qui interessa, rientrano ad esempio l'ufficio del registro delle imprese, ed anche il notaio, in quanto esercente pubbliche funzioni)⁽¹³⁾.

Per quanto specificamente concerne la riforma societaria, poi, il principio dell'applicazione conforme al diritto comunitario è stato sancito espressamente dalla legge 3 ottobre 2001, n. 366 (legge delega per la riforma del diritto societario), all'art. 1, comma 2 («nel rispetto ed in coerenza con la normativa comunitaria»), ed all'art. 7, lett. a), a proposito delle operazioni straordinarie («nel rispetto, per quanto concerne le società di capitali, delle direttive comunitarie»). Ciò significa che eventuali disposizioni del decreto legislativo n. 6/2003, che fossero irrimediabilmente contrastanti con il diritto comunitario, sarebbero da considerarsi emanate in «eccesso di delega»⁽¹⁴⁾, e quindi costituzionalmente illegittime; mentre, nel caso di dubbio interpretativo, dovrebbe comunque privilegiarsi l'interpretazione conforme ai principi della legge delega.

Occorre allora chiedersi: esiste, nel diritto comunitario, una disciplina della fase costitutiva e modificativa delle società di capitali, che possa servire di orientamento all'interprete? La risposta è affermativa.

Viene in considerazione, innanzitutto, la prima direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968 (intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società a mente dell'articolo 58 - ora articolo 48, a seguito del Trattato di Maastricht - secondo comma, del Trattato istitutivo della Comunità europea, per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi). L'art. 48, comma 2, del Trattato CE, si riferisce a tutte le società con scopo di lucro, comprese le società cooperative; mentre l'art. 1 della prima direttiva ricomprende, nell'ambito di applicazione di quest'ultima, solo le società per azioni, società in accomandita per azioni, e società a responsabilità limitata.

(continua nota 12)

«Che fare?». Il giudice ordinario di fronte alle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario, in *Studium iuris*, 2004, p. 185.

(13) Cfr. Cass. 20 novembre 1997 n. 11571, in *Foro it.*, 1998, I, c. 444; Cons. Stato 18 gennaio 1996 n. 54, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1191; Torresi, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, IV, Padova 2003, p. 644.

(14) Cfr. sul punto Tassinari, *I conferimenti e la tutela dell'integrità del capitale sociale*, in *Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma*, Milano 2003, p. 47 ss.

L'art. 2, lett. *a*), della prima direttiva dispone che gli obblighi pubblicitari riguardano «l'atto costitutivo e lo statuto, se quest'ultimo forma oggetto di atto separato»: non vi è, quindi, alcun obbligo per il legislatore nazionale, in base alle norme comunitarie, di predisporre lo statuto come documento separato, ma solo una mera facoltà in tal senso.

Fondamentale risulta la disposizione contenuta nell'art. 10 della prima direttiva: «in tutti gli Stati membri la cui legislazione non preveda, all'atto della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario, l'atto costitutivo e lo statuto della società e le loro modifiche devono rivestire la forma di atto pubblico». La disposizione si preoccupa, come è noto, di assicurare il controllo preventivo di legalità sugli atti costitutivi e modificativi delle società di capitali, da garantirsi, in alternativa, dall'autorità giudiziaria o amministrativa, ovvero dal notaio che redige l'atto pubblico. La nozione di «atto pubblico» contenuta nella direttiva è chiaramente quella comunitaria, dovendosi tener conto, ovviamente, delle sole legislazioni europee che conoscono tale istituto⁽¹⁵⁾. Nozione comunitaria che, peraltro, non si discosta da quella conosciuta dal legislatore italiano, come dimostra - oltre alla giurisprudenza ed alla recente normativa comunitaria sul punto⁽¹⁶⁾ - anche l'indagine comparatistica, relativa agli ordinamenti degli Stati membri della Comunità europea, che evidenzia come la disciplina dell'atto pubblico presupponga, in tutti i detti Stati, sia il controllo preventivo di legalità che l'indagine della volontà delle parti, e la formazione dell'atto ad opera del notaio (v., su ciò, il paragrafo seguente).

In Italia, come è noto, fino al 2000 il disposto della direttiva comunitaria doveva ritenersi attuato a mezzo del controllo omologatorio da parte del

(15) Va in tal senso corretta l'affermazione di Sciuto, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrिवibilità nella costituzione delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1225, che ritiene rilevanti - sia pure ai fini del controllo e non sotto il profilo formale - anche le «varie figure cui è istituzionalmente devoluto il compito di formare l'atto pubblico negli ordinamenti estranei alla tradizione del c.d. notariato latino»; senza considerare che in quegli ordinamenti non esiste affatto l'istituto e la nozione di atto pubblico (tant'è vero che il controllo è quello amministrativo o giudiziario).

Non si può non tener conto, del resto, che all'epoca dell'emanazione della prima direttiva comunitaria, di cui si discorre, il concetto di atto pubblico teneva conto, evidentemente, della nozione di esso conosciuta dagli ordinamenti degli Stati allora membri, tra i quali non erano compresi i paesi anglosassoni: cfr. sul punto Borgioli, *La nullità della società per azioni*, cit., p. 135 ss.

(16) Cfr. in particolare l'art. 4 del Regolamento CE n. 805/2004 del 21 aprile 2004, che definisce come atto pubblico «qualsiasi documento che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico e la cui autenticità: *i*) riguardi la firma e il contenuto e *ii*) sia stata attestata da un'autorità pubblica o da altra autorità a ciò autorizzata dallo Stato membro di origine». Nel medesimo senso, Corte Giustizia CE 17 giugno 1999, Causa C-260/97 (c.d. sentenza Unibank), in *Notariato*, 2000, p. 217.

giudice: di conseguenza non poteva rilevare - quale possibile violazione della direttiva comunitaria - un'eventuale disciplina nazionale che prevedesse la natura di scrittura privata dello statuto societario. La situazione è profondamente cambiata con l'art. 32 della legge n. 340/2000: l'eliminazione del controllo giudiziario ha «attivato» senz'altro la seconda alternativa, prevista dall'art. 10 della prima direttiva («l'atto costitutivo e lo statuto della società e le loro modifiche devono rivestire la forma di atto pubblico»). Il legislatore comunitario ha evidentemente ritenuto - sulla base di una «valutazione legale tipica», basata sull'analisi comparata dei diversi ordinamenti europei - che un adeguato controllo di legalità possa essere assicurato, in alternativa all'autorità giudiziaria od amministrativa, solo mediante l'atto pubblico (non ritenendo sufficiente la mera autenticazione di sottoscrizioni⁽¹⁷⁾). E - circostanza che più importa in questa sede - ha imposto la forma pubblica anche per le norme di funzionamento, contenute nello statuto societario (che quest'ultimo formi, o meno, oggetto di atto separato). *A fronte di una disposizione così chiara ed univoca, non è oggi in alcun modo consentito all'interprete escludere la natura di atto pubblico dello statuto, senza contravvenire al principio dell'interpretazione conforme al diritto comunitario.*

Proseguendo nell'analisi, l'art. 11 della prima direttiva dispone, alla lettera a) del comma 1, che la nullità della società può essere dichiarata, tra l'altro, in caso di inosservanza delle formalità relative al controllo preventivo o «della forma di atto pubblico». La dottrina ha chiarito che la disciplina dell'art. 11 individua il «perimetro massimo» all'interno del quale collocare le previsioni di nullità della società di capitali, ma non obbliga il legislatore nazionale a prevedere «tutte» le cause di nullità contemplate nel medesimo art. 11⁽¹⁸⁾. In altri termini, al legislatore nazionale è precluso dettare una discipli-

(17) Occorre, infatti, tener conto del fatto che in alcuni ordinamenti europei il pubblico ufficiale che si limiti ad autenticare le sottoscrizioni apposte ad una scrittura privata non deve effettuare controlli di legalità, né verifiche relative ai poteri di rappresentanza delle parti: cfr., ad esempio, l'art. 79 della legge notarile austriaca del 25 luglio 1871 (sul cui modello, v. ora il § 74 della legge notarile ceca n. 358 del 7 maggio 1992; e l'art. 77 della legge croata sul notariato, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 78/93; gli artt. 64 e 65 della legge sul notariato slovena del 21 febbraio 1994). In altri ordinamenti (ad esempio, Francia, Belgio e Lussemburgo) non vi è neanche una disciplina legislativa dell'autenticazione delle firme di scritture private. In altri, come l'Italia, pur in presenza di un orientamento prevalente che ritiene dovuto il controllo di legalità anche nelle scritture private autenticate, non mancano opinioni in senso opposto (cfr. riferimenti in Casu, *Scrittura privata autenticata*, in *Dizionario enciclopedico del notariato, Aggiornamento*, V, Roma 2002, p. 583 ss.).

(18) Cfr. per tutti Ferri, *Disarmonie della legge di armonizzazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 169 («Scopo della direttiva era quello di limitare le cause di nullità, non certo quello di imporre cause di nullità che non fossero già previste nel diritto interno di un determinato paese»). Nel medesimo senso, cfr. la Relazione al d.lgs. n. 6/2003, *sub art.* 2332.

na «più rigorosa» delle cause di nullità, rispetto a quella tracciata dal legislatore comunitario, non invece una disciplina «meno rigorosa», che sarebbe assolutamente legittima. Il che significa, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, che la disposizione contenuta nell'art. 11, comma 1, lett. a), della prima direttiva non rende in alcun modo illegittima la previsione dell'art. 2332 cod. civ., nella parte in cui non sancisce espressamente la nullità della società per la mancata stipulazione dello «statuto» in forma di atto pubblico, riferita all'art. 2332 cod. civ., né vincola l'interprete ad intendere il n. 1) dell'art. 2332 («mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico») in senso necessariamente conforme alla direttiva: la questione, in definitiva, è rimessa all'interpretazione delle norme interne.

L'art. 11, comma 1, lett. c), della prima direttiva, stabilisce che la nullità può essere prevista, dalla legislazione nazionale, in caso di «*mancanza, nell'atto costitutivo o nello statuto, di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sottoscritto, o l'oggetto sociale*». Qui la questione si pone in termini diversi, rispetto all'interpretazione della lettera a). Nel ritenere sufficiente che le indicazioni richieste siano contenute, alternativamente, nell'atto costitutivo o nello statuto, la direttiva comunitaria individua, certamente, un «limite» invalicabile dal legislatore nazionale, nel senso che *impedisce una disciplina nazionale della nullità «più rigorosa» rispetto a quella comunitaria⁽¹⁹⁾, che ad esempio prenda il necessario inserimento degli elementi essenziali nel solo atto costitutivo*.

Nello stesso senso si muove, del resto, la disciplina contenuta nella seconda direttiva 77/91/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1976 (intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società di cui all'articolo 58 - ora art. 48, dopo il Trattato di Maastricht - secondo comma, del Trattato istitutivo della Comunità europea, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa). Nell'ambito dei *consideranda* della direttiva, si precisa che «*lo statuto o l'atto costitutivo della società per azioni deve permettere agli interessati di conoscere gli elementi essenziali di tale società, in particolare l'esatto ammontare del suo capitale*». L'art. 2 dispone che «*lo statuto o*

(19) Nel senso che «il giudice nazionale cui è sottoposta una controversia in una materia che rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 68/151 deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva al fine di impedire la dichiarazione di nullità di una società per azioni per una causa diversa da quelle elencate all'art. 11», Corte Giustizia CE 13 novembre 1990, n. 106/89, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 173.

L'atto costitutivo della società devono contenere», tra l'altro, il tipo e la denominazione della società, l'oggetto ed il capitale sociale sottoscritto, la durata; il successivo art. 3 dispone che «*lo statuto o l'atto costitutivo o un documento separato* che formi oggetto di una pubblicità eseguita secondo le modalità previste nella legislazione di ogni Stato membro in conformità all'articolo 3 della direttiva 68/151/CEE, *deve contenere*», tra l'altro, le indicazioni relative alla sede sociale ed al capitale sottoscritto e versato. Tutte queste indicazioni devono certamente essere interpretate nel senso che, *in base alla legislazione comunitaria, è certamente possibile l'indicazione degli elementi essenziali della società di capitali nello statuto (in alternativa al loro inserimento nell'atto costitutivo)*. Ogni diversa interpretazione delle norme nazionali sul punto si porrebbe in irrimediabile contrasto con le previsioni del diritto comunitario, e sarebbe quindi illegittima. Ergo, la nuova disposizione contenuta nell'art. 2332, n. 3, cod. civ., deve essere interpretata nel senso dell'*equipollenza dei due documenti* (atto costitutivo e statuto) ai fini delle indicazioni di cui si tratta⁽²⁰⁾. Ma di ciò si dirà più ampiamente nel prosieguo, valutandone le inevitabili implicazioni sistematiche.

Infine, anche le direttive comunitarie sulla fusione e scissione delle società per azioni si pongono nella medesima linea della disciplina sopra descritta⁽²¹⁾.

(20) Nel senso indicato nel testo (equipollenza di atto costitutivo e statuto al fine delle indicazioni obbligatorie a pena di nullità della società) depongono, del resto, anche altre previsioni della prima direttiva CEE. L'art. 2, alla lettera e), stabilisce che le misure pubblicitarie devono indicare, «almeno una volta l'anno, l'importo del capitale sottoscritto, quando l'atto costitutivo o lo statuto menzionano un capitale autorizzato, a meno che ogni aumento del capitale sottoscritto comporti una modifica dello statuto». L'art. 9, comma 1, dispone che «gli Stati membri possono stabilire che la società non sia obbligata quando tali atti superano i limiti dell'oggetto sociale, se essa prova che il terzo sapeva che l'atto superava detti limiti o non poteva ignorarlo, considerate le circostanze, essendo escluso che la sola pubblicazione dello statuto basti a costituire tale prova».

(21) A norma dell'art. 23, comma 3, della terza direttiva 78/855/CEE del Consiglio, del 9 ottobre 1978, «il progetto di fusione e, se formano oggetto di atti separati, l'atto costitutivo o il progetto dell'atto costitutivo e lo statuto o il progetto di statuto della nuova società devono essere approvati dall'assemblea generale di ciascuna delle società che si estinguono». Ai sensi dell'art. 16 della medesima direttiva, se la legislazione di uno Stato membro non prevede per le fusioni un controllo preventivo di legittimità, giudiziario o amministrativo, ovvero se tale controllo non verte su tutti gli atti necessari alla fusione, i *verbali* delle assemblee generali che deliberano la fusione e, se del caso, il *contratto* di fusione posteriore alle assemblee generali devono farsi per *atto pubblico*. Se la fusione non deve essere approvata dalle assemblee generali di tutte le società partecipanti alla fusione, il *progetto di fusione* deve farsi per *atto pubblico*. Il notaio o l'autorità competente a redigere l'atto pubblico deve verificare e certificare l'esistenza e la legittimità degli atti e delle formalità che devono essere compiuti dalla società presso la quale egli esplica la propria funzione nonché del progetto di fusione. Ai sensi dell'art. 7, la deliberazione verte sull'approvazione del progetto di fusione e sulle eventuali modifiche dell'atto costitutivo rese necessarie dalla realizzazione della fusione; prevedendosi altresì che, se del caso, si applicano le regole relative alle modifiche dell'atto costitutivo. Tutte disposizioni che evidenziano come

(segue)

In definitiva, la disciplina comunitaria è univoca nel richiedere la forma dell'atto pubblico non solo per l'atto costitutivo, ma anche per lo statuto che costituisce «atto separato»; e nel ritenere equipollenti i due documenti ai fini delle indicazioni essenziali da prevedersi a pena di nullità. Ciò può già essere ritenuto decisivo, ai fini che ci occupano: la prova dell'assunto di partenza (natura di atto pubblico dello statuto societario) non dovrebbe necessitare quindi di ulteriori dimostrazioni. Tuttavia, l'approfondimento e la confutazione di alcune obiezioni, poste da una parte della dottrina alla ricostruzione sopra effettuata, appaiono comunque utili al fine di evidenziare alcuni principi generali della materia, che risulteranno poi indispensabili ai fini di una compiuta esposizione della disciplina della fattispecie in esame.

3. Le indicazioni desumibili dal diritto comparato e comunitario: la nozione di atto pubblico e la disciplina formale di atto costitutivo e statuto.

- In dottrina si è evidenziato che la configurazione dello statuto come atto separato è «in linea con quanto previsto in alcuni ordinamenti stranieri, sì da risultare familiare ai sempre più frequenti soci esteri di società di capitali italiane»⁽²²⁾; si indica, in particolare, la disciplina delle *companies* anglosassoni, nelle quali trova riscontro - sia a livello normativo che di prassi - la distinzione tra *memorandum* (atto costitutivo) ed *articles of association* (statuto). L'indagine comparatistica evidenzia, peraltro, che a tale articolazione documentale non corrisponde, negli ordinamenti europei, una diversa disciplina formale.

Il panorama normativo sul punto appare, in linea generale, alquanto variegato: a fronte di ordinamenti che, come quello italiano, prevedono la forma pubblica per la costituzione della società (ad es., Germania, Olanda, Belgio, Lussemburgo, Spagna, Portogallo, Austria, Svizzera)⁽²³⁾, ne esistono altri in cui la forma pubblica - pur conosciuta da detti ordinamenti in linea generale - non è richiesta ai fini della costituzione di società di capitali (è il

(continua nota 21)

l'atto pubblico debba assicurare «copertura» alle fasi essenziali del procedimento di fusione, ivi compresa l'adozione del nuovo statuto sociale. La mancanza dell'atto pubblico può comportare nullità della fusione, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. b), della terza direttiva.

Le medesime disposizioni sono richiamate, a proposito delle scissioni di società per azioni, all'art. 22, comma 3, all'art. 19, comma 1, lett. b), ed all'art. 14 della sesta direttiva 82/891/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1982.

(22) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 786.

(23) Cfr. Petrelli, *Formulario notarile commentato*, III, 2, Milano 2003; ID., *Formulario notarile commentato*, III, 3, Milano 2003.

caso della Francia). Ed altri ordinamenti ancora in cui non esiste neanche l'istituto dell'atto pubblico, inteso come atto formato da un pubblico ufficiale ed avente forza probatoria privilegiata (Inghilterra e Galles, Scozia, Irlanda, Danimarca, Svezia, Finlandia)⁽²⁴⁾. In questi ultimi sistemi giuridici non è neanche conosciuto il concetto di prova legale, su cui si fonda, invece, l'istituto dell'atto pubblico; e non esiste una figura assimilabile a quella del notaio «latino», pubblico ufficiale che è nel contempo libero professionista e giurista altamente specializzato, tra l'altro, anche nella materia societaria, il cui intervento nella fase costitutiva ed in quella modificativa delle società di capitali può utilmente surrogare il controllo preventivo dell'autorità giudiziaria od amministrativa⁽²⁵⁾. Proprio tenendo conto di tale estrema varietà di discipline, la prima direttiva CEE ha previsto una alternativa al controllo notarile, e quindi alla forma dell'atto pubblico: gli Stati che non prevedono l'intervento di un pubblico ufficiale obbligato ad un pieno controllo di legalità sul documento da lui formato, non possono che ricorrere al controllo giudiziario o amministrativo. Non ha quindi alcun senso discutere di «forma pubblica» in relazione ad ordinamenti che non la prevedono neanche, o che comunque assicurano in altro modo il controllo preventivo sugli atti societari.

Per quanto attiene al concreto atteggiarsi di quegli ordinamenti che richiedono la forma pubblica per la costituzione delle società di capitali, o che comunque conoscono l'istituto dell'atto pubblico, si trova invece una singolare consonanza di atteggiamenti, che dimostra che *la nozione europea (e quindi quella comunitaria) di «atto pubblico» corrisponde, sostanzialmente, a quella italiana, anche in relazione alla dicotomia atto costitutivo-statuto.*

(24) Petrelli, *Formulario notarile commentato*, III, tomi 2 e 3, cit.

(25) Nel diritto anglosassone, in particolare, le attestazioni e la sottoscrizione del *public notary*, contenute in un testamento da lui ricevuto, equivalgono alle attestazioni ed alla sottoscrizione di un testimone, non essendo egli autorizzato ad attribuire fede pubblica agli atti, e non esistendo in quegli ordinamenti il concetto di prova legale privilegiata, né l'istituto dell'atto pubblico: Cass. 30 aprile 1955 n. 1217, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1866. Sulla valenza formale degli atti autenticati dal *Public Notary* inglese o americano, che non implicano comunque un controllo di legalità ed hanno un limitato valore probatorio, cfr. Revillard, *Droit international privé et pratique notariale*, Paris 2001, p. 354-355; DROZ, *L'activité notariale internationale*, in *Recueil des cours*, 1999, p. 60 ss.; DROZ, *Problèmes soulevés par l'établissement, en Angleterre ou aux Etats-Unis, d'un mandat d'hypothéquer un immeuble français*, in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, Paris 1991, p. 93 ss.; Francescakis, in *Revue critique*, 1958, p. 515; Francescakis, in *Revue critique*, 1953, p. 372. Sulla figura del *public notary*, cfr. Ready, *Brook's Notary*, Sweet & Maxwell, 2002; Cheney-Brooks-Stein-Helmholz, *Notai in Inghilterra prima e dopo la riforma*, Milano 1991; Barresi, *Aspetti comparatistici del notariato fra Italia e Inghilterra*, in *Vita not.*, 1998, p. 1799; Ready, *Cenni sulla storia e la struttura della professione notarile in Inghilterra*, in *Riv. not.*, 1985, p. 922; Galgani, *«Notary or Public Notary» (una voce dell'Enciclopedia britannica)*, in *Riv. not.*, 1958, p. 505.

Iniziando dal *diritto tedesco*, il § 23 dell'*Aktiengesetz* del 1965 richiede, relativamente alle società per azioni, la forma dell'atto pubblico notarile sia per l'atto costitutivo per lo statuto («Die Satzung muß durch notarielle Beurkundung festgestellt werden»). Il termine «Satzung» individua, indifferentemente, sia atto costitutivo che statuto⁽²⁶⁾. Analoga previsione è contenuta nel successivo § 130, relativamente alle modifiche statutarie («Jeder Beschluß der Hauptversammlung ist durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden»). Simile disciplina è prevista in relazione al «contratto sociale», per le società a responsabilità limitata, dal § 2 del *GmbHG* del 1973 («Der Gesellschaftsvertrag bedarf notarieller Form»), quanto alla fase costitutiva; e dal successivo § 53 per quanto riguarda la fase modificativa («Der Beschluß muß notariell beurkundet werden»). È, in generale, sconosciuta all'ordinamento tedesco la distinzione formale tra atto costitutivo e statuto. Per quanto concerne, poi, la disciplina dell'atto pubblico, sono presenti i momenti fondamentali del dovere di adeguamento, sia per il controllo di legalità che per l'indagine della volontà delle parti (art. 17 della legge sulla stipula degli atti notarili, *Beurkundungsgesetz* del 28 agosto 1969).

In *Olanda*, la costituzione delle società per azioni (art. 2:64 del codice civile) e delle società a responsabilità limitata (art. 2:175 dello stesso codice) richiede la forma dell'atto notarile. Ma, ciò che più rileva, l'art. 2:66, comma 1, e l'art. 2:177, comma 1, del codice civile, dispongono che l'atto pubblico costitutivo deve «incorporare» lo statuto della società. La necessità dello svolgimento di una piena funzione di adeguamento, ad opera del notaio, discende direttamente dagli artt. 21 e 37 della Legge notarile del 3 aprile 1999, n. 23706 (*Wet op het notarisambt: «Wna»*).

In *Belgio*, l'art. 66 del *Code des sociétés*, approvato con legge del 7 maggio 1999, dispone che «les sociétés privées à responsabilité limitée, les sociétés coopératives à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions sont, à peine de nullité, constituées par des actes authentiques. Toute modification conventionnelle à l'acte constitutif doit, à peine de nullité, être faite en la forme requise pour cet acte». Gli artt. 69, 226 e 453 del medesimo codice disciplinano il contenuto dell'atto costitutivo (nel quale sono comprese anche le norme sul funzionamento della società); nessuna distinzione è fatta dalla legge tra atto costitutivo e statuto. Il ri-

(26) Tondo, *Sul possibile rapporto formale fra atto costitutivo e statuto nelle S.p.A.*, cit., p. 305; Stella Richter Jr., *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, cit., p. 172, nota 14.

cevimento dell'atto notarile pubblico implica, oltre al controllo di legalità, anche l'indagine della volontà delle parti (art. 8, comma 1, della legge notarile del 25 ventoso, anno XI, come modificata con legge del 4 maggio 1999: «le notaire informe toujours entièrement chaque partie des droits, des obligations et des charges découlant des actes juridiques dans lesquels elle intervient et conseille les parties en toute impartialité»).

In *Lussemburgo*, la legge del 10 agosto 1915, concernente le *sociétés commerciales*, come modificata dalla legge del 24 aprile 1983, richiede la forma pubblica notarile per la costituzione delle società di capitali (artt. 4 e 28). Non viene fatta alcuna distinzione dalla legge tra atto costitutivo e statuto, ma viene disciplinato unitariamente il contenuto dell'*acte de société*, che comprende anche le norme di organizzazione dell'ente (art. 27, n. 12 e 184). Il notaio deve, ai sensi dell'art. 23 della legge sull'ordinamento del notariato del 9 dicembre 1976 (come modificata con leggi 8 novembre 1984, 25 marzo 1991, 7 maggio 1991, 3 aprile 1995, 11 agosto 1998), indagare la volontà delle parti («Lorsque le notaire constate que les parties ou l'une d'elles ne sont pas à meme d'apprécier la portée ou les conséquences de l'acte à recevoir, il est obligé de les instruire et d'en faire mention»).

In *Spagna*, la *Ley* 19/1989 del 22 dicembre 1989 sulle *Sociedades Anónimas* prescrive, all'art. 7, comma 1, la forma dell'atto pubblico per la costituzione della società per azioni («la sociedad se constituirá mediante escritura pública»); lo statuto deve essere incorporato nel suddetto atto pubblico, ai sensi del successivo art. 8 («en la escritura de constitución de la sociedad se expresarán ... los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad»). L'atto pubblico è richiesto anche per le modifiche statutarie (art. 144, comma 2: «en todo caso, el acuerdo se hará constar en escritura pública»). Analoghe previsioni sono contenute nella *Ley* 2/1995 del 23 marzo 1995, sulle *Sociedades de responsabilidad limitada* (artt. 11, comma 1, 12, comma 2, e 57, comma 3). Al fine di ricevere l'atto pubblico, il notaio deve indagare la volontà delle parti ed effettuare il controllo di legalità dell'atto (art. 147 del *Reglamento notarial*, approvato con Real decreto 8 giugno 1984, n. 1209/1984: «el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción»).

In *Portogallo*, il *Código das Sociedades Comerciais* prevede, all'art. 7, la necessità della forma pubblica per tutte le società («O contrato de sociedade deve ser celebrado por escritura pública»), come riflesso, evidentemente, del riconoscimento della personalità giuridica a tutte le società commerciali in

quell'ordinamento (art. 5). Nessuna distinzione è effettuata tra atto costitutivo e statuto sotto il profilo formale, prescrivendosi soltanto che gli elementi essenziali devono risultare «dal contratto» (art. 9; la previsione è comunque integrata, per le società a responsabilità limitata, dall'art. 199; e, per le società per azioni, dall'art. 272, con previsione espressa, in quest'ultimo, anche delle norme di funzionamento della società). Per le modifiche societarie, è prevista in generale la forma dell'atto pubblico (art. 85, comma 3). La necessità della forma pubblica è ribadita dall'art. 80 del decreto legge n. 207/95 del 14 agosto 1995 (L.N.), contenente il Codice del Notariato; l'art. 4, comma 1, del medesimo decreto disciplina la funzione di adeguamento del notaio («compete, em geral, ao notário redigir 1o instrumento público conforme a vontade das partes, a qual deve indagar, interpretar e adequar ao ordenamento jurídico, eselarecendo-as do seu valor e alcance»).

La stessa nozione di atto pubblico si ritrova in *Austria*: il notaio è tenuto ad accertare la volontà delle parti e ad informarle compiutamente sul significato e sulle conseguenze del negozio⁽²⁷⁾, e non può ricevere atti pubblici vietati dalla legge⁽²⁸⁾.

Per quanto concerne la *Francia*, il controllo di legalità viene svolto dal cancelliere (*greffier*) all'atto dell'iscrizione nel registro di commercio degli atti costitutivi e modificativi di tutte le società (art. L210-7 del *Code de commerce*), non essendo richiesto l'intervento del notaio nella costituzione e modifica delle società di capitali. Il *Code de commerce* non distingue comunque tra atto costitutivo e statuto, che hanno la medesima disciplina formale. In ogni caso, anche in quell'ordinamento l'atto pubblico notarile (*acte authentique*) ha le caratteristiche riscontrate altrove, essendo richiesto al notaio sia il controllo di legalità che l'indagine della volontà delle parti⁽²⁹⁾.

Estremamente significativa appare la circostanza che in un ordinamento, come quello *inglese*, in cui non vi sono particolari vincoli di forma per la

(27) Cfr. il § 52 della *Notariatsaktsgesetz* del 25 luglio 1871 n. 75: «Der Notar ist verpflichtet, bei Aufnahme eines Notariatsaktes die persönliche Fähigkeit und Berechtigung jeder Partei zum Abschluss des Geschäftes nach Möglichkeit zu erforschen, die Parteien über den Sinn und die Folgen desselben zu belehren und sich von ihrem ernstlichen und wahren Willen zu überzeugen, ihre Erklärung mit voller Klarheit und Bestimmtheit schriftlich aufzunehmen und nach geschehener Vorlesung des Aktes durch persönliches Befragen der Parteien sich zu vergewissern, dass derselbe ihrem Willen entsprechend sei».

(28) Cfr. il § 34 della *Notariatsaktsgesetz*: «Der Notar darf eine Amtshandlung über verbotene oder über solche Geschäfte nicht vornehmen, rücksichtlich deren sich der gegründete Verdacht ergibt, dass die Parteien sie nur zum Scheine, zur Umgehung des Gesetzes oder zum Zwecke der widerrechtlichen Benachteiligung eines Dritten schließen».

(29) Yaigre-Pillebout, *Droit professionnel notarial*, Paris 1991, p. 8 ss., 117 ss., 130 ss.

costituzione delle società di capitali (il controllo di legalità vi è svolto, infatti, dal *Registrar of Companies*⁽³⁰⁾), le prescrizioni e garanzie formali dettate per lo statuto siano allineate rispetto a quelle previste per l'atto costitutivo⁽³¹⁾. Per quest'ultimo, la sez. 2(6) del *Companies Act 1985* dispone che «The memorandum must be signed by each subscriber in the presence of at least one witness, who must attest the signature». Per lo statuto, parallelamente, la successiva sez. 7(3)(c) del medesimo *Companies Act 1985*, «Articles must ... be signed by each subscriber of the memorandum in the presence of at least one witness who must attest the signature»⁽³²⁾.

Anche in Svizzera troviamo una disciplina corrispondente a quella rinvenuta negli Stati membri della Comunità europea. L'art. 629 del codice delle obbligazioni stabilisce, in relazione alle società anonime, che «la società è costituita con un atto pubblico nel quale i promotori dichiarano di costituire una società anonima, ne stabiliscono lo statuto e ne designano gli organi». Ai sensi del successivo art. 631, comma 2, all'atto costitutivo deve essere «accluso» lo statuto: la previsione non sembra, tuttavia, influire sulla natura giuridica di quest'ultimo. A norma dell'art. 647, comma 1, «ogni deliberazione dell'assemblea generale o del consiglio d'amministrazione che modifichi lo statuto deve risultare da un atto pubblico». Analoghe disposizioni sono dettate per la società a garanzia limitata dall'art. 772, comma 1, del codice delle obbligazioni («la società è creata con un atto pubblico, sottoscritto

(30) Cfr. la sez. 12 del *Companies Act 1985*:

«(1) The registrar of companies shall not register a company's memorandum delivered under section 10 unless he is satisfied that all the requirements of this Act in respect of registration and of matters precedent and incidental to it have been complied with.

(2) Subject to this, the registrar shall retain and register the memorandum and articles (if any) delivered to him under that section.

(3) A statutory declaration in the prescribed form by:

(a) a solicitor engaged in the formation of a company, or

(b) a person named as a director or secretary of the company in the statement delivered under section 10, that those requirements have been complied with shall be delivered to the registrar of companies, and the registrar may accept such a declaration as sufficient evidence of compliance.

(31) Ai sensi della sez. 7 (1) del *Companies Act 1985*, «There may in the case of a company limited by shares, and there shall in the case of a company limited by guarantee or unlimited, be registered with the memorandum articles of association signed by the subscribers to the memorandum and prescribing regulations for the company». Sui rapporti tra atto costitutivo e statuto nel diritto anglosassone, cfr. anche Ravà, *Esame comparato di alcune questioni fondamentali in materia di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 325.

(32) Analoga indifferenziazione tra atto costitutivo e statuto è possibile riscontrare anche in altri ordinamenti europei, che non conoscono la forma dell'atto pubblico, e non contengono quindi particolari prescrizioni formali per la costituzione delle società di capitali: cfr., ad esempio, per quanto riguarda la Danimarca, le sezz. 4 e seguenti della legge n. 325 del 7 maggio 2000 (per le *private companies*), e le sezz. 3 e seguenti della legge n. 324 del 7 maggio 2000 (per le *public companies*).

da tutti i promotori, nel quale essi dichiarano di costituire una società a garanzia limitata ed approvano il suo statuto»), e dal successivo art. 784, comma 1 ("lo statuto può essere modificato mediante deliberazione della società, che deve risultare da un atto pubblico»). In Svizzera il diritto federale stabilisce per quali atti è richiesta la forma dell'atto pubblico (art. 10 del codice civile), mentre spetta al diritto cantonale - ai sensi dell'art. 55 del titolo finale del codice civile - disciplinare le modalità di stipula degli atti pubblici; le leggi cantonali prevedono comunque il dovere notarile di adeguamento, che comprende anche l'indagine della volontà delle parti⁽³³⁾.

In definitiva, la nozione di atto pubblico adottata dagli ordinamenti europei appare sostanzialmente unitaria, in quanto dappertutto essa è basata sull'attività di adeguamento ad opera del notaio (comprensiva dell'indagine della volontà delle parti), sull'efficacia probatoria privilegiata - che investe non solo la provenienza delle dichiarazioni, ma anche il fatto che le dichiarazioni stesse siano state rese al pubblico ufficiale - e sulla pubblica fede⁽³⁴⁾.

Inoltre, in nessun ordinamento europeo sembra essere prevista una distinzione, sotto il profilo formale, tra atto costitutivo e statuto⁽³⁵⁾: laddove tale dicotomia è conosciuta, si dettano le medesime prescrizioni, in punto di forma e di documentazione, per entrambi i documenti, i quali comunque non hanno diversa natura giuridica, ma concorrono a costituire il «contratto sociale».

Uguale è la prospettiva del diritto comunitario, come emerge non solo dalle direttive CEE in materia societaria già esaminate, ma anche dai regolamenti comunitari che disciplinano la Società europea (SE), e la Società cooperativa europea (SCE). In particolare, per quanto riguarda quest'ultima, il Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003 stabilisce, all'art. 5, § 1, che il termine «statuto» indica, nel contesto di detto regolamento, «sia l'atto costitutivo che lo statuto propriamente detto, qualora quest'ultimo formi oggetto di atto separato». Pertanto, il secondo comma dell'art. 5, nella parte in cui chiarisce che «il requisito di forma per lo statuto è la scrittura privata» si riferisce, evidentemente, anche all'atto costitutivo. È quindi errato far riferimento a questa disposizione per trarne conseguenze

(33) Petrelli, *Formulario notarile commentato*, III, 3, cit., p. 838 ss.

(34) Cfr., per maggiori informazioni di diritto comparato sul profilo dell'efficacia probatoria dell'atto pubblico, Droz, *L'activité notariale internationale*, in *Recueil des cours*, 1999, p. 112 ss.

(35) Per gli ordinamenti degli altri Stati europei, cfr. Petrelli, *Formulario notarile commentato*, III, tomi 2 e 3, cit. Rileva Ravà, *op. ult. cit.*, p. 325, che «la distinzione tra atto costitutivo e statuto non produce conseguenze nei sistemi latino-germanici», nei quali «la legge considera come un atto giuridico unico l'atto costitutivo e lo statuto, al punto che in genere questi due termini vengono confusi».

in ordine alla possibile qualificazione dello statuto di società di capitali italiane come scrittura privata, o comunque per trarne conseguenze in ordine al rapporto tra scrittura privata e controllo preventivo di legalità sugli atti societari⁽³⁶⁾: anche perché l'art. 5, § 2, del Regolamento n. 1435/2003 fa espressamente salve le disposizioni della legge dello Stato membro in cui la SCE ha sede, in relazione al controllo preventivo, disponendo che tale legge «si applica, per analogia, al controllo della costituzione della SCE». Se ne desume che la SCE con sede in Italia - stante, ormai, l'assenza nel nostro ordinamento di un controllo giudiziario preventivo - dovrà essere costituita per atto pubblico notarile, secondo le disposizioni della legge italiana, la cui interpretazione è oggetto delle presenti note.

Anche la disciplina relativa alla Società europea evidenzia, una volta di più, la «congruenza» tra atto costitutivo e statuto: l'art. 6 del Regolamento (CE) n. 2157 del Consiglio, in data 8 ottobre 2001, dispone infatti chiaramente che il termine «statuto», ai fini del medesimo Regolamento, «designa al contempo l'atto costitutivo e lo statuto propriamente detto della SE, qualora quest'ultimo formi oggetto di atto distinto». Per il resto, il Regolamento non contiene alcuna disciplina formale per la costituzione della SE, per la quale trova quindi applicazione, nel contesto della legge applicabile ai sensi dell'art. 9, la disciplina in materia di società per azioni dello Stato membro in cui la SE ha la propria sede: la SE con sede in Italia deve quindi costituirsi per atto pubblico.

4. Il ruolo della «lex loci actus» nel diritto internazionale privato e comunitario. - Con riferimento alla Società europea, una dottrina ha evidenziato la possibilità che una SE, costituita in uno Stato membro in cui la legge non richiede, per la costituzione, la forma dell'atto pubblico, possa trasferire la propria sede in Italia, e quindi ivi operare anche se costituita con forme meno rigorose⁽³⁷⁾, cercando di trarre da tale constatazione argomenti in ordine alla forma minima richiesta per gli statuti societari.

A ben vedere, tale constatazione non può in nessun modo valere come argomento per sostenere l'esistenza di un regime formale meno rigoroso per le società italiane. A parte il fatto che l'argomentazione, in sé stessa, prova

(36) Per tale argomentazione, Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 810 ss., il quale, a proposito della tesi dallo stesso sostenuta in relazione alle società di capitali italiane, afferma che «tale concezione finisce ... per essere l'unica coerente (anche) in una prospettiva comunitaria», trascurando, inspiegabilmente, la disciplina contenuta nelle direttive comunitarie in materia societaria, a cui si è già fatto cenno.

(37) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 811.

troppo, in quanto - a prescindere dallo statuto - non riesce a spiegare la congruenza, in prospettiva comunitaria, della forma dell'atto pubblico espressamente richiesta per l'atto costitutivo dagli artt. 2328, 2463 e 2521 cod. civ. (e richiesta, peraltro, anche dalle direttive CEE in materia societaria), in realtà il problema evidenziato ha portata più generale, e riguarda lo stabilimento in Italia di qualsiasi società comunitaria, regolata dalla legge di un altro Stato membro nel quale sono previsti requisiti formali meno rigorosi. Come si è evidenziato in altra sede, la libertà comunitaria di stabilimento delle società costituisce un valore prioritario, a fronte del quale passano in subordine le norme dello Stato nel quale lo stabilimento si esercita: con la conseguenza che non solo le norme sulla forma di quest'ultimo Stato, ma anche altre disposizioni di grande rilievo attinenti all'organizzazione della società (si pensi alle norme a tutela del capitale sociale) cedono di fronte alla legge del luogo in cui la società è stata costituita⁽³⁸⁾.

La problematica relativa alle differenti prescrizioni formali dettate negli Stati esteri è, del resto, comune all'intero diritto internazionale privato, nel quale vige, tra gli altri criteri di collegamento relativi alla forma degli atti, quello della *lex loci actus*: cui consegue la validità dell'atto formato all'estero, se sono state rispettate le prescrizioni formali del luogo di compimento dell'atto medesimo (cfr. l'art. 9 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile ai contratti ed alle obbligazioni contrattuali). Questo dà luogo, certamente, ad inconvenienti (una società di capitali potrebbe essere costituita, ad esempio, in Inghilterra, per poi operare in Italia, senza sottostare a vincoli di forma in fase costitutiva), i quali sono però il prezzo da pagare all'esigenza di circolazione degli atti giuridici in ambito internazionale: nessuno dubita, ad esempio, della giustificazione della forma dell'atto pubblico, richiesta dall'art. 782 cod. civ. per la donazione, per il solo fatto che le parti potrebbero, recandosi in Svizzera, stipulare il medesimo contratto per scrittura privata (art. 243, comma 1, del codice delle obbligazioni svizzero, per le donazioni non immobiliari)⁽³⁹⁾.

(38) Petrelli, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, p. 343 ss., spec. p. 378 ss.

(39) È pacifico che, allorché la legge italiana impone la redazione di un documento solenne (ad es., atto pubblico notarile) per un determinato negozio (ad es., donazione), è possibile che tale atto sia validamente formato all'estero in base ad una *lex loci actus* che preveda, per il medesimo atto, requisiti formali meno rigorosi (ad es., atto pubblico senza l'assistenza di testimoni), e persino la forma della scrittura privata o addirittura la forma orale: cfr. per tutti Ballarino, *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, Padova 1970, p. 73 ss., 247 ss., 284 ss. Solo in casi limite, la forma orale potrebbe essere ritenuta in contrasto con l'ordine pubblico, o comunque inidonea secondo la *lex sub-*

(segue)

5. Il principio di conservazione degli atti normativi e le modificazioni apportate dalla riforma. - Alcuni tra i primi commentatori della riforma hanno tentato di interpretare le nuove disposizioni, contenute negli artt. 2328, 2463 e 2521 cod. civ., negando che alle modifiche apportate dal legislatore del 2003 sia da attribuire alcun significato sostanziale, ai fini del regime formale delle norme di funzionamento della società.

Così, in particolare, si è sostenuto che la soppressione del riferimento alla «allegazione», negli artt. 2328 e 2521, sarebbe stata determinata dal carattere superfluo di tale indicazione, posto che comunque non si ritiene ipotizzabile la stipula di due distinti atti per l'approvazione, rispettivamente, di atto costitutivo e statuto⁽⁴⁰⁾. Altrettanto ininfluente è stata considerata la prescrizione dell'art. 2328, secondo cui lo statuto «costituisce», e non già «si considera», parte integrante dell'atto costitutivo⁽⁴¹⁾. Quanto alla previsione della

(continua nota 39)

stantiae ad esprimere una volontà matura e definitiva: Ballarino, *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, cit., p. 371 ss.

(40) Tassinari, *Commento agli artt. 2326-2328*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova 2005, p. 58-59 (il quale afferma la superfluità della qualificazione come allegato dello statuto, alla luce dell'altra previsione che lo indica come «parte integrante» dell'atto costitutivo: «non si vede infatti in quale modo un documento formalmente separato rispetto ad un altro documento potrebbe costituire parte integrante di quest'ultimo in assenza di una sua formale allegazione»); Condò, *La verifica formale degli atti societari e la responsabilità disciplinare e professionale del notaio*, cit., p. 600; Notari, *Costituzione e conferimenti nella s.p.a.*, in *Il nuovo ordinamento delle società*, Milano 2003, p. 3. Per Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 793, l'eliminazione del riferimento all'allegazione sarebbe «intervento strettamente funzionale e preparatorio rispetto a quanto affermato nell'ultimo periodo aggiunto: la prevalenza, in caso di contrasto, delle clausole dello statuto rispetto alle clausole dell'atto costitutivo. Il legislatore, insomma, intende escludere che la veste formale di allegato possa ridurre l'importanza e la forza dello statuto rispetto a quella dell'atto costitutivo». Non si vede, a dire il vero, il collegamento tra le due modifiche nella prospettiva criticata, che continua a ritenere applicabile la disciplina degli allegati in senso tecnico all'atto notarile.

Altri ha ritenuto che la soppressione dell'obbligo di redazione legittimerebbe la stipula di due distinti atti pubblici (atto costitutivo e statuto), anche a distanza di tempo l'uno dall'altro: Laurini, *Atto costitutivo, statuto e «funzione pubblica»*, cit., p. 342; Sepe, *Commento all'art. 2328*, cit., p. 58; Avagliano, *La costituzione della società per azioni*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni*, Milano 2003, p. 20 (che ritiene però l'ipotesi «scolastica»). Si è ribattuto che lo statuto dovrebbe comunque essere allegato all'atto costitutivo, quantomeno in funzione del suo deposito nel registro delle imprese (Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 794, nota 18).

(41) Secondo Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 792, la modifica «serve a rafforzare l'idea, invero già pacificamente acquisita, dell'appartenenza del contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto ad una medesima "sostanza", sì da non potersi cogliere alcuna differenza di natura nel contenuto dei due documenti». Affermazione indubbiamente esatta, ma è singolare che se ne faccia derivare l'assoluta disomogeneità, sul piano formale, dei due documenti. Altri (Tassinari, *L'atto costitutivo, la disciplina dei conferimenti e la loro efficacia*, cit., p. 41) scrive che la modifica terminologica serve ad eliminare «ogni dubbio circa l'impossibilità di fornire qualsiasi prova contraria in ordine a tale carattere di parte integrante propria dello statuto medesimo».

(segue)

prevalenza delle clausole statutarie su quelle dell'atto costitutivo, se ne è sminuita la portata, sotto il profilo in esame, sostenendosi che la stessa non avrebbe attinenza al regime formale dei due documenti, quanto piuttosto all'esigenza di tutela dei terzi (maggiormente abituati ad esaminare lo statuto, piuttosto che l'atto costitutivo): tutela ai fini della quale sarebbe del tutto irrilevante la forma adottata⁽⁴²⁾.

Parimenti, è stata proposta una sorta di interpretazione «abrogante» del nuovo art. 2463, n. 7, cod. civ., nella parte in cui non contempla più la possibile indicazione delle norme di funzionamento in un «atto separato», ma prevede viceversa che l'atto costitutivo, da redigersi in forma di atto pubblico, debba «indicarle», unitamente agli elementi essenziali della società. Si è detto che «indicare» non vuol dire «contenere», e che quindi la formula legislativa sarebbe compatibile con un rinvio ad un documento esterno all'atto pubblico⁽⁴³⁾; si è quindi sostenuta la generale applicabilità - in assenza di divieti di legge - delle disposizioni generali della legge notarile in tema di allegati⁽⁴⁴⁾.

Il merito di tali affermazioni è stato già discusso, e sarà ulteriormente confutato nel prosieguo del presente lavoro. Ciò che preme, in questa sede, evidenziare, è che le interpretazioni proposte disconoscono un elementare canone ermeneutico, quello secondo cui le disposizioni legislative devono essere interpretate in modo che abbiano un significato, piuttosto che in maniera tale da non attribuirne loro alcuno. Si tratta del fondamentale principio di conservazione degli atti normativi, e degli atti giuridici in generale, ispirato al brocardo *magis valeat quam pereat*, e costantemente applicato dalla giurisprudenza, anche costituzionale⁽⁴⁵⁾. In altri termini, l'interprete non può, arbitrariamente, privare di significato concreto una disposizione normativa, senza farsi carico dell'onere di dimostrare l'inammissibilità di una diversa interpretazione, o delle sue possibili conseguenze. Ma quali sono le gravi conseguenze alle quali andrebbe incontro un'interpretazione che, invece, attribuisca alle disposizioni riformate, in conformità all'art. 12 delle preleggi, il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connes-

(continua nota 41)

societari e la responsabilità disciplinare e professionale del notaio, cit., p. 600, non ritiene la modifica «di grande rilevanza».

(42) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 795 e 798.

(43) Alessandrini Calisti, *L'allegazione dello statuto all'atto costitutivo della società a responsabilità limitata*, cit., p. 418.

(44) Cfr. la dottrina citata alla nota 9.

(45) Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, p. 174 ss.

sione di esse»? Nessuna. Tranne, ovviamente, la necessità di applicare allo statuto, quale atto pubblico, le disposizioni di legge che a quest'ultimo si riferiscono, prima tra tutte quella che impone, senza possibilità di dispensa ad opera delle parti, l'integrale *lettura alle parti ad opera del notaio* (art. 51, n. 8, della legge notarile, in combinato disposto con l'art. 58, n. 6, e con l'art. 138, n. 5, della medesima legge)⁽⁴⁶⁾.

6. Le disposizioni legislative che si riferiscono indifferentemente all'atto costitutivo ed allo statuto. - Alcuni autori hanno posto in evidenza una serie di disposizioni codicistiche, riferibili anche alle società a responsabilità limitata, nelle quali sono menzionati sia l'atto costitutivo che lo statuto. In particolare, si tratta delle disposizioni relative a scioglimento e liquidazione (artt. 2484, comma 1, n. 7, e comma 4, 2487, commi 1 e 3, 2487-ter, comma 1) ed alla fusione di società (artt. 2502, 2505, 2505-bis, comma 2), nonché alcune disposizioni transitorie (artt. 223-bis, commi 1, 3, 5 e 6, 223-quater, comma 1, 223-duodecies, commi 1, 4 e 5). A quelle suindicate deve aggiungersi la previsione dell'art. 2436, ultimo comma, richiamata dall'art. 2480 cod. civ. Si è quindi desunto che nelle disposizioni in esame - applicabili anche alla società a responsabilità limitata - il richiamo allo «statuto» sarebbe sufficiente a legittimare l'esistenza di quest'ultimo come «atto

(46) La «preoccupazione» della necessità di lettura integrale dello statuto - che sorge seguendo la tesi più rigorosa - affiora, talvolta con enfasi, in tutti i contributi notarili che negano la natura di atto pubblico dello statuto, e che spesso trascurano invece i profili sostanziali di tale qualificazione. Cfr. per tutti Marciano, *I processi decisionali dei soci e le modifiche statutarie nella s.r.l.*, cit., p. 92, nota 24 (ove si afferma che il legislatore del 1942, «se ne avesse ritenuta necessaria la lettura, con ogni probabilità, lo avrebbe detto. Se si fosse trattato di una dimenticanza, il legislatore attuale avrebbe potuto colmarla, ma così non ha fatto!»); Genghini, *Il nuovo diritto societario, II - Gli statuti delle nuove società di capitali*, cit., p. 594 (il quale parla di «esercizio di vuoto formalismo» in relazione alla «ricerca della piena prova» dell'atto pubblico conseguita attraverso la «avvenuta lettura di uno statuto a componenti che non sono in grado di intenderne le implicazioni funzionali e legali e che non siano stati istruiti sulle (nuove) possibilità offerte dalla legge»); Condò, *La verifica formale degli atti societari e la responsabilità disciplinare e professionale del notaio*, cit., p. 601 (il quale ritiene «opportuno» dare lettura dello statuto, soprattutto quando lo stesso non sia stato preventivamente discusso con le parti; ma evidentemente il ragionamento è svolto su un piano deontologico, mentre si presuppone per legge inesistente un obbligo di lettura). Singolare appare la posizione di Alessandrini Calisti, *L'allegazione dello statuto all'atto costitutivo della società a responsabilità limitata*, cit., p. 430, che da un lato ritiene doverosa l'indagine della volontà anche con riferimento agli allegati (trascurando la circostanza che questi possono essere pre-costituiti), d'altro lato ritiene dispensabile l'obbligo di lettura (che costituisce il necessario *pendant* dell'indagine della volontà, in quanto consente di verificare la corrispondenza tra la volontà manifestata dalle parti ed il documento redatto dal notaio). Afferma invece correttamente lo stretto collegamento della lettura («formalità che non è fine a se stessa») con l'indagine della volontà delle parti, sostenendo la necessità di «una visione «forte» della funzione notarile, che ne costituisce la filosofia e la sua stessa ragion d'essere nella società moderna», Laurini, *Atto costitutivo, statuto e «funzione pubblica»*, cit., p. 343.

separato» rispetto all'atto costitutivo vero e proprio, nonostante la formulazione dell'art. 2463, n. 7, cod. civ.⁽⁴⁷⁾.

Non sembra, tuttavia, che l'argomentazione sia particolarmente conferente. Da un lato, perché le disposizioni suindicate sono in numero veramente ridotto, rispetto all'imponente serie di previsioni che, rispettivamente per le società per azioni, da un lato, e per le società a responsabilità limitata e per le cooperative dall'altro, si attengono, invece, ad un lessico ben definito, parlando rispettivamente di statuto e di atto costitutivo⁽⁴⁸⁾. Ma soprattutto perché si tratta, in tutti i casi richiamati, di *disposizioni comuni* alle società azionarie ed alle società a responsabilità limitata (cui l'art. 2519 cod. civ. rinvia anche riguardo alle società cooperative). Sia pure in presenza di alcuni difetti di coordinamento (gli artt. 2500-*quater*, 2500-*octies*; in materia di fusione, e l'art. 2501-*ter* cod. civ. in materia di trasformazione di società, continuano a far riferimento al solo atto costitutivo), sembra quindi potersi affermare, con sufficiente sicurezza, che *il legislatore ha utilizzato il doppio riferimento ad atto costitutivo e statuto solo laddove si trattava di dettare una disciplina comune a tutte le società di capitali e cooperative*. Ad osservazione analoga si presta il richiamo all'art. 2436, ultimo comma, ad opera dell'art. 2480 cod. civ.: sembra evidente che il richiamo, nel contesto di uno specifico sottosistema normativo come quello delle s.r.l., di una disposizione appartenente ad un diverso sottosistema (quello delle s.p.a.) non possa che essere inteso *nei limiti della compatibilità*⁽⁴⁹⁾, senza quindi che a singole espressioni contenute nella norma richiamata debba attribuirsi un significato particolarmente pregnante, tanto addirittura da svuotare di significato previsioni normative (come quella dell'art. 2463, n. 7, cod. civ.) che invece riguardano *ex professo* la disciplina formale delle norme di funzionamento della società.

7. La prevalenza delle clausole statutarie su quelle contenute nell'atto costitutivo. - L'art. 2328, ultimo comma, cod. civ., prevede, come si è visto, la prevalenza delle clausole dello statuto su quelle dell'atto costitutivo,

(47) Alessandrini Calisti, *L'allegazione dello statuto all'atto costitutivo della società a responsabilità limitata*, cit., p. 412; Guglielmo, *Atto costitutivo e statuto di s.r.l. dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 977; Condò, *La verifica formale degli atti societari e la responsabilità disciplinare e professionale del notaio*, cit., p. 603.

(48) Vedine l'elenco in Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 434 ss., note 1 e 2.

(49) Sul fenomeno del rinvio ad altre norme legislative, e sulle relative problematiche, cfr. per tutti Bernardini, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano 1966, spec. p. 536 ss.; Fois, *Rinvio, recezione e riserva di legge*, in Giur. cost., 1966, p. 574 ss.

in caso di contrasto. È stato, esattamente, rilevato, che tale prevalenza trova la propria ragion d'essere nel più frequente utilizzo dello statuto da parte dei terzi, al fine di rinvenirvi le norme di organizzazione e di funzionamento della società (ed in genere tutte le previsioni rilevanti nel corso della vita della società stessa); il che ha indotto il legislatore a privilegiare il «documento statuto» per il caso di eventuale contrasto, a tutela dell'affidamento dei medesimi terzi⁽⁵⁰⁾. Il rilievo va integrato con l'importante constatazione che le successive modificazioni del contratto sociale devono essere riportate nello statuto, del quale ogni volta va redatto un testo aggiornato da pubblicarsi nel registro delle imprese (art. 2436 cod. civ.): il che fornisce un'ulteriore giustificazione della indicata prevalenza, perché evidentemente, nel caso di successive modifiche, è al testo dello statuto aggiornato, e non a quello del (vecchio) atto costitutivo che bisogna aver riguardo⁽⁵¹⁾.

Quello che non si può, invece, condividere è l'affermazione che la prevalenza, di cui si discorre, non abbia nulla a che fare con il regime formale dello statuto. Non si tratta, beninteso, di una questione inerente al mero profilo documentale, come dimostra il fatto che - a fronte di successive modifiche statutarie - la redazione di un testo aggiornato dello statuto può ben essere effettuata ad opera di soggetti diversi dal notaio (ad esempio a seguito della sottoscrizione non contestuale di un aumento di capitale), e quindi può ben avere forma di scrittura privata. Si tratta, invece, di profilo da valutarsi sul piano «sostanziale» della *attività di documentazione*, e quindi della trasposizione a livello documentale (atto pubblico costitutivo, o verbale della deliberazione modificativa) delle dichiarazioni dei soci, o delle deliberazioni assembleari, ad opera del notaio; tenendo quindi conto di tutte le implicazioni proprie della disciplina dell'atto pubblico, ed in particolare dell'efficacia probatoria privilegiata e della pubblica fede, che ad esso ineriscono. La questione, in altri termini, attiene al profilo dell'attività documentale (*faciendum*), prima che a quello della *res* documentale (*factum*); tenendo comunque conto che, come meglio si vedrà nel prosieguo, anche le modifiche statutarie devono risultare, nel loro tenore completo, dal verbale-atto pubblico.

Ebbene, appare assolutamente contraddittoria ed irragionevole la posizione di chi postula la contemporanea redazione di un atto costitutivo in for-

(50) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 795; Tondo, *Sul possibile rapporto formale fra atto costitutivo e statuto nelle S.p.A.*, cit., p. 311 e 313; Sepe, *Commento all'art. 2328*, cit., p. 59.

(51) In tal senso, correttamente, Tassinari, *L'atto costitutivo, la disciplina dei conferimenti e la loro efficacia*, cit., p. 41 ss.

ma pubblica (facente quindi piena prova fino a querela di falso, e assistita da pubblica fede), e di uno statuto in forma privata, ed ipotizza nel contempo la prevalenza del secondo sul primo. Nessuna ragione logica, è vero, impedisce la prevalenza di una scrittura privata su un atto pubblico, ma forti ragioni giuridiche, che risiedono proprio nella diversa modalità di formazione, e nella differente efficacia dei due documenti, impediscono di accedere a questa tesi: basti considerare all'assurdità delle relative conseguenze in un ipotetico caso di contrasto tra atto costitutivo (redatto per atto pubblico, con le necessarie garanzie di imparzialità e di corrispondenza del documento alla volontà delle parti, con efficacia probatoria privilegiata e pubblica fede) e statuto-scrittura privata (redatto magari da una sola delle parti, senza nessuna garanzia di consapevolezza del relativo contenuto da parte degli altri soci, privo di pubblica fede)⁽⁵²⁾. In definitiva, la previsione normativa di prevalenza dello statuto sull'atto costitutivo costituisce un ulteriore, importante argomento a favore della natura pubblica dello statuto.

8. La disciplina della nullità delle società per azioni ed il «locus» dell'indicazione degli elementi essenziali della società. - Si è visto che l'art. 2332, n. 3, cod. civ., nel modificare la previsione del vecchio art. 2332, n. 5, non menziona più lo statuto accanto all'atto costitutivo, quale documento nel quale possono essere alternativamente contenute le indicazioni essenziali per la costituzione (denominazione, conferimenti, capitale, oggetto) a pena di nullità della società.

Prima della riforma del 2003, dottrina e giurisprudenza erano unanimemente orientate nel senso di consentire l'indicazione dei suddetti elementi essenziali, indifferentemente, in ciascuno dei due documenti⁽⁵³⁾. Gli autori e le sentenze più coerenti, peraltro, richiedevano - quantomeno in tal caso - il rispetto relativamente allo statuto delle formalità relative all'atto pubblico (in particolare, la lettura di quest'ultimo alle parti, ad opera del notaio)⁽⁵⁴⁾.

Dopo la riforma, la dottrina assolutamente prevalente continua a ritenere

(52) Come si è in precedenza rilevato (Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 454), «sarebbe, evidentemente, assurdo ipotizzare che la legge richieda, ad esempio, l'indicazione dell'oggetto e del capitale in un atto pubblico a pena di nullità (art. 2332, nn. 1 e 3, cod. civ.), e consenta nel contempo ad eventuali previsioni duplicate, contenute in un mero allegato-scrittura privata, di prevalere su quelle caratterizzate da forma solenne».

(53) Cfr. i riferimenti dottrinali riportati in cfr. per tutti Stella Richter Jr., *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, cit., p. 176 ss.

(54) Riferimenti in Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 453, nota 49.

equipollenti i due documenti, ai fini delle indicazioni essenziali di cui trattasi; rilevando che la menzione del solo atto costitutivo nell'art. 2332, n. 3, si giustifica in presenza della disposizione normativa - contenuta nell'ultimo comma dell'art. 2328 cod. civ. - che qualifica lo statuto come «parte integrante» dell'atto costitutivo medesimo⁽⁵⁵⁾. Questa dottrina, peraltro, cade in una singolare contraddizione, nel momento in cui esclude l'applicazione allo statuto - che contenga le suddette indicazioni essenziali - delle garanzie dell'atto pubblico⁽⁵⁶⁾. Come dire: la legge richiede per l'atto costitutivo la forma dell'atto pubblico e le relative garanzie, ma nello stesso tempo si «sottraggono» a quest'ultima gli «elementi essenziali», richiesti a pena di nullità della società, per farli confluire in una scrittura privata cui non si applicano le formalità dell'atto pubblico medesimo.

A questa obiezione si sottrae una dottrina, che - coerentemente con l'assunto di partenza, per il quale lo statuto avrebbe natura di scrittura privata - interpreta letteralmente la previsione dell'art. 2332, comma 1, n. 3, cod. civ., ritenendo che essa menzioni solo l'atto costitutivo «in senso stretto»; e, consequenzialmente, esclude che gli elementi essenziali indicati dalla citata norma possano essere riportati unicamente nello statuto allegato⁽⁵⁷⁾. Interpretazione, si diceva, coerente con il postulato di partenza, ma destinata inevitabilmente a cadere nel momento in cui si dimostra che il suddetto postulato è errato. Ed infatti, come già chiarito in precedenza (paragrafo 2), l'art. 11, comma 1, lett. c), della prima direttiva 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, stabilisce che la nullità può essere disposta, dal legislatore nazionale, in caso di «mancanza, nell'atto costitutivo o nello statuto, di ogni in-

(55) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 792, p. 794, nota 20, e p. 809; Marmocchi, *La discussa natura dello statuto allegato*, cit., p. 813; Maltoni, *Commento all'art. 2332*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova 2005, p. 85; Stella Richter Jr., *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, cit., p. 176 ss.; Palmieri, *Commento all'art. 2332*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, p. 97; Cavanna, *Commento all'art. 2332*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna 2004, p. 117; Bertuzzi, *Commento all'art. 2332*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, p. 102; Barba, *Commento all'art. 2332*, cit., p. 72; Notari, *Costituzione e conferimenti nella s.p.a.*, cit., p. 3.

(56) Fa eccezione Sepe, *Commento all'art. 2328*, cit., p. 58, il quale ritiene che lo statuto che contenga alcuno degli elementi propri dell'atto costitutivo deve essere redatto in forma pubblica.

(57) Tondo, *Sul possibile rapporto formale fra atto costitutivo e statuto nelle S.p.A.*, cit., p. 303 ss. L'autore - che conclude rigorosamente, in coerenza con le premesse dallo stesso accettate, per l'esclusione della «rifluibilità verso lo statuto d'indicazioni previste come essenziali per l'atto costitutivo» - non trae però espressamente le conseguenze della sua impostazione relativamente alla società a responsabilità limitata, per le quali la disposizione che richiede l'indicazione delle norme di funzionamento nell'atto pubblico costitutivo (art. 2463, n. 7, cod. civ.) determina, in coerenza con la medesima tesi, l'impossibilità di *relatio* ad una scrittura privata allegata.

dicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sottoscritto, o l'oggetto sociale». Nel medesimo senso dispongono diverse disposizioni della seconda direttiva 77/91/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1976, anch'esse sopra richiamate, che consentono di indicare elementi essenziali ai fini della costituzione della società (capitale, oggetto, denominazione, sede, durata, ecc.) anche nello statuto. Si è già visto che - nel ritenere sufficiente che le indicazioni richieste siano contenute, alternativamente, nell'atto costitutivo o nello statuto - le direttive comunitarie individuano certamente un «limite» invalicabile dal legislatore nazionale, nel senso che impediscono una disciplina della nullità «più rigorosa» rispetto a quella comunitaria. *Il principio della «interpretazione conforme» alle direttive comunitarie* - ribadito nella legge delega di riforma del diritto societario - impedisce, quindi, l'interpretazione puramente letterale della previsione nazionale, ed *impone* invece - in conformità, del resto, all'orientamento prevalente emesso *post* riforma - *di intendere il riferimento all'atto costitutivo - contenuto nell'art. 2332, comma 1, n. 3, cod. civ. - come comprensivo della sua «parte integrante» rappresentata dallo statuto.*

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, perché il legislatore del 2003 abbia eliminato il riferimento allo statuto, già contenuto nel n. 5 del vecchio art. 2332 ed ora non più riproposto nel nuovo n. 3: la ragione è probabilmente da ravvisarsi, oltre che nella volontà di eliminare la dicotomia tra i due documenti⁽⁵⁸⁾, nel fatto che la dottrina *ante* riforma aveva tratto argomento proprio da tale dicotomia per sostenere l'ammissibilità, ritenuta eccezionalmente prevista dalla vecchia disposizione, della *relatio* ad una scrittura privata, «allegata» all'atto pubblico costitutivo della società, e ciò anche per gli elementi richiesti come contenuto essenziale dell'atto costitutivo⁽⁵⁹⁾.

Del resto, a ben vedere la disciplina codicistica presuppone l'indicazione nello statuto anche degli elementi sopra individuati come essenziali (capitale, oggetto, denominazione): la sezione X del capo V del libro V del codice civile si intitola ora alle «modificazioni dello statuto», nell'ambito delle quali sono poi ricomprese anche le modifiche dell'oggetto sociale (art. 2437, comma 1, lett. *a*), cod. civ.), della denominazione (art. 2437, comma 1, lett. *b*),

(58) Casu, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 70.

(59) Cfr. soprattutto Salafia, *Contenuto e forma degli statuti societari*, in *Società*, 1992, p. 1331 ss.; Serpi, *Alcune considerazioni sulla recente massima del tribunale di Roma in tema di rapporti tra atto costitutivo e statuto*, in questa *Rivista*, p. 131 ss.; Monolo, *Genesis della spa e rapporto fra atto costitutivo e statuto*, cit., p. 421; Masucci, *Garanzie dell'atto pubblico e relatio nei negozi solenni: sui (controversi) rapporti di forma e contenuto tra atto costitutivo e statuto di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 267 ss.

cod. civ.), del capitale sociale (artt. 2438 ss. cod. civ.). L'art. 2436 cod. civ. obbliga poi al deposito, a seguito delle modifiche, di un testo aggiornato dello statuto, che dovrà evidentemente contenere anche le clausole relative ai suddetti elementi essenziali.

Le superiori conclusioni conducono ad un'ulteriore, decisiva, implicazione: poiché gli elementi essenziali, richiesti *ad substantiam* dall'art. 2332, comma 1, n. 3, cod. civ., possono essere contenuti indifferentemente nell'atto costitutivo o nello statuto (quale «atto separato»), e poiché la legge impone la forma dell'atto pubblico per la costituzione della società (artt. 2328, 2521 cod. civ.), a pena di nullità (art. 2332, comma 1, n. 1, cod. civ.), ne consegue - non potendosi evidentemente immaginare che elementi essenziali per la costituzione siano contenuti in un documento non pubblico - che deve attribuirsi allo statuto natura di atto pubblico (come del resto espressamente dispone l'art. 10 della prima direttiva CEE, di cui il successivo art. 11 non è che la logica conseguenza).

9. I principi sulla «relatio» nei negozi formali. - Si è affermato, in alcuni dei commenti dedicati alla questione che ci occupa, che la disciplina della forma solenne non precluderebbe, in linea generale, il rinvio a fonti esterne all'atto pubblico, «in linea con le più autorevoli opinioni in tema di *relatio* nei negozi formali»⁽⁶⁰⁾; e che a maggior ragione tale *relatio* non sarebbe preclusa nello specifico settore della costituzione delle società di capitali⁽⁶¹⁾.

Ancora una volta, si tratta di affermazioni che non possono trovare accoglimento; il panorama dottrinale, pur variegato, si atteggia in realtà in modo diverso da come indicato dai fautori dell'orientamento che si critica, potendo distinguersi in dottrina diverse posizioni.

Un primo, più rigoroso orientamento esclude *in toto* il fenomeno della *relatio* nei negozi solenni⁽⁶²⁾, non tenendo tuttavia conto né di alcuni dati po-

(60) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 799, nota 29 (ove si citano le opinioni, in realtà differenziate tra loro, di Ferri, Nicolò e Cecchetti, *infra* indicate, nonché quella di Masucci, che peraltro concludeva in senso restrittivo in ordine all'ammissibilità della *relatio*, argomentando per l'ammissibilità della stessa nelle società di capitali, in via eccezionale, solo in base alle previsioni dei vecchi artt. 2328 e 2332 n. 5 cod. civ., ora modificati).

(61) Cfr. in particolare Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 799, nota 18, p. 803 e p. 810 (il quale ritiene sufficiente che sia espressa in forma pubblica «la volontà costitutiva degli effetti tipici» della società di capitali, effetti tipici individuati nella nascita dell'ente societario, ritenendo per il resto ammissibile la *relatio*). Anche Marmocchi, *La discussa natura dello statuto allegato*, cit., p. 813, ritiene che solo l'identità dei soggetti e l'identità del nuovo soggetto giuridico che viene a costituirsi debbano risultare dall'atto costitutivo, mentre il resto può liberamente indicarsi nello statuto.

(62) Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, a cura di G. Crifo, Napoli 1994, p. 280; Santoro-
(segue)

sitivi in senso contrario (artt. 782, comma 1, 625, 628, 631, 632 cod. civ.), né della differenza tra il formalismo negoziale e la cartolarità, la quale ultima soltanto può giustificare l'assoluta ed incondizionata esclusione della *relatio* negoziale⁽⁶³⁾.

Altri, con atteggiamento più liberale, ritiene invece ammissibile, praticamente senza limiti, la *relatio*, purché dal documento redatto con la richiesta solennità risulti inequivocabilmente, ed in modo specifico, il rinvio alla fonte esterna determinativa: la mera clausola di rinvio sarebbe quindi sufficiente a soddisfare i requisiti di certezza, che stanno alla base della previsione di forma solenne⁽⁶⁴⁾. Si è giustamente obiettato, a tale tesi, che essa si presta a svuotare totalmente l'atto formale del suo contenuto, e quindi ad eludere le esigenze garantistiche che sono alla base delle prescrizioni di forma⁽⁶⁵⁾; basti pensare a quali garanzie potrebbe offrire un atto pubblico che contenga solo la formula di apertura (protocollo) e quella di chiusura (escatocollo), e che rinvii per il resto, sia pure in modo «specifico», ad un documento esterno, anche per la manifestazione della volontà negoziale. Si può aggiungere, a tale rilievo, la

(continua nota 62)

Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1997, p. 208; Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, Torino 1998, p. 590 (ove l'affermazione che «le parti possono sempre rinviare alla legge, ad atti dell'autorità, a dichiarazioni contenute in atti ufficiali, e a dichiarazioni dotate di un livello di forma non inferiore a quello necessario per il negozio di cui si tratta. Viceversa, non potranno mai rinviare a dichiarazioni dotate di un livello di forma inferiore»); Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969, p. 164 ss.; Corrado, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino 1947, p. 150; Cicu, *Testamento*, Milano 1951, p. 30 ss.; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1949, p. 446 ss.; Allara, *Il testamento*, Padova 1936, p. 260, nota 1. In giurisprudenza, cfr. Trib. Savona 11 marzo 1999, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Contratti bancari*, n. 72; Trib. Salerno 8 marzo 1995, in *Nuovo dir.*, 1995, p. 911; Cass. 3 aprile 1993 n. 4032, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2383; Cass. 14 febbraio 1981 n. 908, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2495.

(63) Ferri, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale «per relationem»*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 213.

(64) Ferri, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale «per relationem»*, cit., p. 211 ss.; Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano 1967, p. 41 (che ritiene sufficiente la manifestazione della «decisione» nel contesto del negozio formale); Marmocchi, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, in *Riv. not.*, 1971, p. 496 ss.; Francario, *Osservazioni sulla forma in funzione di controllo dell'autonomia dei privati (a proposito della «relatio» nei negozi formali)*, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2497; Cecchetti, *Negozio giuridico, VII - Negozio per relationem*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma 1990, p. 5; Cass. 27 novembre 1963 n. 3094, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 192.

(65) Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, cit., p. 169 (che icasticamente evidenzia come, accettando la tesi più liberale, dovrebbe conseguenzialmente ammettersi la validità di una dichiarazione del tipo «lascio le mie sostanze secondo quanto ho espresso oralmente a Tizio»). Anche Francario, *Osservazioni sulla forma in funzione di controllo dell'autonomia dei privati (a proposito della «relatio» nei negozi formali)*, cit., c. 2501, evidenzia la necessità che il rinvio non eluda la funzione della forma, «tesa a controllare l'esplicazione dell'autonomia dei privati anche allo scopo di garantire la piena effettività del consenso prestato dalle parti».

considerazione che la tesi risulta essere stata elaborata - in commento ad un certo orientamento giurisprudenziale che riguarda essenzialmente negozi per cui la legge richiede la «forma scritta» - con precipuo riferimento al «formalismo di grado minore» rappresentato dalla scrittura privata, laddove viene in considerazione esclusivamente l'esigenza di assicurare al negozio un *vestimentum* adeguato, al fine di fissare con certezza nello scritto la volontà delle parti. Profondamente diversa risulta la problematica della *relatio* riguardo all'atto pubblico, in cui oltre alla dimensione statica del documento (*res signata*) occorre considerare quella dinamica (*faciendum*) dell'attività procedimentale che il notaio deve porre in essere (indagine della volontà, ecc.), con le connesse garanzie ed i conseguenti effetti che all'atto pubblico, come si è già visto, si riconnettono (prova privilegiata, fede pubblica)⁽⁶⁶⁾. In altre parole, la *relatio*, nel caso dell'atto pubblico, rischia di pregiudicare non tanto l'*evidenza documentale* della manifestazione di volontà, quanto piuttosto le *garanzie procedurali* assicurate dall'ordinamento tramite l'intervento qualificato del pubblico ufficiale. Si può, quindi, fondatamente dubitare che la richiamata dottrina avrebbe sostenuto la tesi qui criticata, se avesse dovuto occuparsi in concreto del «formalismo di grado maggiore» rappresentato dall'atto pubblico.

Un ulteriore orientamento circoscrive il fenomeno della *relatio* a profili «accessori» della regolamentazione negoziale, escludendolo invece per il «contenuto minimo essenziale» del negozio, a sua volta identificato con quello indispensabile affinché il negozio medesimo possa produrre i propri effetti tipici⁽⁶⁷⁾. A questa tesi - il cui principale difetto è sostanzialmente quello di non

(66) La distinzione tra *faciendum* e *factum*, sotto il profilo che interessa della forma pubblica, è messa in luce specialmente da Liserre, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano 1966, p. 21 ss., 55 ss. L'autore chiarisce, in particolare, come la forma dell'atto pubblico «non si esaurisce nell'approntamento di un documento scritto rappresentativo del «testo» contrattuale, ma vincola la stessa procedura necessaria per inserire il divisato regolamento nell'ordinamento complessivo della collettività» (p. 57). Precisa, poi (p. 63 ss.), che l'intervento del notaio concorre a porre in essere un «fatto di certazione», in quanto «preordinato a chiarire il valore negoziale, giuridicamente rilevante, della manifestazione ricevuta»; si spiega così il motivo per il quale - per il perfezionamento di particolari atti giuridici negoziali - il legislatore non abbia chiesto l'intervento di un qualsiasi pubblico ufficiale, ma proprio «l'intervento di un notaio, cioè di un soggetto capace di effettuare un'ispezione del testo della dichiarazione». Pertanto (p. 70), nell'ipotesi in cui la legge richiede l'atto pubblico e quindi l'intervento del notaio, «l'effetto conseguente a tale intervento - quello, cioè, di certificare la giuridicità dell'intento delle parti - è creato dall'intervento dell'operatore pubblico in sé e per sé considerato e non certo dal documento che viene confezionato». Utili riflessioni sul punto anche in Irti, *Il contratto tra faciendum e factum*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997, p. 95 ss.

(67) Nicolò, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 122 ss.; Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino 1980, p. 197; Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano 1954, p. 92 ss. (che ritiene esclusa la *relatio* in riferimento agli «elementi essenziali» del negozio solenne, e comunque ritiene trattarsi di un problema «di stretto diritto positivo»).

Sono ascrivibili a questo orientamento le tesi che ritengono soddisfatto il requisito di forma nel ca-
(segue)

trovare una reale giustificazione nel diritto positivo, oltre che di non fornire un criterio sufficientemente preciso per la discriminazione del «contenuto minimo essenziale» rispetto a quello accessorio ed eventuale⁽⁶⁸⁾ - si affianca un orientamento dottrinale che, in un analogo ordine di idee ed all'esito di un approfondito percorso argomentativo, ritiene non estrapolabile dal contenuto del documento pubblico gli elementi la cui «determinazione» nel contesto dell'atto formale è richiesta espressamente dalla legge ai fini della validità dell'atto; ammettendosi invece la *relatio* in relazione ad altri profili, di cui la legge non ritiene indispensabile la determinazione, accontentandosi della semplice «determinabilità» (ad esempio, i riferimenti oggettivi e soggettivi, esterni rispetto al programma negoziale: le previsioni degli artt. 782, comma 1, 625, 628, 631, 632 cod. civ. non sono, in effetti, che un'applicazione di tale principio generale)⁽⁶⁹⁾. Si evidenzia, poi, la differenza tra la *relatio* in senso proprio ed il fenomeno del rinvio ad altro documento proveniente dalle stesse parti del negozio: in quest'ultimo caso si è di fronte ad un diverso fenomeno, che è quello del negozio complesso⁽⁷⁰⁾.

La giurisprudenza maggioritaria sembra essersi allineata a quest'ultima tesi: da un esame delle effettive motivazioni, e delle concrete fattispecie delle sentenze pronunciate in materia, si evince che le stesse riguardavano essen-

(continua nota 67)

so in cui il contratto solenne documenti gli elementi essenziali dello stesso (mentre gli elementi c.d. accidentali potrebbero formare oggetto di *relatio*): v. tra gli altri Bianca, *Diritto civile, 3. Il contratto*, Milano 1984, p. 287; Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1970, p. 416; Giorgianni, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 1005. Per una panoramica delle opinioni e degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, cfr. Petrelli, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico*, Milano 2000, p. 242 ss.

(68) Per tale critica, Baralis, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in *Riv. not.*, 1978, p. 733.

(69) Baralis, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 736 ss. (ove si distingue tra *relatio* relativa a dati fattuali, ammissibile, e *relatio* attinente invece alla «parte precettiva del discorso giuridico», inammissibile); Baralis, *Il testamento per relationem*, in *Successioni e donazioni*, I, a cura di Rescigno, Padova 1994, p. 976 ss. (ove si ritiene legittimo solo il rinvio che non riguardi «elementi espressivi che svolgano un ruolo globalmente precettivo», e comunque escludendo che sia «possibile utilizzare per il rinvio elementi risultanti da una forma «minore» (meno garantista)»); Giordano-Mondello, *Il testamento per relazione*, Milano 1966, p. 40 ss. (ove il chiarimento che la *relatio* deve rimanere estranea «al nucleo centrale del negozio», o alla sua «essenza normativa», poiché «alla *relatio* non può esser dato di esprimere totalmente il contenuto precettivo del negozio»); Criscuolo, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli 1995, p. 310-311 (secondo il quale la *relatio*, relativa alla determinabilità dell'oggetto del negozio formale, non può incidere sul «contenuto normativo», o «contenuto precettivo» del negozio stesso); Magliulo, *Il riferimento a fonti determinative esterne al contratto (relatio) e la forma del contratto di mutuo*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano 1999, p. 350 ss. (che ritiene inammissibile la *relatio* «allorché questa riguardi l'individuazione della causa o la formazione dell'accordo delle parti»).

(70) Baralis, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 726; Nicolò, *La relatio nei negozi formali*, cit., p. 127.

zionalmente casi (per i quali comunque la legge richiede la semplice forma scritta, e non l'atto pubblico) di determinabilità dell'oggetto negoziale (fattispecie attinenti alla forma della determinazione degli interessi ultralegali, degli atti relativi a beni immobili, del patto di prova nel contratto di lavoro, della clausola compromissoria), nei quali la *relatio* è stata ammessa a condizione che la clausola di rinvio fosse sufficientemente specifica⁽⁷¹⁾. Riguardo ai casi in cui, invece, la legge richiede la forma dell'atto pubblico, non risultano precedenti giurisprudenziali, se si eccettuano le pronunce in tema di atto costitutivo e statuto, già richiamate.

Al fenomeno della *relatio* in senso proprio è assimilabile quello dell'allegazione di ulteriori documenti al documento principale⁽⁷²⁾. L'affermazione, condivisibile in linea di principio, vale a maggior ragione nel caso in cui il

(71) Cass. 7 agosto 2002 n. 11891, in *Giur. it.*, 2003, p. 1018; Cass. 21 giugno 2002 n. 9080, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Interessi*, n. 13; Cass. 19 luglio 2000 n. 9465, in *Foro it.*, 2001, I, c. 155; Trib. Bari 29 maggio 2000, in *Arch. civ.*, 2001, p. 899; Trib. Perugia 16 agosto 2000, in *Rass. giur. umbra*, 2000, p. 668; Cass. 8 gennaio 1999 n. 102, in *Arch. civ.*, 1999, p. 443; Cass. 11 agosto 1998 n. 7871, in *Giur. it.*, 1999, p. 996; Cass. 23 giugno 1998 n. 6247, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 508; Trib. Trani 27 febbraio 1998, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2566; Trib. Milano 30 giugno 1997, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, II, p. 680; Cass. 29 novembre 1996 n. 10657, in *Corriere giur.*, 1997, p. 427; Cass. 10 novembre 1997 n. 11042, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Interessi*, n. 15; Cass. 18 maggio 1996 n. 4605, in *Corriere giur.*, 1996, p. 1100; Cass. 25 giugno 1994 n. 6113, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Interessi*, n. 6; Cass. 23 novembre 1993 n. 11566, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 30; Cass. 7 marzo 1992 n. 2765, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, II, p. 390; Cass. 5 settembre 1992 n. 10240, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Arbitrato*, n. 87; Cass. 25 agosto 1992 n. 9839, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2172; Cass. 22 maggio 1990 n. 4617, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Interessi*, n. 19; Cass. 12 novembre 1987 n. 8335, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Interessi*, n. 6; Cass. 14 febbraio 1981 n. 908, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2497.

(72) Baralis, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 742 ss.; Magliulo, *Il riferimento a fonti determinative esterne al contratto (relatio) e la forma del contratto di mutuo*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, cit., p. 350 (limitatamente al caso in cui «l'allegato, ancorché proveniente direttamente dalle parti, non sia rivestito della forma richiesta dalla legge per l'atto di cui trattasi»). *Contra*, Marmocchi, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, cit., p. 491 ss. (il quale da un lato ritiene possibile che la regola contrattuale sia contenuta prevalentemente nell'allegato, dall'altro (p. 493) sottolinea come non possa parlarsi di serietà della dichiarazione nel «caso limite di un atto pubblico che contiene solamente l'identificazione delle parti contraenti e l'espressione della loro volontà diretta all'assunzione del vincolo, mentre il complesso regolamento negoziale è allegato all'atto vero e proprio»); Id., *La discussa natura dello statuto allegato*, cit., p. 812 (il quale ritiene che l'allegato sia documento senza paternità - non essendone richiesta dalla legge notarile la sottoscrizione finale - e partecipi quindi «della natura e della paternità» del documento cui accede, salvo che per l'efficacia probatoria; con la conseguenza che quando la legge parla di atto pubblico si riferirebbe all'insieme costituito da atto ed allegato). Adesivamente, Alessandrini Calisti, *L'allegazione dello statuto all'atto costitutivo della società a responsabilità limitata*, cit., p. 425. Il difetto di questa tesi - essa sì formalistica - è quello di attrarre al concetto ed alla disciplina dell'atto pubblico anche documenti, quali sono gli allegati predisposti in precedenza dalle parti o da terzi, che con tutta evidenza sono sottratti alle norme garantistiche «sostanziali» proprie degli atti pubblici (indagine della volontà, conseguente e successiva redazione ad opera del notaio, modalità di scritturazione, ecc.).

documento allegato abbia «rango formale» inferiore rispetto al documento principale, ponendosi allora tutti i problemi di natura «garantistica» già evidenziati.

Come si vede, quindi, un panorama molto articolato, ben diverso da quello descritto da chi afferma che la dottrina prevalente sarebbe favorevole, senza limitazioni, al fenomeno della *relatio* nei negozi formali. Quale, allora, la conclusione con riferimento al contenuto dell'atto costitutivo di società di capitali? Sulla base dei principi generali, sopra enucleati, potrebbe ammettersi *relatio* solo in relazione ad elementi per i quali la legge non richieda la «determinazione» all'interno del contratto, ma consenta invece la mera «determinabilità». Se si ha riguardo, però, alle numerose disposizioni legislative che prescrivono indicazioni all'interno dell'atto costitutivo e dello statuto⁽⁷³⁾, si riscontrano solo previsioni del primo tipo. Quando, ad esempio, l'art. 2468, comma 3, cod. civ. consente «che l'atto costitutivo preveda» l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti, o quando l'art. 2469, comma 1, cod. civ., relativamente alla libera trasferibilità delle partecipazioni, ammette una «contraria disposizione dell'atto costitutivo», si è in presenza di disposizioni di legge che richiedono la «determinazione», e non la semplice «determinabilità» dei profili organizzativi in considerazione. Le esigenze di certezza connesse a tali requisiti organizzativi, ed il connesso rilievo della forma pubblica (pubblica fede e prova privilegiata attengono per l'appunto al requisito della certezza, che interessa prioritariamente i terzi), conducono inevitabilmente ad escludere in questi casi il fenomeno della *relatio* ad una fonte documentale esterna all'atto pubblico, ancorché si tratti di una scrittura privata allegata all'atto medesimo.

Quid, allora, in relazione allo statuto in senso proprio? La risposta sta, come si è visto, nella disposizione dell'art. 2332, comma 1, n. 3, cod. civ., che - correttamente interpretata, alla luce dell'art. 11 della prima direttiva CEE - induce a ritenere senz'altro consentito il «travaso» del contenuto essenziale dell'atto costitutivo di società per azioni, o di società cooperativa, nello statuto, *in quanto, e solo in quanto, a tale statuto è dato riconoscere natura e forma di atto pubblico*. Con la conseguenza che la redazione dello statuto in forma di scrittura privata non legittimerebbe, in alcun modo, il riflusso in tale ultimo documento degli elementi, che la legge richiede di indicare nell'"atto costitutivo» o nello «statuto».

(73) Vedine l'elenco in Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 435 ss., nota 1, 2, 5 ed 8.

Quanto alla società a responsabilità limitata, l'assenza - nel contesto dell'art. 2463 cod. civ. - di una disposizione eccezionale, come quella contenuta negli artt. 2328 e 2521 cod. civ., che consente di inserire le norme di funzionamento in un «atto separato», fa sì che debba applicarsi la disposizione generale dell'art. 51, n. 8, della legge notarile, con conseguente necessità di un atto notarile costituente un *documento unitario*. Beninteso, *la tecnica redazionale consistente nel distinguere le disposizioni dell'atto costitutivo da quelle dello statuto è pienamente legittima anche nella società a responsabilità limitata, né risulta preclusa l'adozione del termine «statuto» riguardo alle norme di funzionamento della s.r.l.* Come si vedrà nel prosieguo, è peraltro pienamente legittimo il comportamento consistente nel riportare l'escatocollo al termine dell'atto costitutivo, e quindi prima dello statuto⁽⁷⁴⁾. Il che sdrammatizza, a ben vedere, la contrapposizione tra società per azioni (in cui è possibile adottare la tecnica del «documento separato», con autonoma sottoscrizione finale) e società a responsabilità limitata, in ciascuna delle quali vi è comunque uno statuto, avente natura di atto pubblico, del quale occorre, tra le altre cose, dare lettura alle parti, con menzione di tale lettura all'interno dell'unico atto pubblico.

10. La disciplina dell'atto pubblico. Le formalità richieste dalla legge notarile e la disciplina degli allegati: atto pubblico *sui generis*? - Tra le obiezioni avanzate, all'indomani della riforma, alla tesi che qualifica lo statuto come atto pubblico, quella probabilmente più condivisa ha fatto leva sulla rigidità della disciplina formale dell'atto pubblico, contenuta nell'art. 51 della legge notarile. Ai sensi di quest'ultima disposizione, l'atto pubblico inizia con l'intitolazione «Repubblica Italiana», contiene analitiche indicazioni relative alla data dell'atto, alle parti, ai testimoni, all'oggetto, nonché menzioni relative alla lettura dell'atto e degli eventuali allegati, al numero dei fogli e delle pagine impiegati, ecc. La tecnica stipulatoria notarile riassume tali indicazioni in apertura (protocollo) e nella chiusura (escatocollo) dell'atto pubblico⁽⁷⁵⁾. Queste indicazioni, si è evidenziato, non sono però presenti nello

(74) Come sarà chiarito *infra* nel testo, non si riscontra, a ben vedere, una violazione di legge nel caso di atto costitutivo di società a responsabilità limitata, nel caso in cui si redigano - nel contesto dell'unico atto pubblico - un atto costitutivo munito di sottoscrizioni finali, e subito dopo venga riportato lo statuto, al termine del quale stanno le sottoscrizioni finali richieste dall'art. 51, n. 8, cod. civ. : in una tale fattispecie, si ha semmai l'apposizione, superflua, delle sottoscrizioni al termine dell'atto costitutivo in senso stretto, che però non è sanzionata da alcuna norma.

(75) Casu, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Milano-Roma 1996, p. 156 ss., 223 ss.; Morello-Ferrari-Sorgato, *L'atto notarile*, Milano 1977, p. 363 ss., 469 ss.

statuto conosciuto dalla prassi⁽⁷⁶⁾: tale assenza impedirebbe, quindi, secondo la riportata dottrina di accedere alla qualificazione dello stesso statuto come atto pubblico, a meno di qualificare il documento in oggetto come un atto *sui generis*, un ibrido che avrebbe solo in parte le caratteristiche dell'atto pubblico (lettura, modalità di scritturazione, sottoscrizione finale)⁽⁷⁷⁾; la qualificazione propria dello statuto sarebbe invece quella di «allegato», nel senso desumibile dalla legge notarile.

L'obiezione non ha, tuttavia, fondamento alcuno. Per comprendere meglio la questione occorre, peraltro, far cenno alla disciplina dettata dalla legge notarile in relazione agli «allegati» in senso tecnico. L'allegato, in quanto documento preesistente all'allegazione, ha una propria autonomia giuridica, come qualsiasi documento si qualifica come pubblico o privato a seconda della qualità del suo autore⁽⁷⁸⁾, e tale qualifica mantiene anche a seguito dell'allegazione, come espressamente risulta dalla legge notarile (cfr. l'art. 51, n. 12, l.n., a proposito delle sottoscrizioni marginali). Gli altri profili di disciplina (inapplicabilità delle norme su indagine della volontà, sulla redazione a cura del notaio, sulla scritturazione e postille; dispensabilità dalla lettura; inapplicabilità delle norme di garanzia sulla lingua dell'atto; non necessità di sottoscrizione finale⁽⁷⁹⁾) presuppongono generalmente che gli allegati medesimi abbiano una collocazione «esterna» rispetto al nucleo del regolamento

(76) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 788. Il ripetuto riferimento alla prassi (cfr. Rescio, *op. ult. cit.*, p. 785 ss., 815 ss.) sembrerebbe sottintendere la rilevanza interpretativa di tale elemento, quasi quale «diritto vivente» del quale l'interprete debba tener conto. Ciò non è evidentemente possibile a seguito della riforma, essendo troppo breve il tempo decorso dalla sua entrata in vigore, ed atteggiandosi del resto la prassi in modo estremamente vario. Ma non è possibile trarre argomenti interpretativi dalla prassi neanche per il periodo anteriore, mancando quei requisiti che la dottrina più autorevole ha ritenuto necessari per attribuire valore interpretativo al diritto vivente, e precisamente un orientamento da lungo tempo consolidato anche della giurisprudenza (cfr. Mengoni, *Diritto vivente*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, VI, Torino 1990, p. 445; Santoro Passarelli, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano 1992, p. 1123; Busnelli, *Ars notaria e diritto vivente*, in *Riv. not.*, 1991, p. 1; Evangelista-Canzio, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 82; Pugiotto, *Il riferimento al diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 357). Si rinvergono infatti, prima della riforma, orientamenti giurisprudenziali in vario senso (per i quali v. Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 451 ss.), che impediscono di configurare un «diritto vivente» di segno diverso da quello risultante dalle disposizioni codicistiche. Né può configurarsi, nella materia *de qua*, una rilevanza della prassi in termini di diritto consuetudinario (in tal senso, Rescio, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, in *Giur. comm.*, 1990, I, p. 842 ss.), essendo i profili in esame compiutamente disciplinati dalla legge.

(77) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 799, e p. 800, nota 30. Parla di atto pubblico *sui generis* anche Casu, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 75.

(78) Carnelutti, *Documento (teoria moderna)*, in *Novissimo dig. it.*, VI, Torino 1960, p. 89.

(79) Cfr. Casu, *Allegati (all'atto notarile)*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, V, Roma 2002, (segue)

negoziale, e siano al più idonei a documentare, oltre ad elementi accessori e per l'appunto esterni al negozio, presupposti dell'atto come la legittimazione (caso paradigmatico è quello della procura), o punti di riferimento esterni per i quali la legge ritiene sufficiente la determinabilità (l'oggetto del negozio). Può evidentemente trattarsi anche di documenti che incorporano negozi autonomi, eventualmente stipulati tra le stesse parti dell'atto notarile; ma è *evidentemente diverso il caso in cui l'allegato contenga parte della regolamentazione negoziale tra le parti, alla cui documentazione è destinato l'atto pubblico*: la disciplina, meno garantistica, degli allegati non può allora ritenersi compatibile con la ricomprensione negli stessi del «nucleo precettivo» del regolamento negoziale, quando quest'ultimo deve essere espresso in forma solenne, con le garanzie quindi previste per l'atto pubblico in senso stretto (punto, questo, già dimostrato a proposito del fenomeno della *relatio* nei negozi solenni). Soprattutto, il fatto che l'allegato possa essere predisposto anche dalle parti dell'atto o da terzi, anteriormente al ricevimento dell'atto pubblico - e che quindi lo stesso non sia formato dal notaio all'esito dell'indagine della volontà delle parti, né documentato con le garanzie richieste dagli artt. 51 ss. l.n. - differenzia profondamente tale documento dall'atto pubblico vero e proprio.

Appare allora evidente come non possa accedersi alla ricostruzione che da un lato vede nell'allegato all'atto pubblico una parte integrante di quest'ultimo, non riducibile alla disciplina della scrittura privata ma piuttosto equiparabile all'atto pubblico medesimo, e dall'altro lo sottrae all'applicazione delle relative norme di garanzia⁽⁸⁰⁾. La verità è che *l'allegato non partecipa della natura dell'atto pubblico cui accede, se non la possiede autonomamente*; e che, quindi, non può essere tale qualifica quella appropriata per lo statuto, per il quale la legge prescrive invece la forma pubblica.

In realtà, l'equivoco in cui cade la dottrina criticata è quello di pensare allo statuto come un atto pubblico «distinto» ed «autonomo» (ed è evidente, che, in quest'ottica, la proposta configurazione non avrebbe veramente alcun senso). Ma così non è. *L'atto pubblico di costituzione della società è uno, ed*

(continua nota 79)

p. 22 ss.; Falzone-Alibrandi, *Allegati all'atto notarile*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, I, Roma 1973, p. 80 ss.

(80) Marmocchi, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, cit., p. 491 ss., il quale da un lato afferma che l'allegato costituisce parte integrante dell'atto pubblico, d'altro lato circoscrive gli effetti di questa affermazione all'esecuzione del controllo di liceità, mentre testualmente afferma che negli allegati «il dovere di chiarimento poi manca senza eccezioni, poiché l'opera del notaio si riduce ad un esame formale ed alla valutazione della mancanza di cause di illiceità, sotto il profilo sostanziale».

uno soltanto, come dimostrano anche le disposizioni, contenute negli artt. 2328 e 2521 cod. civ., che parlano dello statuto come «parte integrante» dell'atto costitutivo. *Tale unicità spiega perché il notaio debba dare conto, una volta soltanto, delle generalità delle parti, dell'accertamento della loro identità personale, della eventuale rinuncia ai testimoni, della lettura dell'atto, e via dicendo.*

Ma vediamo meglio la struttura tipica di un atto notarile pubblico, per esaminare quali siano le reali deroghe alla disciplina contenuta nell'art. 51 della legge notarile. Si è già detto che la tecnica stipulatoria notarile include alcune tra le indicazioni previste da detto art. 51 alla fine dell'atto (c.d. *formula di chiusura dell'atto pubblico*, o escatocollo): si tratta, precisamente, delle indicazioni richieste ai nn. 8 (menzione della lettura dell'atto e degli allegati, salva dispensa per questi ultimi) e 9 (menzione delle modalità di scrittura e del numero dei fogli e delle pagine impiegati)⁽⁸¹⁾. *Nessuna disposizione di legge, tuttavia, richiede che tali menzioni siano collocate alla fine dell'atto*: quindi la formula dell'escatocollo ben potrebbe essere collocata all'inizio, o nel bel mezzo del documento pubblico⁽⁸²⁾. *Ciò che, invece, deve essere necessariamente collocato alla fine dell'atto pubblico sono le sottoscrizioni delle parti, degli eventuali testimoni e fidefacienti e del notaio (art. 51, n. 10, l.n.): ciò discende oltre che dalla disciplina dell'art. 51 l.n., anche dalla natura stessa della sottoscrizione, la quale, anche nella scrittura privata, deve - per assolvere compiutamente la sua funzione - essere collocata alla fine del documento*⁽⁸³⁾.

(81) In pratica, l'atto pubblico costitutivo di società di capitali, quale conosciuto dalla prassi, si apre con il c.d. protocollo, prosegue con l'espressione della volontà costitutiva della società e con le indicazioni di natura «transeunte» (conferimenti, nomina dei primi amministratori e sindaci, spese di costituzione, ecc.), cui segue la formula di chiusura dell'atto pubblico; successivamente, quindi dopo la formula di escatocollo, viene riportato lo statuto.

(82) Si tratta di affermazione sostanzialmente pacifica in dottrina: cfr. Casu, *Menzioni (nell'atto notarile)*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, V, Roma 2002, p. 342 ss.; Casu, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Milano-Roma 1996, p. 241, 257 ss.; Santarcangelo, *La forma degli atti notarili*, Roma 1994, p. 138; Boero, *La legge notarile commentata*, I, Torino 1993, p. 316 ss.; Di Fabio, *Manuale di notariato*, Milano 1981, p. 133; Lenzi, *Il notaio e l'atto notarile*, Pisa 1950, p. 150. La dottrina ha chiarito, in particolare, che la menzione della lettura prima della fine dell'atto non attesta un fatto futuro, perché nulla osta che essa venga materialmente scritta prima, posto che - al pari di tutte le altre indicazioni contenute nell'atto - essa acquista giuridica rilevanza solo con il perfezionamento dell'atto, che ha luogo con la sottoscrizione.

(83) Sulla necessità che la sottoscrizione sia posta alla fine del documento (anche se talvolta si ammette che da particolari circostanze possa comunque desumersi la volontà del sottoscrittore di assumere la paternità del documento, ritenendo quindi valide anche sottoscrizioni apposte a margine e non in calce), Patti, *Della prova documentale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1996, p. 65; Marmocchi, *Scrittura privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma 1992, p. 4; Scardaccione, *Scrittura privata*, in *Novissimo dig. it.*, XVI, Torino 1965, p. 812; Carnelutti, *Studi sulla*

(segue)

Orbene, gli artt. 2328 e 2521 cod. civ., nella parte in cui autorizzano la redazione dello statuto come «atto separato» (che nel contempo però costituisca «parte integrante» dell'atto costitutivo), implicano *eccezionalmente*, sulla base dei suesposti principi generali, la necessità della *sottoscrizione finale*, quale prevista dall'art. 51, n. 10, l.n., *sia al termine dell'atto costitutivo, sia al termine dell'atto separato, costituito dallo statuto*⁽⁸⁴⁾. Quindi due sottoscrizioni finali, in luogo dell'unica sottoscrizione riferita all'intero «atto pubblico», costituito dall'insieme di atto costitutivo e statuto. Questa è, in fondo, l'unica deroga alla legge notarile; deroga che trova, tra l'altro, il suo fondamento nella disposizione dell'art. 60 della stessa legge notarile, che espressamente dispone la prevalenza su quest'ultima fonte normativa delle disposizioni del codice civile⁽⁸⁵⁾. In altri termini il legislatore, preso atto della «utilità» della distinzione documentale tra atto costitutivo (contenente indicazioni «transeunti») e statuto (che riporta, invece, le norme di organizzazione che dovranno accompagnare l'ente per tutta la sua vita)⁽⁸⁶⁾, ha consentito la *"separazione" documentale*⁽⁸⁷⁾, determinando, di riflesso, la necessità di doppia sottoscrizione finale (in applicazione dei principi generali sulla sottoscrizione). Non vi è quindi nessun'altra deroga al regime legale dell'atto pubblico: *nella piena osservanza della legge notarile, e tenendo conto dell'utilità pratica di collocare tutte le indicazioni «transeunti» nel corpo dell'atto costitutivo in senso stretto, è quindi possibile riportare al termine di quest'ultimo la formula di escatocollo (menzioni riferite a scritturazione e lettura), apporre le sottoscrizioni, e far quindi seguire lo statuto, a sua volta munito di sottoscrizioni finali.*

Per il resto, piena applicabilità anche allo statuto delle disposizioni contenute negli artt. 47 e seguenti della legge notarile, senza nessuna duplicazione

(continua nota 83)

sottoscrizione, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 83. In senso parzialmente contrario, cfr. però De Rada, *Sulla regolarità della sottoscrizione di scrittura privata*, in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, p. 192; Cass. 12 luglio 1991 n. 7764, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Prova documentale*, n. 15.

(84) Sciogliamo quindi, nel senso espresso nel testo, il dubbio già espresso in Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 456, in ordine alla necessità di una sottoscrizione finale anche dello statuto. Tale necessità (già correttamente sostenuta da Casu, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 75) nasce da quella che è stata indicata, nel testo, come funzione della sottoscrizione, che come tale deve «chiudere» il testo non solo dell'atto pubblico, ma di qualsiasi scrittura e documento che abbia dignità di «atto separato».

(85) Casu, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 74-75.

(86) Fré-Sbisà, *Della società per azioni*, I, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1997, p. 64 («l'atto costitutivo indica come la società sia sorta, mentre invece lo statuto descrive la società quale è e come vive»).

(87) Per la separazione documentale, nonostante l'unicità dell'atto pubblico e quindi della «forma pubblica», Casu, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 73 ss.

di menzioni e dichiarazioni⁽⁸⁸⁾. Ciò significa che, sia per l'atto costitutivo che per lo statuto, devono essere osservate, tra l'altro, le disposizioni relative all'indagine della volontà delle parti ed alla direzione notarile della compilazione integrale dell'atto (art. 47, comma 3)⁽⁸⁹⁾, all'indicazione in lettere e per esteso di date, somme e quantità (art. 51, n. 5), alla lettura alle parti in presenza degli eventuali testimoni (art. 51, n. 8), alle regole sulla scritturazione e sulle postille (art. 53), all'impiego della lingua italiana, salve le eccezioni e le cautele previste in caso di comparenti che non conoscano tale lingua (artt. 54 e 55), alle disposizioni di tutela e garanzia a favore di sordi, muti e sordomuti (artt. 56 e 57).

Quali le conseguenze della violazione delle suddette prescrizioni di forma relativamente allo statuto? La violazione degli artt. 47, 54, 55, 56, 57, e dell'obbligo di lettura (non dispensabile, non trattandosi di allegato ma di parte integrante dell'atto pubblico) danno luogo a nullità «documentale», ai sensi dell'art. 58, nn. 4 e 6, della legge notarile; nullità cui non si può porre rimedio - nella fattispecie in esame - con il meccanismo della conversione *ex* art. 2701 cod. civ. (come in tutti i casi in cui la forma pubblica è richiesta dalla legge *ad substantiam*⁽⁹⁰⁾). Nel caso di specie, tuttavia, occorre fare i conti con la speciale disciplina della «nullità della società», contenuta nell'art. 2332 cod. civ., che impedisce, dopo l'iscrizione nel registro delle imprese, la declaratoria di nullità non ricomprese nell'elenco tassativo ivi contenuto. Nella misura in cui si ritenga - in armonia con la necessità di interpretazione restrittiva dell'art. 2332 cod. civ.⁽⁹¹⁾ - che l'inosservanza delle pre-

(88) Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 456. È pertanto possibile riportare solo nell'atto costitutivo la data dell'atto, le generalità delle parti, la rinuncia ai testimoni, la menzione di certezza dell'identità personale, le menzioni relative a scritturazione e lettura, ecc. L'unicità dell'atto pubblico, nonostante la separazione documentale di cui si è detto, comporta evidentemente un'unica annotazione a repertorio (con un solo numero progressivo: art. 62, comma 2, n. 1, l.n.), ed un unico numero progressivo di raccolta (art. 61, comma 2, l.n.).

(89) In tal senso, Maltoni, *Commento all'art. 2332*, cit., p. 84 (che tra l'altro dalla regola di prevalenza sulle clausole dell'atto costitutivo di quelle dello statuto ricava «un principio di prevalenza negoziale che rende illegittima la mancata lettura dello stesso, dal momento che la lettura rappresenta l'accertamento conclusivo nell'ambito dell'attività di ricevimento della volontà dei contraenti cui è preordinata dalla legge la funzione notarile»); Pavone La Rosa-Nigro, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 1*, Torino 2004, p. 382 (ove la precisazione che la complessiva funzione notarile, quale garante oltretutto della «conformità del contenuto dell'atto alla volontà manifestata dai contraenti», si estende anche alle norme di organizzazione dell'ente).

(90) Tommaseo, *L'atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, in *Riv. not.*, 1998, p. 597.

(91) Corte Giustizia CE 13 novembre 1990, n. 106/89, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 173; Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino 2004, p. 31; Borgioli, *La nullità della s.p.a.*, cit., p. 358.

scrizioni formali dettate dalla legge notarile non integrino il vizio di «manca-
ta stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico» ex art.
2332, comma 1, n. 1, cod. civ.⁽⁹²⁾, *le violazioni formali riferite allo statuto
non possono comportare nullità della società.*

Semmai, la nullità documentale - se riferita alle sole norme di funziona-
mento della società - potrebbe rilevare quale *nullità parziale*, e comportare
quindi *l'invalidità del solo statuto, di cui non sia stata data lettura*, o rispetto
al quale non siano state rispettate le prescrizioni degli artt. 47, 54, 55, 56,
57 della legge notarile. Salvo esplorare la possibilità di attribuire rilievo para-
sociale ad alcune delle clausole contenute nello statuto con vizi di forma⁽⁹³⁾;
e salva comunque - in applicazione dei principi emergenti dall'art. 2332
cod. civ. - l'efficacia *ex nunc* anche della eventuale declaratoria di nullità
parziale⁽⁹⁴⁾. In ogni caso, il difetto «documentale» implica la *non iscrivibilità
nel registro delle imprese*, rilevabile d'ufficio dal conservatore, nell'ambito del
potere di verificare la «regolarità formale della documentazione» prodottagli
(artt. 2330, comma 3, e 2436, comma 2, cod. civ.).

**11. Le ragioni dell'atto pubblico notarile nella costituzione delle società
di capitali: il controllo di legalità, l'indagine della volontà delle parti, la
pubblica fede e l'essenza della funzione notarile.** - Il tentativo di escludere
l'applicazione della disciplina dell'atto pubblico allo statuto è stato motivato,
tra l'altro, sulla base di un complesso ragionamento basato sulla *ratio* della
prescrizione dell'atto pubblico ai fini della costituzione delle società di capi-
tali e cooperative; *ratio* che è stata rinvenuta nell'esigenza di assicurare il
controllo preventivo di legalità, da parte del notaio, sulle disposizioni dell'at-
to costitutivo e dello statuto; controllo a sua volta finalizzato all'iscrizione
nel registro delle imprese, e quindi al conseguimento della personalità giuri-
dica⁽⁹⁵⁾. Su questo fondamento, nonché basandosi sull'orientamento, decisa-
mente prevalente, che richiede il controllo di legalità notarile non solo in re-

(92) Borgioli, *La nullità della s.p.a.*, cit., p. 374. *Contra*, per la nullità della società, ex art. 2332, n. 1, cod. civ., quando non siano state rispettate le prescrizioni formali della legge notarile relative allo statuto (tra cui la lettura dello stesso), Palmieri, *Commento all'art. 2332*, cit., p. 94; Maltoni, *Commento all'art. 2332*, cit., p. 83-84; Associazione Preite, *Il diritto delle società*, Bologna 2004, p. 56.

(93) Sul problema della «degradazione» a patti parasociali delle clausole statutarie invalide, cfr. Rescio, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 653 ss.

(94) Per l'efficacia *ex nunc* dell'eventuale pronuncia di nullità parziale di clausole statutarie, in armonia con i principi desumibili dall'art. 2332, comma 2, cod. civ., cfr. Viscusi, *Il nuovo sistema dei controlli sugli atti societari*, Napoli 2002, p. 131, nota 68.

(95) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 802 ss.

lazione all'atto pubblico, ma anche alle scritture private autenticate (ed a quelle allegate, a queste ultime equiparate), si è sostenuto che la finalità del controllo di legalità sarebbe comunque pienamente soddisfatta anche se lo statuto, allegato all'atto costitutivo, rivestisse la forma della scrittura privata⁽⁹⁶⁾. Si è, parallelamente, contestato che abbia alcun ruolo, ai fini della costituzione delle società di capitali e cooperative, l'indagine della volontà dei soci fondatori ad opera del notaio: l'indagine della volontà, si è detto, ha unicamente lo scopo di assicurare una maggior protezione alle parti dell'atto, ma questa esigenza non ricorrerebbe nella fattispecie costitutiva in esame, come dimostrerebbe il fatto che la successiva adesione ad una società già costituita non richiede forme solenni⁽⁹⁷⁾. Ulteriore corollario di quanto sopra: non sarebbe necessario che il notaio indaghi la volontà delle parti e diriga personalmente la compilazione integrale dell'atto (ivi compreso lo statuto allegato): per quanto in particolare concerne lo statuto, questo - alla stregua di qualsiasi scrittura privata allegata - potrebbe essere redatto dalle parti, o da consulenti di loro fiducia⁽⁹⁸⁾.

L'intero ragionamento appare viziato da equivoci, inerenti alle caratteristiche della funzione notarile, nonché alla struttura ed alla funzione dell'atto pubblico, che è necessario dissipare mediante un'analisi di dettaglio. Procediamo quindi con ordine.

È certamente vero che la principale finalità, perseguita dal legislatore *in subiecta materia* nel richiedere la forma dell'atto pubblico, può individuarsi nell'esigenza di assicurare il controllo di legalità sugli atti societari; in questo senso depone anche la norma comunitaria che richiede la forma solenne solo laddove non vi sia un controllo preventivo di natura giudiziaria od amministrativa. È però indispensabile fare una precisazione di carattere metodologico.

Nel particolare settore del diritto delle società di capitali e cooperative, esistono due piani diversi dei quali occorre tener conto. Vi è il piano del diritto comunitario: riguardo al quale l'art. 10 della prima direttiva CEE - nel porre il controllo notarile come alternativo (ed equipollente) rispetto a quello giudiziario o amministrativo - per un verso dimostra la sufficienza, ai fini di cui trattasi, di un controllo che sia solo successivo alla formazione dell'atto⁽⁹⁹⁾; per altro verso però richiede - sia per l'atto costitutivo che per lo sta-

(96) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 804-805.

(97) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 798 ss.

(98) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 807, nota 41.

(99) Sull'equivalenza del controllo giudiziario rispetto a quello notarile negli intendimenti della
(segue)

tuto - la forma dell'atto pubblico; forma per la quale non può che farsi riferimento alle concrete previsioni dettate dalle legislazioni nazionali (che ben possono configurare tale forma solenne in modo da prevedere controlli più rigorosi).

Vi è, poi, il piano del diritto interno. In relazione al quale occorre innanzitutto dire che *la peculiare disciplina dei controlli*, dettata dagli artt. 2330 e 2436 cod. civ., e dall'art. 138-*bis* della legge notarile, si caratterizza autonomamente rispetto alla forma impiegata per l'atto, e *si muove su un piano parallelo (quello tipologico, o dell'organizzazione societaria), che non interferisce con quello della forma, né per certi aspetti con la responsabilità disciplinare ex art. 28 l.n.*⁽¹⁰⁰⁾. Il che significa che se le esigenze di natura comunitaria sono soddisfatte mediante la suddetta disciplina speciale, è per il resto pienamente applicabile la disciplina generale interna in punto di forma: e ciò implica un *richiamo integrale alla disciplina dell'atto pubblico*, quale contenuta nel codice civile e nella legge notarile. È quindi dal complesso delle disposizioni del diritto interno - già sopra esaminate - che va tratta la disciplina formale di atto costitutivo e statuto; e da tali disposizioni si ricava la conclusione che *la legge italiana richiede, per entrambi i documenti, l'applicazione delle garanzie proprie dell'atto pubblico*. L'avvertenza metodologica consiste, allora, nel monito a non utilizzare la *ratio* della disciplina comunitaria - che individua comunque il livello «minimo» di garanzie richieste - ai fini dell'interpretazione delle disposizioni sulla forma, che come tali non possono essere certo oggetto di «riduzione teleologica». In altri termini: *ogni qualvolta sia*

(continua nota 99)

prima direttiva comunitaria, cfr. Sciuto, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrिवibilità nella costituzione delle società di capitali*, cit., p. 1218; Borgioli, *La nullità della società per azioni*, cit., p. 140, nota 34; Angelici, *La società nulla*, Milano 1975, p. 238, nota 221.

(100) Affermazione assolutamente prevalente: cfr. tra gli altri Viscusi, *Il nuovo sistema dei controlli sugli atti societari*, cit., p. 97 ss.; Notari, *Contenuto ed estensione del controllo di legalità degli atti societari da parte del notaio*, in *Il controllo notarile sugli atti societari*, a cura di Paciello, Milano 2001, p. 31 ss.; Sciuto, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrिवibilità nella costituzione delle società di capitali*, cit., p. 1230 ss.; Ferri Jr., *Profili di responsabilità notarile*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1423 ss.; Stella Richter Jr., *Considerazioni generali sulla riforma delle omologazioni societarie*, in *Riv. not.*, 2001, p. 279 ss.; Morera, *Dall'«omologazione» del tribunale all'«omologazione» del notaio: prime riflessioni sull'art. 32, legge 340/2000*, in *Riv. not.*, 2001, p. 295 ss.; Reviglione, *Il contenuto del controllo notarile di iscrिवibilità sugli atti societari: prime considerazioni*, in *Riv. not.*, 2001, p. 303 ss.

Cosicché il notaio non potrà chiedere l'iscrizione nelle imprese in presenza di vizi, rilevanti ai fini della conformità al tipo legale societario, pur se gli stessi non determinino applicazione dell'art. 28 l.n.; e dovrà comunque estendere il controllo di legalità alla eliminazione delle «lacune» del regolamento negoziale rilevanti ai fini della suddetta iscrizione: cfr. Sciuto, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrिवibilità nella costituzione delle società di capitali*, cit., p. 1239 ss., 1265 ss.

richiesta dalla legge la forma dell'atto pubblico, si applicano tutte le disposizioni proprie dell'atto pubblico, nessuna esclusa⁽¹⁰¹⁾. Ecco allora che l'argomentazione - che individua la *ratio* della forma pubblica nel controllo preventivo di legalità, e da tale *ratio* pretende di trarre conclusioni in ordine ai «limiti oggettivi» delle regole sulla forma - viene completamente a cadere.

È, del resto, assolutamente inaccettabile l'affermazione secondo cui «la forma pubblica, quando viene scelta liberamente o imposta dalla legge, comporta *di norma* l'obbligo del notaio di indagare e tradurre in modo appropriato la volontà delle parti», come pure quella per cui «la funzione notarile di adeguamento nella costituzione simultanea di società di capitali ... per quanto confluisce nel documento statutario ... sussiste nella misura in cui le parti ne fanno *esplicita o implicita richiesta* al notaio ovvero non gliene facciano *esplicita o implicita dispensa*»⁽¹⁰²⁾: l'art. 47, ultimo comma, della legge notarile, è disposizione che non si applica «di norma», ma sempre ed inderogabilmente, a pena di nullità dell'atto stesso (art. 58, n. 4, l.n.); per di più la tutela dei terzi, che sta alla base della disciplina delle società di capitali, connota ancor più - se ve ne fosse bisogno - tale previsione nel segno dell'indisponibilità ad opera delle parti⁽¹⁰³⁾.

Oltretutto - poiché è *pacifico che il controllo notarile di legalità si estenda anche alle scritture private autenticate*⁽¹⁰⁴⁾ - si riscontra nell'argomentazione criticata una evidente contraddizione logica: che la forma pubblica sia richie-

(101) Baralis, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 706.

(102) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 807-808, nota 41 (e v. anche p. 817, ove si parla di «compito di «adeguamento» concretamente e contrattualmente affidato al notaio dagli interessati»). Nel medesimo senso di Rescio, cfr. Genghini, *Il nuovo diritto societario, II - Gli statuti delle nuove società di capitali*, cit., p. 595, nota 37, secondo il quale il notaio potrebbe essere dispensato dal dovere di chiarimento «ove le parti per motivi di urgenza, o perché particolarmente esperte di diritto societario, non richiedano al notaio di essere istruite sulle implicazioni funzionali e legali dello statuto allegato all'atto costitutivo».

(103) Nel senso che la disciplina dell'atto pubblico è sottratta alla disponibilità delle parti, Patti, *Della prova documentale*, cit., p. 46.

(104) Sull'applicabilità del controllo di legalità, previsto dall'art. 28 n. 1 legge notarile, alla scrittura privata autenticata, oltre che all'atto notarile pubblico, è la dottrina assolutamente prevalente (v. Casu, *Scrittura privata autenticata*, cit., p. 583 ss.; Petrelli, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1422 ss., ed ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza), nonché la giurisprudenza della cassazione civile (Cass. 22 marzo 1994 n. 2699, in *Riv. not.*, 1994, p. 1095). Esistono anche specifici indici normativi in tal senso (art. 47 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, testo unico sull'edilizia; art. 21 della legge 28 febbraio 1985, n. 47; art. 24, comma 2, del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, testo unico sulla documentazione amministrativa; art. 25 del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, codice dell'amministrazione digitale). Da ultimo, l'art. 12, comma 1, lett. a), della legge di «semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005», approvata dal Senato in via definitiva il 22 novembre 2005, ha espressamente esteso l'applicazione dell'art. 28, n. 1, l.n., anche agli atti autenticati dal notaio.

sta solo ai fini del controllo di legalità⁽¹⁰⁵⁾, e che nel contempo la scrittura privata autenticata (alla quale viene equiparata quella allegata all'atto pubblico⁽¹⁰⁶⁾) sia sufficiente ai fini dell'esecuzione del medesimo controllo di legalità⁽¹⁰⁷⁾, sono *affermazioni logicamente non compatibili*. Occorrerebbe allora utilizzare il rasoio di Occam⁽¹⁰⁸⁾, ed eliminare la necessità dell'atto pubblico (al di fuori dei rari casi in cui vi è necessità di «superprotezione» delle parti dell'atto, o di alcuna di esse, come nelle donazioni o nelle convenzioni matrimoniali), con particolare riferimento alla fase costitutiva (ed a quella modificativa) delle società di capitali e altre persone giuridiche⁽¹⁰⁹⁾.

Del resto, l'atto pubblico era richiesto, dalla legge italiana, anche prima della soppressione del controllo omologatorio, avvenuta con la legge n. 340/2000: certamente non poteva sostenersi, nel vigore del regime di omologazione, che l'unica finalità dell'atto pubblico fosse il controllo preventivo di legalità operato dal notaio. Deve esserci, quindi, anche un'altra giustificazione: *quando la legge richiede l'atto pubblico, evidentemente è perché vuole assicurare un «effetto maggiore», rispetto a quello garantito dalla scrittura privata*.

Questo «effetto maggiore» è facilmente individuabile nella *pubblica fede*, intesa quale possibilità di far affidamento sulla *piena legalità dello statuto societario*, a sua volta assicurata dall'*indagine della volontà delle parti ad opera del notaio*. Quest'affermazione richiede, evidentemente, di essere adeguatamente motivata.

È certamente vero che non ricorre, nella costituzione di società di capitali e cooperative, l'esigenza di una «superprotezione» dei soci fondatori, come dimostra sia la possibilità di successiva adesione, senza forme solenni, di nuovi soci (per effetto dell'acquisto delle partecipazioni sociali, o della sottoscrizione in seguito ad aumento di capitale; o, nelle cooperative, in conseguenza dell'ammissione ad opera degli amministratori); sia la disciplina della costituzione per pubblica sottoscrizione della società per azioni, che rende possibile la sottoscrizione delle azioni mediante una mera scrittura privata

(105) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 802 ss.

(106) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 788-789.

(107) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 805 e 809.

(108) «Rasoio di Occam» viene chiamato un aforisma, creato nel XIV secolo dal filosofo Guglielmo di Occam, secondo la quale «*entia non sunt multiplicanda sine necessitate*», ovvero «*pluralitas non est ponenda praeter necessitatem*»: non bisogna creare categorie distinte, quando è sufficiente una categoria unica (ovvero non complicare ciò che è semplice). In altri termini: perché creare due distinti istituti giuridici (scrittura privata autenticata e atto pubblico) che assolvono la medesima funzione, posto che ai fini del controllo di legalità basterebbe solo il primo?

(109) In tal senso si era espresso in passato - in assenza di vincoli comunitari - Majello, *L'atto pubblico nella costituzione di società di capitali*, in *Foro it.*, 1954, I, c. 1447 ss.

autenticata (art. 2333, comma 3, cod. civ.)⁽¹¹⁰⁾. Ma ciò non significa che l'indagine della volontà delle parti non assolva ad un ruolo fondamentale nella vicenda costitutiva delle società di capitali, e delle persone giuridiche in genere, a tutela non tanto dei soci fondatori, ma piuttosto dei terzi (creditori, futuri soci) che entreranno in contatto con la società, e dell'ente che nascerà per effetto della stipulazione del contratto sociale.

Per comprendere quanto sopra, occorre tener conto del fatto che è solo grazie all'indagine della volontà delle parti che può realizzarsi compiutamente quella che è stata autorevolmente definita come *funzione antiprocessuale* del notaio⁽¹¹¹⁾. Da un lato, perché grazie a tale complessa attività maieutica il notaio è in grado di inquadrare i reali obiettivi delle parti, e suggerire loro la soluzione più idonea ad inquadrare la fattispecie concreta negli schemi astratti dell'ordinamento⁽¹¹²⁾. D'altro lato, perché grazie alla suddetta indagine è possibile evidenziare, ed evitare, vizi della volontà, e divergenze tra volontà e dichiarazione. Si pensi, in particolare, all'*errore di diritto*, che può costituire motivo di annullamento del contratto (o della singola partecipazione, *ex art. 1420 cod. civ.*), quando è stata la ragione unica e determinante del contratto⁽¹¹³⁾: l'intervento del notaio assume un ruolo determinante,

(110) In tal senso, Oppo, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 117; Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 798 ss.

Come si dirà meglio nel testo, la mancanza di simmetria formale tra atto di sottoscrizione (che può essere solo autentificato) e atto costitutivo (da stipularsi per atto pubblico) si giustifica per il ruolo assegnato all'atto pubblico nel procedimento costitutivo della società, posto essenzialmente a tutela della certezza giuridica e quindi nell'interesse dei terzi, e non viceversa a protezione dei sottoscrittori; che è poi lo stesso motivo in base al quale la migliore dottrina non ritiene necessaria, per il contratto preliminare di società di capitali o cooperativa, la forma dell'atto pubblico. Il tutto si compone, nel contesto del procedimento costitutivo per pubblica sottoscrizione, tenendo conto che con la sottoscrizione delle azioni si perfeziona unicamente un vincolo preparatorio - avente per oggetto l'assoggettamento irrevocabile alla volontà maggioritaria della futura assemblea dei sottoscrittori - nell'ambito di una fattispecie a formazione successiva che si perfeziona solo con la stipula dell'atto costitutivo, in forma pubblica, da parte dell'assemblea dei sottoscrittori: Fré-Sbisà, *Della società per azioni*, I, cit., p. 127 ss.; Graziani, *Diritto delle società*, Napoli 1963, p. 200-201; Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, II, Milano 1948, p. 186-187.

(111) Carnelutti, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. not.*, 1951, p. 11 (che individua il *cavere* come attività caratteristica della funzione notarile, ed afferma che «quanto più notaro tanto meno giudice ... quanto più *consiglio del notaio*, quanto più *consapevolezza del notaio*, quanto più *cultura del notaio*, tanto meno *possibilità di lite*»).

(112) Su tali caratteristiche della «funzione di adeguamento» del notaio, cfr. D'orazi Flavoni, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, in *Riv. not.*, 1958, p. 405 ss.

(113) Sulle problematiche relative all'errore di diritto nei contratti, cfr. Rossello, *L'errore nel contratto*, Milano 2004, p. 137 ss.; Spataro, *Errore di diritto e norme imperative sostitutive di clausole nulle ex art. 1419, secondo comma, cod. civ. (nota a Cass. 23 gennaio 1999 n. 645)*, in *Contratti*, 1999, p. 1095; Criscuoli, *Errore di diritto e riconoscibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 383; Pescara, *Il problema dell'error iuris nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 756.

grazie ai doveri di informazione e chiarimento che sono impliciti nell'obbligo di indagine della volontà, proprio al fine di evitare gli errori di diritto delle parti⁽¹¹⁴⁾.

Si consideri, sempre in quest'ottica, la disciplina garantistica dell'atto pubblico a favore di soggetti che non conoscono la lingua italiana, di muti, sordi, sordomuti (artt. 54 ss. l.n.); disciplina la cui finalità è quella di assicurare una compiuta comunicazione tra il notaio e le parti, proprio al fine di consentire l'indagine della volontà e la corretta trasposizione di tale volontà nell'atto pubblico. Tale finalità spiega perché, mentre la violazione delle suddette norme di tutela comporta la nullità dell'atto notarile pubblico, nessuna conseguenza del genere si verifichi nel caso di scritture private sottoscritte da muti, sordi, sordomuti, o che siano redatte in lingua non conosciuta dalle parti, autenticate dal notaio⁽¹¹⁵⁾. Analogo discorso può essere effettuato, entro certi limiti, per le scritture private allegare all'atto pubblico, come dimostra la diversa disciplina formale contenuta, per gli allegati in lingua straniera, nell'art. 68, comma 2, del r.d. 10 settembre 1914 n. 1326 (regolamento notarile), rispetto a quanto previsto dagli artt. 54 e 55 della legge notarile⁽¹¹⁶⁾.

Si consideri, ancora, il momento della *documentazione*, e quindi il ruolo assunto dalla «direzione personale», ad opera del notaio, della integrale redazione dell'atto (imposta dal più volte citato art. 47, comma 3, della legge notarile). Essa fa sì che il notaio, quale unico autore del documento pubblico⁽¹¹⁷⁾, utilizzi al meglio il *linguaggio giuridico* al fine di tradurre in una cor-

(114) È ancora tutto da scrivere il capitolo dell'influenza dell'attività di indagine della volontà delle parti, ad opera del notaio, ai fini della rilevanza dell'errore di diritto nei contratti; avuto anche riguardo all'interferenza con il principio dell'irrelevanza dell'ignoranza della legge, ultimamente temperato a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale, sentenza 24 marzo 1988 n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385. Cfr. su questi ultimi problemi Criscuoli, *Riflessi civilistici della costituzionalizzazione del principio penale di colpevolezza in tema di «error iuris»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 719. Spunti preziosi sul ruolo del giurista, e dell'attività di informazione dallo stesso svolta, ai fini della scusabilità e quindi della rilevanza dell'*error iuris*, in Falzea, *Il principio ignorantia iuris non excusat e il ruolo dell'avvocato nella conoscenza del diritto*, in *Rassegna forense*, 1989, p. 12 ss., 24 ss.

(115) Per l'inapplicabilità alla scrittura privata autenticata degli artt. 54 e seguenti della legge notarile, Petrelli, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1422 ss. Sulle conseguenze civilistiche della sottoscrizione di scritture private in una lingua non conosciuta dalla parte (in termini di errore, ed in casi estremi di assenza dello stesso consenso contrattuale), cfr. Leo, *Lingua straniera ed errore determinante e incidente*, in *Contratti*, 1995, p. 480 ss.; Memmo, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, Padova 1990.

(116) Cfr. Santarcangelo, *Traduzione della formula di legalizzazione di atti esteri e dell'«apostille»*, in *Studi e Materiali*, II, a cura del Consiglio nazionale del notariato, Milano 1990, p. 390.

(117) Sul notaio come unico autore del documento pubblico (mentre le parti sono autrici delle dichiarazioni negoziali, ivi contenute), cfr. tra gli altri Patti, *Della prova documentale*, cit., p. 13-14, e p. 31; Lener, *Atto pubblico e sottoscrizione delle parti (spunti circa il significato della forma solenne)*, in *Riv.*

(segue)

retta terminologia tecnica le intenzioni delle parti. È quindi grazie all'intervento del notaio che *le possibilità di errore ostatico (errore nella dichiarazione) sono, nell'atto pubblico, ridotte al minimo*⁽¹¹⁸⁾.

Non solo. Vi è anche da considerare, a proposito della formazione del documento, il particolare rilievo che assume la *terzietà ed indipendenza del notaio* (cfr. l'art. 2, e l'art. 28, nn. 2 e 3, l.n.), il quale, proprio in funzione di tale qualità, offre particolari garanzie di una *documentazione veritiera ed affidabile*⁽¹¹⁹⁾; non è chi non veda, sotto questo profilo, la differenza con un allegato predisposto anteriormente, magari dal consulente di una sola delle parti o con essa colluso, con rischi di raggiri, documentazione infedele e fenomeni simili (rischi che non vengono meno a seguito dell'allegazione all'atto pubblico, magari previa dispensa dalla relativa lettura). Per questo motivo *non può distinguersi, ai fini della disciplina applicabile, a seconda che le parti siano, o meno, assistite all'atto della stipula da professionisti di loro fiducia*, ai quali difetterebbe il fondamentale requisito della terzietà ed imparzialità⁽¹²⁰⁾.

In definitiva, in conseguenza della corretta trasposizione della volontà delle parti nel documento pubblico, *sono ridotte al minimo le possibilità di successiva impugnazione in dipendenza di vizi della volontà o di divergenze tra volontà e dichiarazione*, ed in quest'ottica l'indagine della volontà, ex art. 47, ultimo comma, l.n., viene ad integrare il controllo preventivo di legalità su atto costitutivo e statuto⁽¹²¹⁾. Riflesso, questo, di una caratteristica generale

(continua nota 117)

not., 1978, p. 993 ss.; Betti, *Interpretazione dell'atto notarile*, in *Riv. not.*, 1960, p. 6; Montesano, *Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 103; Carnelutti, *Studi sulla sottoscrizione*, cit., p. 517.

(118) Il che non significa, ovviamente, che per impugnare il negozio per errore ostatico occorra la querela di falso: Sica, *Atti che devono farsi per iscritto*, Milano 2003, p. 59; Patti, *Della prova documentale*, cit., p. 45 e 49. Tommaseo, *L'atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, cit., p. 605, chiarisce che l'atto pubblico non documenta di solito l'attività adeguatrice svolta dal notaio, di modo che l'efficacia probatoria legale dell'atto notarile investe direttamente la storicità delle dichiarazioni private e la loro provenienza dalle stesse parti, senza lasciar traccia se non occasionale del loro processo formativo».

(119) Sul rilievo della posizione di terzietà del notaio, che avvicina quest'ultimo al giudice, Tondo, *Caratteri e prospettive dell'attività notarile*, in *Riv. not.*, 1966, p. 215; Ascarelli, *Sulla verbalizzazione delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. not.*, 1957, p. 2 ss. (che individua «il primo fondamento logico dell'art. 2375 cpv» nella «funzione di indiretta tutela delle minoranze, che assume un verbalizzante indipendente e professionalmente qualificato»).

(120) In senso contrario, Genghini, *Il nuovo diritto societario, II - Gli statuti delle nuove società di capitali*, cit., p. 595, nota 37, che ritiene senz'altro esonerato il notaio dai doveri di chiarimento ed indagine della volontà nel «caso in cui tutte le parti siano rappresentate in atto da professionisti».

(121) Cfr. Pavone La Rosa-Nigro, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, cit., p. 382, nota 113; Sciuto, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrivibilità nella costituzione delle società di capitali*, cit., p. 1235 ss., 1267; Borgioli, *La nullità della s.p.a.*, cit., p. 374 (per il qua-

(segue)

dell'atto pubblico, che proprio grazie all'inderogabile disciplina dell'art. 47, ultimo comma, l.n., *assicura un controllo di legalità qualitativamente diverso, e maggiormente pregnante*, rispetto a quello che può essere svolto in relazione alla scrittura privata autenticata o allegata⁽¹²²⁾.

Ne consegue una maggior tutela non solo delle parti, ma anche dell'ente e dei terzi (creditori e futuri soci). È vero che la disciplina dell'art. 2332 cod. civ. - alla luce anche della previsione contenuta nell'art. 11, ultimo comma, della prima direttiva CEE (secondo la quale, al di fuori dei casi di nullità previsti, «le società non sono soggette ad alcuna causa di inesistenza, nullità assoluta, nullità relativa o annullabilità») - impedisce, una volta avvenuta l'iscrizione

(continua nota 121)

le, osservato che «la funzione di quanto prescritto dalla legge notarile sia essenzialmente quella di permettere una ricostruzione, la più accurata possibile, della volontà delle parti, di accertare la validità della sua formazione e del suo contenuto: sotto tale profilo essa risponde in pieno ai compiti demandati dalla direttiva comunitaria, la quale ha appunto previsto l'utilizzazione della forma dell'atto pubblico quale possibile strumento di controllo della legalità dell'atto costitutivo»).

(122) È pacifica l'applicabilità non solo all'atto pubblico, ma anche alla scrittura privata autenticata (o allegata) dell'art. 28, n. 1, della legge notarile, che vieta al notaio di stipulare atti espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari all'ordine pubblico ed al buon costume. Ma l'intrinseca differenza tra le due forme di intervento notarile si riflette sulla «intensità» del controllo di legalità, più pregnante nel caso di atto pubblico. Come è stato autorevolmente chiarito, «nel raccogliere la volontà delle parti, nell'interrogarle ed orientarle, e poi nel confezionare il testo linguistico dell'accordo, il notaio svolge un sicuro controllo di legalità o, meglio, di *realizzabilità giuridica*: egli non si fa giudice degli interessi privati, né del merito del negozio, ma suggerisce e predispone un *testo conforme alla legge*. Il controllo qui nasce dall'esigenza di convertire in testo linguistico la volontà delle parti, sicché *le parole, che il notaio attesta di aver ascoltate, sono in realtà parole che egli ha scelto e combinato*. Quando invece le parti non offrano semplici intenzioni, cioè un grezzo materiale di bisogni e di scopi pratici, ma definiti testi di parole, precludendo l'indagine della volontà ed invocando l'obbligo del notaio di non ricusare il suo ministero, allora quegli non ha altro limite che l'*espressa proibizione di legge*. Dove il notaio confeziona il testo, il controllo di legalità è *intrinseco* (e preferisco, perciò, di denominarlo *controllo di realizzabilità giuridica*); dove egli lo riceve, il controllo di legittimità è *estrinseco* e *negativo*. Mi sembra che così affiori un criterio di razionale distinzione: se il notaio è chiamato a indagare la volontà delle parti, ed a tradurla nel testo linguistico dell'accordo, allora egli è tenuto ad un controllo di conformità legale; se, invece, le parti chiedono a lui di ricevere un testo, sottraendosi all'indagine della volontà ed alla collaborazione linguistica, allora egli potrà soltanto invocare l'art. 28 ed opporre gli espressi divieti della legge» (Irti, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997, p. 209 ss.).

Analogamente, Baralis, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 698, chiarisce come la funzione antiprocessuale dell'atto pubblico notarile investa un'area molto più vasta di quella coperta dall'art. 28, n. 1, l.n., «giacché, mirando alla prevenzione di ogni lite, copre e quindi mira ad impedire, l'area dei vizi non ricompresi nell'art. 28 L.N. ... agisce a livello di formazione della "volontà comune", indirizzando in senso unitario ed armonico gli intenti empirici delle parti; fissa il "testo" contrattuale nella maniera più tecnica ed aderente alla "comune volontà" delle parti; porta il notaio a suggerire altro, e magari più idoneo, schema volto a realizzare l'intento empirico delle parti con maggiore beneficio delle stesse ... evidenzia elementi che potrebbero essere forieri di perturbazione nello sviluppo del rapporto contrattuale».

nel registro delle imprese, l'annullamento del contratto sociale; ma è altresì vero che rimane sempre possibile l'annullamento della singola partecipazione sociale, ai sensi dell'art. 1420 cod. civ.⁽¹²³⁾. Un tale annullamento, pur non sembrando idoneo, secondo la prevalente opinione dottrinale, a pregiudicare i diritti dei terzi (in quanto si traduce, in sostanza, in una causa di recesso dalla società, con operatività *ex nunc*, e con conseguente liquidazione della partecipazione sociale da attuarsi secondo le norme poste a tutela dei terzi⁽¹²⁴⁾), potrebbe tuttavia rivelarsi gravemente pregiudizievole agli interessi dell'ente, fino a determinare - trattandosi di partecipazione essenziale, ovvero laddove la liquidazione della partecipazione incida in modo consistente sul patrimonio dell'ente - lo scioglimento per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale⁽¹²⁵⁾.

Ma non è ancora finita. La particolare mediazione assicurata grazie all'apporto intellettuale del notaio, che non è solo pubblico ufficiale ma anche giurista specializzato, tra l'altro, anche in materia societaria, consente - mediante un *impiego appropriato del linguaggio giuridico* ed una *corretta trasposizione della volontà delle parti* - di approntare un documento che risulti, in quanto assolutamente «univoco», in tutto e per tutto «autosufficiente» ai fini della successiva *interpretazione dello statuto societario*. È noto il dibattito in relazione all'interpretazione degli statuti, che l'opinione prevalente vuole ancorata a parametri oggettivi, con sacrificio dei criteri soggettivi di interpretazione individuati dagli artt. 1362 ss. cod. civ., senza comunque che ciò comporti esclusione ai fini dell'interpretazione - salvo il problema dei rapporti con i terzi - del materiale extrastatutario, come tale non pubblicato⁽¹²⁶⁾. L'intervento pregnante del notaio, nei termini sopra delineati, fa sì che si

(123) Cass. 21 novembre 2001 n. 14629, in *Società*, 2002, p. 1246, con nota di Proverbio.

(124) Bertuzzi, *Commento all'art. 2332*, cit., p. 100; Palmieri, *Commento all'art. 2332*, cit., p. 92 ss.; Viscusi, *Il nuovo sistema dei controlli sugli atti societari*, cit., p. 138 ss.; Borgioli, *La nullità della società per azioni*, cit., p. 535 ss., spec. p. 574 ss.

(125) In tal senso, Cass. 21 novembre 2001 n. 14629, cit.

(126) Sulle questioni indicate nel testo, cfr. Rizzi, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano 2002, p. 485 ss.; Bove, *Comportamento complessivo delle parti ed interpretazione degli statuti societari*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 170; Sciuto, *L'interpretazione dell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 2, p. 277; Irti, *Interpretazione del contratto e tutela dei terzi. Contesto verbale e contesto situazionale*, in *Testo e contesto*, Padova 1996, p. 117 ss.; Ibba, *L'interpretazione degli statuti societari fra criteri oggettivi e criteri soggettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 525; Angelici, *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di Ferri e Angelici, Torino 1997, p. 337, ed in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 797; Angelici, *Sulle clausole statutarie di «dubbia interpretazione»* (Nota a Trib. Casale Monferrato 25 gennaio 1991), in *Riv. not.*, 1992, p. 1279; App. Milano 28 novembre 1997, in *Giur. it.*, 1998, p. 1201; Cass. 10 dicembre 1996 n. 10970, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Società*, n. 726.

Sul problema generale dell'interpretazione dei negozi formali, cfr. per tutti Genovesi, *Interpretazione* (segue)

possa effettivamente circoscrivere al testo dello statuto, pubblicato nel registro delle imprese, l'indagine interpretativa ad opera non solo delle parti ma anche dei terzi: funzione «antiprocedurale», quindi, anche sotto questo profilo⁽¹²⁷⁾.

Tutto quanto sopra detto si può allora riassumere nel concetto di *pubblica fede*, che caratterizza l'atto pubblico ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge notarile, da non confondersi, come bene ha chiarito la giurisprudenza, con l'efficacia probatoria privilegiata *ex art. 2699 cod. civ.*⁽¹²⁸⁾. In dottrina si è giustamente affermato che «*la pubblica fede è data dall'assunzione della volontà delle parti nell'atto*»⁽¹²⁹⁾: grazie al pregnante intervento notarile, come definito dagli artt. 47, comma 3, e 28 l.n., sorge «*la pubblica fede nella validità, e conseguentemente nella efficacia dell'atto*»⁽¹³⁰⁾. Quello che, con diversa termi-

(continua nota 126)

ne del contratto formale ed elementi extratestuali, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1329; Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969.

(127) V. l'esatta affermazione di Tommaso, *L'atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, cit., p. 604, che evidenzia come «l'apporto dell'ufficiale rogante risulti particolarmente prezioso quando si tratta di intervenire nella formulazione delle dichiarazioni negoziali: il bene della certezza che è obiettivo del formalismo solenne è qui raggiunto non soltanto per quanto concerne la verità storica dei fatti documentati, ma anche sotto il profilo della rimozione preventiva di dubbi interpretativi che le contraddizioni o le oscurità delle espressioni usate dalle parti potrebbero far eventualmente sorgere, alimentando incertezze tali da innescare un possibile contenzioso». Ed ancora Baralis, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 702, evidenzia «la fondamentale funzione del notaio di sviluppare un'attività di prevenzione nei confronti di possibili vizi della volontà che potrebbero inficiare l'atto e di evitare le ambiguità che potrebbero dar luogo a dubbi interpretativi formando un «testo» contrattuale che realizzi la maggiore scioltezza interpretativa».

Risulta quindi errata l'affermazione di Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 807, nota 41, secondo cui, ai fini della tutela dei terzi, «la esatta ricostruzione e tutela della volontà dei soci fondatori è del tutto irrilevante». L'autore confonde, in realtà, il piano dell'indagine della volontà ad opera del notaio, e quello della successiva interpretazione dell'atto notarile (tra i quali distinguere invece bene Betti, *Interpretazione dell'atto notarile*, in *Riv. not.*, 1960, p. 7 ss.

(128) Il concetto di pubblica fede di cui all'art. 1 della legge notarile non può confondersi con quello di pubblica fede espresso dall'art. 2699 cod. civ.; il primo attiene alla «affidabilità» dell'atto notarile, in correlazione ai controlli di legalità che il notaio deve effettuare. Cass. 11 novembre 1997 n. 11128, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 380, ha ben inquadrato tale fenomeno in «quella che è stata definita la *funzione «antiprocedurale» del notaio, avente ad oggetto la certezza dei rapporti giuridici*, alla cui tutela è essenzialmente preordinata la sua funzione del notaio: egli, infatti, non è passivo strumento di nuda registrazione delle dichiarazioni delle parti, ma pubblico ufficiale obbligato ad operare perché non sia turbata la certezza dei rapporti giuridici. *Tali funzione ed obbligo del notaio emergono dall'art. 1 della l. n. 89/1913, che individua detta funzione nell'attribuzione della «pubblica fede» agli atti da lui redatti (mentre sarebbe riduttivo, come pure fa parte della dottrina, ritenere che con tale locuzione il legislatore abbia inteso fare riferimento al concetto di pubblica fede di cui all'art. 2699 cod. civ., tenuto conto del diverso contesto normativo in cui l'espressione è utilizzata)*».

(129) Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Vallardi, Milano 1965, p. 84; Id, *Il titolo esecutivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 182.

(130) In tal senso, con specifico riferimento all'atto pubblico notarile, Mariconda, *Atto pubblico*, (segue)

nologia, viene a volte definito «crisma» di legalità, o di legittimità, che assiste l'atto pubblico⁽¹³¹⁾. Concorrono, quindi, a giustificare tale pubblica fede, e la certezza che ne deriva, tutte le norme, sopra illustrate, a garanzia della corretta trasposizione della volontà delle parti nel documento pubblico; come pure le norme che riguardano l'aspetto «materiale» della scritturazione, delle eventuali modificazioni e postille, ecc.

Il cerchio, allora, si chiude. *Controllo di legalità, indagine della volontà delle parti, integrale compilazione del documento pubblico sotto la personale direzione del notaio, pubblica fede*. Ecco l'essenza della funzione notarile pubblica, quella che si esplica nella sua maggior pregnanza solo nell'atto pubblico. E che giustifica la previsione di quest'ultimo, quale forma *ad substantiam*, non solo nei casi in cui vi sia l'esigenza di «superprotezione» delle parti, ma anche laddove si voglia assicurare una particolare affidabilità, univocità, certezza al risultato della documentazione⁽¹³²⁾. Come avviene, per l'appunto,

(continua nota 130)

in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma 1988, p. 5 ss. (che pone alla radice della pubblica fede, oltre al controllo di legalità, «la certificazione della imputazione della volontà negoziale e del suo contenuto»); Morello-Ferrari-Sorgato, *L'atto notarile*, Milano 1977, p. 164 (ove la plastica affermazione per cui le parti, «quando richiedono la rogatio del notaio, lo fanno principalmente acciocché l'assetto di interessi da loro divisato entri attraverso un giudizio definitivo nel mondo del diritto in maniera da soddisfare a tutti i requisiti di legalità e legittimità che sono previsti dall'ordinamento giuridico, e non tanto per precostituirsi un mezzo di prova»); Tondo, *Aspetti formali del mutuo fondiario*, in *Studi e materiali*, II, Milano 1992, p. 8; Sica, *Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 61 («il pubblico ufficiale - in specie, il notaio - con il suo intervento, dunque, assicura, di là dall'efficacia probatoria privilegiata, una maggiore «affidabilità» complessiva dell'atto»).

Anche Pugliatti, *La trascrizione, I. La pubblicità in generale*, Milano 1957, p. 239, parla di «pubblica fede nella validità, e conseguentemente nella efficacia dell'atto».

Sul collegamento tra l'art. 47, comma 3, l.n., e la certezza derivante dalla documentazione notarile, cfr. anche Lovato, *Il notaio pubblico ufficiale e libero professionista nei notariati a tipo latino*, in *Riv. not.*, 1955, p. 158 ss. Per il rilievo extraprocessuale del concetto di pubblica fede, cfr. anche Baratta, *La natura giuridica dell'atto autentico notarile*, in *Vita not.*, 1963, p. 431 («l'atto si presenta fin dal suo sorgere con il crisma di essere espressione della verità, di avere in sé una presunzione di piena certezza»).

Altra dottrina sembra confondere il concetto di pubblica fede ex art. 1 l.n. con quello di cui all'art. 2699 cod. civ. (identificandolo sostanzialmente con l'efficacia probatoria, e comunque ricollegandolo all'attività di mera certificazione): Boero, *La legge notarile commentata*, I, Torino 1993, p. 10; Girino, *Le funzioni del notaio*, in *Riv. not.*, 1983, p. 1079; Di Fabio, *Notaio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, p. 566.

(131) Baratta, *La natura giuridica dell'atto autentico notarile*, cit., p. 431.

(132) Giorgianni, *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 1006, ritiene in generale che «il moderno formalismo è imposto esclusivamente nell'interesse dei terzi, affinché costoro «conoscano» il negozio, e comunque affinché questo abbia efficacia nei loro confronti». Affermazione, questa, valida certamente per la scrittura privata, mentre per l'atto pubblico il fondamento delle previsioni di forma è più vario (si tengano in considerazione, in ogni caso, i rilievi di Liserre, *Formalismo negoziale e testamento*,

(segue)

nelle società di capitali e cooperative, ed in genere ogni qualvolta l'ordinamento attribuisca ad enti, anche non lucrativi, nati dalla stipula dell'atto, la personalità giuridica⁽¹³³⁾, con conseguente autonomia patrimoniale perfetta dell'ente, e quindi con l'esigenza di approntare maggiori tutele non già per i soci o associati, ma piuttosto per l'ente stesso e per i terzi. Solo se si ha presente lo stretto collegamento tra i suddetti profili di disciplina dell'atto pubblico, in definitiva tra *faciendum* e *factum*, tra *disciplina procedimentale* dell'attività notarile e *caratteristiche del documento* che ne deriva, si può comprendere la vera natura dell'atto pubblico, che non è mero *vestmentum* della volontà dei soci, ma piuttosto presuppone una *importante attività del notaio, proceduralizzata a tutela di esigenze sostanziali*, nella quale l'attività di indagine della volontà, di chiarimento, di consulenza, è «logicamente e cronologicamente preliminare rispetto a quella della documentazione»⁽¹³⁴⁾.

Si comprende quindi la *profonda differenza tra l'atto pubblico* da un lato, e *la scrittura privata autenticata* (cui è equiparabile quella allegata al medesimo atto pubblico) dall'altro: nel caso della scrittura privata la «pubblica fede» assiste solo la provenienza dell'atto dall'autore che l'ha sottoscritto, e l'inesistenza di cause di invalidità particolarmente gravi (quelle che impediscono l'autenticazione, *ex art. 28, n. 1, l.n.*); non si ha invece alcuna garanzia della corri-

(continua nota 132)

cit., p. 21 ss., riguardo alla profonda differenza tra atto pubblico e scrittura privata sotto il profilo in esame).

(133) Con riferimento alle persone giuridiche del libro primo del codice civile, la dottrina si arresta generalmente alla constatazione che la forma dell'atto pubblico è richiesta in funzione dell'acquisto della personalità giuridica dell'ente (tant'è vero che, pacificamente, essa non è richiesta per la costituzione di associazioni non riconosciute: Cass. 10 dicembre 1965 n. 2448, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 1236; v. ora l'art. 10 del d. lgs. 4 dicembre 1997 n. 460, e l'art. 148 del d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917): cfr. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1969, p. 154 ss.; Auricchio, *Associazioni riconosciute*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, p. 896; Ferrara, *Le persone giuridiche*, Torino 1956, p. 228, nota 12; Pugliese, *L'atto pubblico e la società-persona giuridica*, in *Dir. fall.*, 1946, I, p. 9 ss.; Rubino, *Le associazioni non riconosciute*, Milano 1940, p. 62. Altri (Cottino, *Considerazioni sulla forma del contratto di società*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 303 ss.) enfatizza le esigenze di certezza e di tutela dei traffici, conseguenti alla nascita di una persona giuridica, che la forma solenne è preposta a tutelare, ma non giustifica in che modo la solennità soddisfi dette esigenze. Un inizio di approfondimento si ritrova invece in Basile, *Le persone giuridiche*, Milano 2003, p. 57, per il quale la forma pubblica «è prescritta al fine di dare piena prova delle dichiarazioni di chi compie l'atto (artt. 2699 e 2700 cod. civ.), in specie dell'indicazione dello scopo dell'ente e dei mezzi patrimoniali ad esso destinati, che il prefetto dovrà valutare per decidere se concedere o meno la personalità giuridica (art. 1 d.p.r. 361/2000)». È quindi l'autonomia patrimoniale perfetta - che consegue all'acquisto della personalità giuridica - a giustificare l'esigenza della pubblica fede e della prova privilegiata proprie dell'atto pubblico, che a loro volta sono strettamente legate sia al controllo di legalità che all'indagine della volontà, operati dal notaio.

(134) Tondo, *Caratteri e prospettive dell'attività notarile*, cit., p. 218.

spondenza del contenuto della documentazione alla reale volontà delle parti⁽¹³⁵⁾, e conseguentemente *non può farsi affidamento* sull'inesistenza di cause di annullabilità per vizi del consenso, errori ostativi e simili. *Sta proprio, quindi, nell'essenzialità ed inderogabilità dell'indagine della volontà l'essenza dell'atto pubblico notarile*, mentre con riferimento alla scrittura privata autenticata (o allegata all'atto pubblico), l'attività di chiarimento, informazione ed indagine della volontà ad opera del pubblico ufficiale - che comunque, quando si tratta di scrittura preconfezionata dalle parti, interviene nella fase successiva alla documentazione⁽¹³⁶⁾ - è elemento naturale e non essenziale, certamente derogabile nell'ambito del contratto d'opera professionale tra notaio e clienti⁽¹³⁷⁾. *Il che spiega perché l'ordinamento imponga la forma dell'atto pubblico quando gli interessi coinvolti dalla stipula non sono disponibili dalle parti* (come avviene non solo quando le parti meritano di essere «protette» in modo particolare, ma anche per gli atti costitutivi e modificativi di tutte le persone giuridiche, essendo coinvolti in questo caso anche interessi di terzi).

Discende pianamente, da tutto quanto detto, che *l'unitarietà del regolamento contrattuale societario - pur documentalmente articolato tra atto costitutivo e statuto - implica lo svolgimento della complessa attività antiprocessuale del notaio con riferimento ad entrambi i documenti*: rispetto ad entrambi ricorre l'esigenza di prevenire vizi della volontà e divergenze tra volontà e dichiarazione, come pure l'esigenza di assicurare la pubblica fede. Si consideri, anzi, che *è proprio nello statuto che sono contenute la maggior parte delle pattuizioni che interessano i terzi* (ivi compresi non solo i creditori ed i terzi contraenti, ma anche i soci non fondatori⁽¹³⁸⁾): si pensi, solo per esemplificare, alle nor-

(135) È pacifico che la scrittura privata vincoli il suo autore (salva la rilevanza dei vizi del consenso), sulla base del principio di autoreponsabilità, anche se la scrittura stessa non è stata letta e conosciuta, addirittura anche se chi ha sottoscritto è analfabeta: Comoglio, *Le prove civili*, Torino 2004, p. 324; Sica, *Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 83; Patti, *Della prova documentale*, cit., p. 19 ss.; Carresi, *In tema di sottoscrizione di scrittura privata*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, III, p. 158; Ferrara, *La firma dell'analfabeta nelle scritture private*, in *Giur. it.*, 1940, IV, c. 81; Carnelutti, *Studi sulla sottoscrizione*, cit., p. 522 ss.; Cass. 26 gennaio 1976 n. 251, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1909, con nota di Di Lalla; Cass. 22 luglio 1950 n. 2049, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1228, con nota di Distaso.

(136) Baralis, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 704, evidenza come nell'atto pubblico «il cosiddetto dovere di chiarimento agisce cronologicamente non a livello successivo, ma a livello di tutte le varie fasi che si concludono con la redazione del documento».

(137) Petrelli, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1426 ss., ove si chiarisce comunque che il notaio autenticante, in base al contratto d'opera professionale ed all'obbligo di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 cod. civ., deve informare le parti di tutte le conseguenze che possono derivare dall'atto (tra le quali conseguenze vi è, ora, l'efficacia esecutiva). Trattandosi, peraltro, di obbligo professionale e non funzionale, le parti possono dispensare il notaio da tale dovere di chiarimento e informazione.

(138) Per la ricompressione, tra i terzi tutelati dalle norme in tema di società di capitali, anche
(segue)

me di organizzazione (funzionamento dell'assemblea e dell'organo amministrativo; poteri di amministrazione e di rappresentanza), alle clausole limitative della circolazione delle partecipazioni sociali (clausole di prelazione e di gradimento, divieti statutari di alienazione), alle clausole compromissorie. Per non parlare degli elementi essenziali, quali individuati nell'art. 2332, comma 1, n. 3, cod. civ., che come si è visto possono essere collocati indifferentemente nell'atto costitutivo o nello statuto. Relegare una regolamentazione così importante in una scrittura privata accrescerebbe le probabilità di invalidità delle relative clausole - l'invalidità parziale può essere dichiarata anche successivamente all'iscrizione della società nel registro delle imprese⁽¹³⁹⁾ - il che non sarebbe certamente compatibile con l'obiettivo della piena tutela dei terzi.

Paradossalmente, *la tesi che attribuisce natura di scrittura privata allo statuto societario, escludendo riguardo ad esso la altrimenti inderogabile indagine della volontà delle parti ad opera del notaio, priverebbe delle garanzie, più sopra descritte, proprio il documento che maggiormente interessa i terzi.* Enormi sarebbero gli inconvenienti che ne deriverebbero. Si pensi ad ipotetici statuti-scritture private, redatti da terzi, che risultino di tenore equivoco, pur non essendo contraddittori fino al punto da determinarne l'invalidità, e da far scattare quindi il divieto *ex art. 28, n. 1, della legge notarile*⁽¹⁴⁰⁾: non è

(continua nota 138)

dei futuri soci, Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 795. Ciò discende dall'essenza stessa dello statuto societario, le cui norme si distinguono dai patti parasociali proprio per la loro «impersonale afferenza alla partecipazione sociale», il che concorre a giustificarne l'efficacia «reale» e quindi l'opponibilità ai futuri acquirenti delle partecipazioni, una volta attuata la prescritta pubblicità: Rescio, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, cit., p. 640; Angelici, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 1*, Torino 2004, p. 147.

(139) Cass. 18 settembre 2003 n. 13746, in *Vita not.*, 2004, p. 327; Cass. 14 maggio 1992 n. 5735, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 461. In dottrina, per il possibile rilievo della nullità parziale anche dopo l'iscrizione della società nel registro delle imprese, cfr. Viscusi, *Il nuovo sistema dei controlli sugli atti societari*, cit., p. 131; Sciuto, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrivibilità nella costituzione delle società di capitali*, cit., p. 1245 ss., 1259; Id., *La «mancanza dell'atto costitutivo» di società per azioni*, Padova 2000, p. 156 ss.; Paolini, *Rilievo di clausole nulle dopo l'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Società*, 1995, p. 655.

Per il dovere del notaio di non ricevere l'atto costitutivo comprendente clausole nulle, Salafia, *Le funzioni notarili nella costituzione di società di capitali e nella verbalizzazione delle delibere di assemblea straordinaria*, in *Società*, 2002, p. 1064 ss.

(140) Sono certamente ipotizzabili clausole, l'incertezza ed equivocità del cui contenuto non è però tale da determinarne l'invalidità, e da comportare quindi l'irricevibilità dell'atto o la non iscrivibilità nel registro delle imprese: cfr. in tal senso Angelici, *Sulle clausole statutarie di «dubbia interpretazione» (Nota a Trib. Casale Monferrato 25 gennaio 1991)*, cit., p. 1279. Sembra ritenere il contrario Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 807-808, nota 41, laddove afferma che «è

(segue)

chi non veda come le conseguenti difficoltà interpretative determinerebbero una grave lesione delle esigenze di certezza, proprie del traffico giuridico, che invece l'atto pubblico è in grado, come già visto, di realizzare pienamente. Si pensi, ancora, ad ipotetici statuti-scritture private la cui scritturazione sia stata effettuata - senza le garanzie richieste invece dalla legge per l'atto pubblico - in modo da non garantirne la conservazione nel tempo. Oltre che, ovviamente, a sempre ipotetici statuti-scritture private caratterizzati da errori ostatici, errori di diritto determinanti, o magari redatti da un terzo, consulente non imparziale, in collusione con uno dei soci e a danno di un altro, certamente però avendo prioritario riguardo solo agli interessi delle parti e non a quelli generali dell'ordinamento. *Solo la forma dell'atto pubblico, con le connesse garanzie, appare quindi - lungi dal realizzare un mero «formalismo»⁽¹⁴¹⁾ - idonea a conseguire pienamente il soddisfacimento degli interessi dei terzi che sullo statuto - più che sull'atto costitutivo - devono poter fare affidamento.*

(continua nota 140)

il controllo di legalità che a tutela dei terzi non può svolgersi e/o non può avere esito positivo, là dove l'atto costitutivo o lo statuto allegato contengano clausole di incerta portata o tra loro contraddittorie, con conseguente incerta interpretazione complessiva».

(141) Per tale rilievo, cfr. Genghini, *Il nuovo diritto societario, II - Gli statuti delle nuove società di capitali*, cit., p. 594, il quale parla di «eccessivo formalismo» dei precedenti giurisprudenziali che richiedono la lettura dello statuto, e di «esercizio di vuoto formalismo» in relazione alla «ricerca della piena prova» dell'atto pubblico conseguita attraverso la «avvenuta lettura di uno statuto a comparenti che non sono in grado di intenderne le implicazioni funzionali e legali e che non siano stati istruiti sulle (nuove) possibilità offerte dalla legge». Obiezione che sconta il mancato approfondimento della reale funzione della lettura, che è proprio quella di riscontrare la corrispondenza tra la documentazione pubblica e la volontà delle parti, che il notaio è tenuto ad indagare. Del resto, lo stesso Genghini, contraddicendosi, afferma poco dopo (p. 598) che «sul piano sostanziale, è aberrante che la mancata lettura da parte del notaio di clausole statutarie attinenti alle limitazioni della circolazione delle azioni, alla disciplina del diritto di recesso, alle modalità di convocazione dell'assemblea e alle sue modalità di funzionamento abbiano una rilevanza ed un impatto diverso dalla mancata lettura, per esempio, delle generalità dei soci, dell'oggetto sociale o della durata della società per azioni».

Se, con un approccio di tipo assiologico si prende atto degli interessi sostanziali coinvolti nella questione, si vede come la tesi più rigorosa sia tutt'altro che formalistica (se di formalismo interpretativo si parla «per alludere a tutti quei metodi che, nel ricavare da una norma un significato ai fini della soluzione di un problema giuridico si affidano ad elementi che si assumono essere intrinseci alla norma (o al sistema delle norme) in questione, trascurando fattori storici, teleologici, economici, funzionali, ambientali o, in una parola, fattori (che si assumono) estrinseci»: Tarello, *Formalismo*, in *Novissimo dig. it.*, VII, Torino 1961, p. 577). Cfr. ancora Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987, p. 59 ss. («si ha formalismo soltanto se si applica la disciplina della forma come un *quid* attinente esclusivamente alla struttura della fattispecie negoziale ... si ha formalismo quando si assume la forma come fine a sé stessa e se ne esalta il ruolo a prescindere dall'individuazione del fondamento giuridico che la giustifica»).

12. Segue: la costituzione della società per azioni per pubblica sottoscrizione. - Come si concilia, con quanto sopra illustrato, la disciplina della costituzione della società per azioni per pubblica sottoscrizione? In essa, i promotori predispongono un programma, che indica, tra l'altro, «l'oggetto e il capitale, le principali disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto» (art. 2333, comma 1, cod. civ.); le successive sottoscrizioni delle azioni possono risultare anche soltanto da scrittura privata autenticata (art. 2333, comma 3, cod. civ.); l'assemblea dei sottoscrittori «delibera sul contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto» (art. 2335, comma 1, n. 2, cod. civ.), a maggioranza, salvo che quando occorre modificare le condizioni stabilite nel programma, laddove è necessario il consenso di tutti i soci (art. 2335, ultimo comma, cod. civ.). Quindi «gli intervenuti all'assemblea, in rappresentanza anche dei sottoscrittori assenti, stipulano l'atto costitutivo» (art. 2336 cod. civ.). Da tali disposizioni si è ritenuto di trarre argomento per sostenere, in via generale, che non sarebbe essenziale - nell'atto pubblico costitutivo della società di capitali - l'indagine della volontà da parte del notaio, posto che nel particolare procedimento sopra delineato i sottoscrittori che compaiono dinanzi al notaio stesso per la stipula dell'atto costitutivo non fanno altro che «riprodurre in forma pubblica» una volontà già manifestata precedentemente, in forma non pubblica, che non può essere modificata⁽¹⁴²⁾ (tale impossibilità di modifica renderebbe superflua, sembra di capire, l'indagine della volontà da parte del notaio).

Anche questo argomento si rivela, a ben vedere, inconferente. Innanzitutto si pretende di trarre da una fattispecie del tutto particolare (la stipulazione a maggioranza dell'atto costitutivo, nel procedimento costitutivo per pubblica sottoscrizione) la ricostruzione di un principio generale, in violazione di un risalente insegnamento, che ammonisce a non utilizzare situazioni «anormali» al fine di delineare il «normale» atteggiarsi degli effetti giuridici⁽¹⁴³⁾. La non modificabilità delle condizioni contrattuali potrebbe, d'altra parte, costituire una deroga eccezionale al normale «dover essere» del proce-

(142) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 806 ss. Sulle medesime basi Genghini, *Il nuovo diritto societario, II - Gli statuti delle nuove società di capitali*, cit., p. 595, nota 37, ritiene il notaio esonerato dagli obblighi di informazione, chiarimento ed indagine della volontà nel «caso di costituzione di una società appartenente ad un gruppo, la quale adotta uno statuto conforme a quello normalmente usato dalle società del gruppo», presupponendo evidentemente che la sostanziale immodificabilità «di fatto» dello statuto implichi l'inutilità dell'indagine della volontà; per la confutazione di tale argomento, v. quanto specificato nel testo a proposito della costituzione successiva della s.p.a.

(143) Cfr. Bigiavi, «Normalità» e «anormalità» nella costruzione giuridica, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 519.

dimento di documentazione notarile nel solo caso della stipulazione a maggioranza; del resto, non sembra dubbio che, allorché si realizzi la fattispecie prevista dall'art. 2335, ultimo comma, cod. civ., e quindi si dia luogo ad una modifica del programma, la volontà dei soci ritorna ad atteggiarsi secondo la sua normale configurazione.

Si consideri, poi, che il programma deve contenere soltanto «le principali disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto»: il che, nella fattispecie legale, appare perfettamente compatibile con una «discrezionalità» dell'assemblea dei sottoscrittori, e di questi ultimi individualmente in sede di stipula dell'atto costitutivo, al fine di una più compiuta regolamentazione negoziale⁽¹⁴⁴⁾.

Ma soprattutto, anche con riguardo alla fattispecie in cui il programma contenga integralmente atto costitutivo e statuto e non vi sia l'unanimità nell'assemblea dei sottoscrittori, l'esistenza di «condizioni predeterminate», dalle quali i soci non possono discostarsi, non impedisce di configurare un normale atto pubblico, con applicazione integrale della disciplina ad esso dedicata. Si tratta, a ben vedere, di un fenomeno non diverso da quello delle condizioni generali di contratto, che la giurisprudenza e la dottrina ritengono, unanimemente, compatibile con la disciplina dell'atto pubblico⁽¹⁴⁵⁾. La

(144) Si è rilevato - in conformità al disposto dell'art. 2333, comma 1, cod. civ. - che non è necessario che il programma predetermini l'intero contenuto dello statuto, che potrà essere individuato successivamente dall'assemblea dei sottoscrittori: Pavone La Rosa-Nigro, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, cit., p. 326, nota 8 (ed ivi citazioni di dottrina in senso conforme).

Anche per quanto specificamente riguarda l'indicazione nel programma del capitale sociale, si ritiene che il programma stesso possa limitarsi ad indicare detto capitale tra un minimo ed un massimo; e che possa anche dar conto che una parte dello stesso è già stata inizialmente sottoscritta (essendo limitata la sottoscrizione pubblica alla parte residua): Fré-Sbisà, *Della società per azioni*, I, cit., p. 120.

Ovviamente il programma potrà, facoltativamente, indicare l'integrale contenuto di atto costitutivo e statuto (salvo che per l'indicazione di amministratori e sindaci, che a norma dell'art. 2335 cod. civ. devono essere nominati in sede assembleare); nel qual caso non potrà modificarsi sostanzialmente alcuna delle clausole ivi contenute se non con il consenso unanime dei sottoscrittori: Fré-Sbisà, *Della società per azioni*, I, cit., p. 123 ss.

(145) In dottrina, cfr. per tutti Ceresola, *Clausole vessatorie e atto pubblico*, in *Nuova giur. civ.*, 2005, p. 602; Serra, *Atto pubblico e tutela del contraente. L'applicabilità dell'art. 1341, comma 2º, cod. civ. ai contratti notarili*, in *Riv. giur. sarda*, 2002, p. 303; Bruno, *Le deroghe agli artt. 1955, 1956, 1957 cod. civ. in un contratto di fideiussione stipulato per atto pubblico*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2043; Scarlatelli, *I rapporti tra contrattazione standardizzata e atto pubblico alla luce del «nuovo» diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 411; Cesaro, *Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole onerose*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano 1992, p. 447; Tatarano, *Clausole vessatorie e atto notarile. Osservazioni sul ruolo del notaio nella contrattazione standardizzata*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano 1992, p. 1189; Baralis, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in *Riv. not.*, 1978, p. 693; Marmocchi, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, cit., p. 463; Marmocchi, *Approvazione specifica e sottoscrizione generica*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 861; Salanitro, *Atto pub-*
(segue)

giurisprudenza, in particolare, ritiene che l'indagine della volontà, che il notaio è tenuto ad effettuare, con le conseguenti attività di chiarimento e lettura dell'atto pubblico, dispenserebbe addirittura dall'approvazione specifica delle clausole onerose, *ex art.* 1341, comma 2, cod. civ., sia perché il contratto non può ritenersi «predisposto» dal contraente forte, sia in funzione della consapevolezza acquisita dal contraente debole a seguito dell'intervento notarile (quindi proprio delle attività di chiarimento e informazione che costituiscono il nucleo dell'indagine della volontà, imposta dall'art. 43 l.n.)⁽¹⁴⁶⁾. Quale che sia il riflesso della forma pubblica sulla particolare disciplina della specifica approvazione delle clausole vessatorie, rimane comunque il fatto che l'indagine della volontà delle parti gioca un ruolo importante anche nel fenomeno dei contratti per adesione, nei quali i chiarimenti resi dal notaio potranno indurre il contraente debole a decidere se «prendere o lasciare», pur non potendo sortire l'effetto di modificare il regolamento contrattuale; e quindi influiranno, comunque, sulla valutazione da parte di detto contraente. Una analoga scelta di «prendere o lasciare» può prospettarsi, nella fattispecie della approvazione del programma da parte della maggioranza dei sottoscrittori, senza che con ciò venga pregiudicata l'essenza dell'atto pubblico notarile⁽¹⁴⁷⁾. D'altra parte, deve ritenersi che eventuali vizi della volontà e stati soggettivi dei sottoscrittori che non abbiano partecipato all'assemblea e quindi alla stipula dell'atto costitutivo non rilevino ai fini della validità delle relative partecipazioni, posto che si è in presenza di una fattispecie di rappresentanza legale (art. 2336 cod. civ.), e che l'unica volontà rilevante per

(continua nota 145)

blico e controllo giudiziario delle condizioni generali di contratto, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1986, II, p. 503.

(146) Orientamento sostanzialmente pacifico. Cfr., tra le più recenti, Cass. 21 settembre 2004 n. 18917, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Contratto in genere*, n. 367; Cass. 21 gennaio 2000 n. 675, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1153; Cass. 23 aprile 1998 n. 4188, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 325.

(147) Non si può trarre argomento dalla configurazione, nell'art. 2335 cod. civ., di una vera e propria «assemblea» dei sottoscrittori per escludere - in parallelo con quanto normalmente ritenuto in relazione all'attività di verbalizzazione delle assemblee societarie - l'indagine della volontà delle parti ad opera del notaio. Invero, l'art. 2336 cod. civ. dispone che gli intervenuti all'assemblea, anche in rappresentanza dei sottoscrittori assenti, «stipulano» l'atto costitutivo. L'indubbia natura negoziale dell'intervento dei sottoscrittori all'atto - ai fini della costituzione della società - comporta che la tecnica redazionale del verbale debba essere diversa da quella delle normali deliberazioni assembleari: i sottoscrittori, in altri termini, devono essere costituiti come vere e proprie «parti» dell'atto notarile (applicandosi quindi le norme sull'accertamento dell'identità personale, sui testimoni, sull'indagine della volontà, sulla lettura dell'atto e degli allegati, sull'allegazione delle procure, ecc.), e devono sottoscrivere unitamente al notaio.

la validità dell'atto è quella dei rappresentanti (arg. ex artt. 1390 e 1391 cod. civ.⁽¹⁴⁸⁾), che viene, come detto, debitamente indagata dal notaio.

Del resto, la tesi in esame investirebbe non solo lo statuto, ma anche l'atto costitutivo (la cui forma pubblica la medesima tesi non mette, ovviamente, in discussione), e porterebbe alla singolare conclusione dell'inapplicabilità dell'art. 47, ultimo comma, della legge notarile a tutti gli atti costitutivi (oltre che agli statuti) di società di capitali e cooperative: risultato, questo, la cui palese assurdità, dopo quanto abbondantemente illustrato nei precedenti paragrafi, induce a non dedicare alla questione ulteriore attenzione.

13. La funzione dell'atto pubblico nel verbale di assemblea: l'efficacia probatoria, la pubblica fede ed il ruolo del notaio nella verbalizzazione delle deliberazioni modificative dello statuto. - Chi scrive ha già avuto modo di rilevare la profonda differenza dell'intervento notarile nella verbalizzazione delle deliberazioni assembleari, rispetto alla fase costitutiva della società di capitali; ed ha colto la ragione dell'intervento notarile obbligatorio, a livello di verbalizzazione, nell'esigenza di assicurare la prova privilegiata dello svolgimento delle assemblee più importanti per la vita della società (tra le quali vi sono soprattutto quelle che modificano l'atto costitutivo e lo statuto). Da ciò - oltre che dal tenore letterale delle norme che richiedono la verbalizzazione delle «deliberazioni» - si è tratta la convinzione, in linea del resto con dottrina e giurisprudenza *ante riforma*⁽¹⁴⁹⁾, che il verbale-atto pubblico debba documentare, tra l'altro, l'integrale contenuto della deliberazione assemblea-

(148) Deve ritenersi che, nella fattispecie dell'art. 2336 cod. civ., gli eventuali vizi della volontà dei soggetti legalmente rappresentati - comunque attinenti al vincolo preparatorio dagli stessi contratto all'atto della sottoscrizione delle azioni - non rilevino, trattandosi per l'appunto di rappresentanza legale, ai fini del vincolo definitivo assunto con la stipula dell'atto costitutivo, dovendosi avere esclusivo riguardo, ex art. 1390 cod. civ., alle persone dei rappresentanti: cfr., con riferimento alla rappresentanza legale dei soggetti incapaci, Cass. 20 agosto 1986 n. 5103, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Contratto in genere*, n. 303.

(149) Ferrara, *Il verbale di assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 53; Baralis-Boero, *Atto costitutivo, modifiche statutarie di società di capitali e «lettura necessaria» dell'allegato statuto da parte del notaio*, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 302. Sulla questione, cfr. anche Di Sapio, *Autosufficienza del verbale e automatismo valutativo (il ritorno di Abelardo?)*, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 1223 ss. In giurisprudenza, con varie sfumature, App. Roma 17 febbraio 2000, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 1216; Trib. Roma 12 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 1242; App. Roma 5 ottobre 1999, in *Nuovo dir.*, 2000, p. 655; App. Roma 21 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 118; Trib. Vicenza 23 marzo 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 566; App. Roma 18 maggio 1998, in *Società*, 1998, p. 1307, con nota di Civerra; App. Roma 7 aprile 1998, cit. in Masucci, *Garanzie dell'atto pubblico e relatio nei negozi solenni: sui (controversi) rapporti di forma e contenuto tra atto costitutivo e statuto di società di capitali*, cit., p. 231, nota 25; App. Torino, 13 settembre 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 288. In senso contrario, App. Napoli 25 giugno 1996, in *Riv. not.*, 1996, p. 1518; Trib. Torino 22 luglio 1982, in *Giur. piemontese*, 1983, p. 377.

re, e quindi il testo integrale delle modifiche statutarie deliberate, senza limitarsi a rinviare ad un allegato privo della forma pubblica (quale sarebbe il testo dello statuto aggiornato, redatto ai sensi dell'art. 2436, ultimo comma, cod. civ.)⁽¹⁵⁰⁾.

Questa posizione è stata criticata, sostenendosi che la vera ed unica ragione dell'intervento notarile in sede di verbalizzazione sarebbe da rinvenirsi nel controllo di legalità che il notaio deve effettuare sulla modifica statutaria; controllo di legalità che potrebbe compiutamente svolgersi anche se il contenuto della deliberazione fosse riportato in una scrittura privata allegata al verbale⁽¹⁵¹⁾.

Che, tuttavia, la ragione principale del verbale notarile stia nell'esigenza di assicurare una maggior certezza ed affidabilità della deliberazione assembleare, grazie all'imparzialità del pubblico ufficiale ed attraverso la prova privilegiata dell'atto pubblico, sembra affermazione pacifica in dottrina⁽¹⁵²⁾, la cui importanza si coglie, nel contesto delle società di capitali, se si pone mente

(150) Petrelli, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, cit., p. 460 ss.

(151) Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 804 ss., e nota 39 (che parla di «arbitrarietà» e «inutile rigidità» della tesi che vuole ricompreso nel verbale-atto pubblico il testo di tutti gli articoli modificati, ritenendo che ciò «spesso si tradurrebbe in mero appesantimento formale, senza aggiungere alcunché in termini di maggior consapevolezza da parte dei soci ... e di migliore evidenza a vantaggio dei terzi», considerato anche che il verbale «è necessariamente successivo ai lavori assembleari e non è da leggersi in assemblea»; e ritenendo ugualmente soddisfatta l'esigenza di informazione con l'allegazione al verbale del testo aggiornato di statuto con gli articoli modificati. L'autore poggia tali considerazioni sulla constatazione che il verbale è elemento procedimentale della deliberazione, non forma della stessa; ma trascura totalmente la considerazione dei profili della prova privilegiata e della pubblica fede, approfonditi nel testo del presente lavoro).

(152) Rescio, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, cit., p. 832; Ferrara, *Il verbale di assemblea delle società per azioni*, cit., p. 13, 33 ss., 62 ss., 66 ss.; Scordino, *La società cooperativa*, Napoli 1970, p. 263; Serpi, *Il ruolo del notaio nella verbalizzazione delle assemblee*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 778 ss.; Serra, *La verbalizzazione*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo e Portale, 3*, Torino 1994, p. 185 ss. La Relazione al codice civile (n. 973) afferma che la verbalizzazione notarile è stata disposta «per le deliberazioni riservate all'assemblea straordinaria, in considerazione dell'importanza che queste hanno per i soci e per i terzi». Nel senso che «la documentazione a mezzo del verbale appare disposta ai fini della certezza dell'attività dell'assemblea, in specie del contenuto normativo delle deliberazioni», v. Cass. 30 ottobre 1970 n. 2263, in *Casi e materiali di diritto commerciale*, I, Milano 1974, p. 477.

Non vi sono dubbi, in dottrina e giurisprudenza, sulla natura di atto pubblico, ex art. 2699 cod. civ., del verbale di assemblea: cfr. per tutti Rescio, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, cit., p. 849.

Sull'efficacia probatoria privilegiata del verbale notarile, cfr. Cass. 17 gennaio 2001 n. 560, in *Giur. it.*, 2001, p. 1179; App. Milano 11 agosto 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 1906; Trib. Udine 17 maggio 1999, in *Società*, 1999, p. 1237; Trib. Roma 27 aprile 1998, in *Società*, 1998, p. 1442; Cass. 30 ottobre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2567; Trib. Torino 3 giugno 1986, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 242.

al fatto che l'efficacia probatoria sancita dall'art. 2700 cod. civ. si estende anche nei confronti dei terzi⁽¹⁵³⁾. Del resto, anche chi oggi critica questa posizione ha, in passato, espresso la convinzione che il contenuto necessario del verbale debba, necessariamente, essere riportato nell'atto pubblico, consentendosi il rinvio ad un allegato solo per gli aspetti che, pur rilevanti ai fini dell'informazione societaria, non rivestano tuttavia quel carattere di essenzialità⁽¹⁵⁴⁾. Ciò appare, a ben vedere, congruente con l'esigenza probatoria, di cui si è detto: se bastasse documentare in un documento non pubblico il contenuto della deliberazione non si vedrebbe l'utilità di un verbale notarile, che a quel punto darebbe atto soltanto della costituzione dell'assemblea e del «fatto» dell'avvenuta deliberazione, senza indicarne il profilo più importante (l'"oggetto" e il «contenuto»).

D'altronde, l'affermazione che l'unica ragione dell'intervento notarile sarebbe data dal controllo di legalità di tipo «omologatorio» si scontra con la previsione legislativa di verbalizzazioni notarili, riferite a deliberazioni assembleari che non modificano l'atto costitutivo (e per le quali non è richiesto, quindi, il controllo di legalità di cui si parla)⁽¹⁵⁵⁾. Oltretutto, tale affermazio-

(153) Patti, *Della prova documentale*, cit., p. 47. Parla di «potere certificativo con effetti *erga omnes*», Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 303.

(154) Rescio, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, cit., p. 873 ss., ove l'affermazione che «può trovare posto negli allegati, alleggerendo il contenuto del verbale, tutto ciò che non è di competenza del verbalizzante o che è di competenza anche di soggetti diversi dal verbalizzante (il presidente, *in primis*)». L'autore distingue tra una «parte obbligatoria in senso stretto (o essenziale), la quale appartiene di necessità al verbale, e la parte obbligatoria in senso lato: con la quale espressione si fa riferimento a tutto ciò che per il noto principio di autosufficienza deve in qualche modo risultare, a pena di irregolarità del verbale, ma non imprescindibilmente da quest'ultimo: anche da suoi allegati», ed infine una parte facoltativa, comprendente particolari informazioni che sono tuttavia irrilevanti per la regolarità del verbale. Su tali basi, egli afferma, ad esempio, che «essenziale è *la sola delibera*, intesa come decisione collegiale (elemento del procedimento), mentre tutta la fase della discussione può essere collegata in allegati», precisando poi che «per verbalizzazione della *delibera*, si deve intendere l'accertamento in forma pubblica non solo del contenuto della volontà sociale (il testo della delibera), bensì anche delle modalità di manifestazione di tale volontà attraverso il voto», e che «il notaio non può compiere atti in esercizio della sua funzione documentativa/certificativa se non attraverso le formalità (opportunamente selezionate) dell'atto pubblico»; dal che si evince, poi, che «o l'accertamento non è di competenza notarile, e l'allegato si può ammettere (es. lista di presenza); o l'accertamento è di competenza notarile (es. dichiarazioni dei soci), ed allora deve per forza essere contenuto in un atto a forma pubblica». Questa ricostruzione, ineccepibile, riceve ora conferma dalla disposizione normativa (art. 2375, comma 1, cod. civ.) che, mentre consente di indicare «*anche in allegato*, l'identità dei partecipanti e il capitale rappresentato da ciascuno», con l'ulteriore precisazione che il verbale «deve consentire, *anche per allegato*, l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti», stabilisce poi *tout court* che «*le deliberazioni dell'assemblea devono constare da verbale*».

(155) Cfr., ad esempio, i casi di verbalizzazione delle deliberazioni di assemblea straordinaria che approvano la proposta di concordato fallimentare, o la domanda di concordato preventivo o amministrazione controllata (artt. 152, comma 2, 214, comma 1, 161, ult. comma, 167, ult. comma, legge fallimentare), o dell'assemblea degli obbligazionisti (art. 2415 cod. civ.).

ne non spiegherebbe come mai l'intervento del notaio fosse richiesto già a partire dal 1942, quando il controllo di legalità era svolto solo dal giudice dell'omologazione.

Meritano, piuttosto, un approfondimento i profili dell'efficacia probatoria privilegiata, e della pubblica fede assicurati dal verbale assembleare in forma notarile. Ai sensi dell'art. 2700 cod. civ., l'atto pubblico fa *piena prova*, tra l'altro, delle «dichiarazioni delle parti». Cosa significa questa formula, riportata in particolare alla previsione dell'art. 2702 cod. civ., che in relazione alla scrittura privata autenticata circoscrive l'efficacia probatoria alla «provenienza della dichiarazione» dalle parti che l'hanno sottoscritta? La domanda, che potrebbe sembrare oziosa, nasce dal fatto che - secondo l'orientamento pacifico di dottrina e giurisprudenza - la piena prova cui si riferisce l'art. 2700 cod. civ. non si estende al contenuto intrinseco ed alla veridicità delle dichiarazioni delle parti⁽¹⁵⁶⁾. L'atto pubblico prova, quindi, qualcosa in più della «provenienza» delle dichiarazioni, e qualcosa in meno del «contenuto intrinseco» di esse. Ma cosa? La risposta più attendibile è quella che circoscrive tale efficacia di piena prova nella «corrispondenza» tra quanto documentato dal pubblico ufficiale e quanto allo stesso dichiarato dalle parti⁽¹⁵⁷⁾. Si tratta, beninteso, della corrispondenza tra «dichiarazione delle parti» e «documento redatto dal pubblico ufficiale»: *l'atto pubblico fornisce piena prova del fatto che il pubblico ufficiale abbia trasposto fedelmente nel documento quanto dichiarato dalle parti* (il che consente di disconoscere la veridicità della documentazione pubblica solo mediante querela di falso), ma non ha valore di prova legale per quanto concerne la corrispondenza tra «volontà» e «dichiarazione» delle parti (il che rende sempre possibile, anche nell'atto pubblico, l'impugnazione del negozio ivi documentato per errore ostativo, che diviene però fortemente improbabile in presenza dell'indagine della volontà operata dal notaio).

Nella scrittura privata in senso proprio, non si pone invece un problema di corrispondenza tra «dichiarazione» e «documentazione», in quanto queste

(156) Affermazione pacifica: cfr., tra gli altri, Patti, *Della prova documentale*, cit., p. 45; Tondo, *Il documento notarile nel sistema delle prove*, in *Vita not.*, 1987, p. 482 ss.; Brugi-Dossetto, *Atti pubblici*, in *Novissimo dig. it.*, I, Torino 1958, p. 1523 ss.

(157) Cfr., tra gli altri, Tondo, *Il documento notarile nel sistema delle prove*, cit., p. 489 ss.; Lener, *Atto pubblico e sottoscrizione delle parti (spunti circa il significato della forma solenne)*, cit., p. 989 ss.; Montesano, *Forma essenziale e documento notarile del negozio nella sentenza civile su falso ideologico e nell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 879 ss.; Id., *Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, cit., p. 105; Giampiccolo, *Sulla rettificazione dell'atto solenne viziato da falsità ideologica*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, III, p. 214 ss.

ultime si compenetrano vicendevolmente, essendo entrambe imputabili al medesimo autore, il quale rende la dichiarazione all'atto stesso in cui forma la documentazione (che egli stesso sottoscrive). In altri termini, la scrittura privata è prova documentale di primo grado, mentre l'atto pubblico (che documenta la dichiarazione del notaio, la quale a sua volta attesta il contenuto delle dichiarazioni delle parti) è prova di secondo grado; il che spiega perché l'art. 2702 cod. civ. non affronti il profilo della «prova delle dichiarazioni delle parti»⁽¹⁵⁸⁾.

Diverso ancora è il caso del *verbale di deliberazione assembleare redatto per atto privato*. Nel verbale, redatto da un soggetto diverso dal pubblico ufficiale, si ripresenta infatti la *dicotomia tra documento* (di cui è autore il segretario, o comunque il soggetto verbalizzante) e *dichiarazione* (trattasi della dichiarazione del presidente che «proclama» i risultati della votazione). Ciò spiega il fatto che il verbale, redatto per atto privato, non ha un'efficacia probatoria piena, riguardo alla corrispondenza tra dichiarazione e documento, che la legge attribuisce all'atto pubblico e che la «natura delle cose» assegna alla scrittura privata; e giustifica l'*orientamento dottrinale e giurisprudenziale, che nega al verbale formato per atto privato - che non sia sottoscritto da tutti gli intervenuti - la natura giuridica di scrittura privata, e la relativa efficacia probatoria*⁽¹⁵⁹⁾.

Tornando al caso del verbale notarile, l'eventuale estrapolazione del contenuto della deliberazione dall'atto pubblico, e la sua riproduzione in un allegato in forma di «atto privato», non sarebbe altro che la verbalizzazione in forma privata della deliberazione medesima: la proclamazione dei risultati, da parte del presidente, verrebbe documentata dal notaio - per quanto concerne il «contenuto», e quindi il testo degli articoli modificati dello statuto - allegando un «documento privato» al verbale, e realizzando così una *documentazione della deliberazione in una forma avente addirittura rango inferiore rispetto alla scrittura privata*. Nessuna norma, infatti, attribuisce valore di

(158) V. le acute osservazioni di Vocino, *Profilo dell'atto ricevuto da notaio*, in *Riv. not.*, 1968, p. 999 ss. Nello stesso senso, Lener, *Atto pubblico e sottoscrizione delle parti (spunti circa il significato della forma solenne)*, cit., p. 990; Montesano, *Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico convertito in scrittura privata*, cit., p. 106 (che giustamente ritiene «impossibile la divergenza tra dichiarazione e documentazione, cioè la falsità ideologica»); Scardaccione, *Scrittura privata*, cit., p. 814.

(159) Giannini, *In tema di verbalizzazioni*, in *Foro amm.*, 1960, I, p. 1104 (per il quale la verbalizzazione per atto privato non crea una prova legale, ma una semplice «certezza informativa intorno agli atti verbalizzati»); Giorgianni, *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 1001; Trib. Roma 28 ottobre 1994, in *Impresa*, 1995, p. 954; Cass. 19 marzo 1996 n. 2297, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Comunione e condominio*, n. 162. Cfr. anche dottrina e giurisprudenza citate in Rescio, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, cit., p. 881, nota 153.

piena prova allo scritto, allegato all'atto pubblico, che documenta la dichiarazione di un soggetto diverso dall'autore del verbale⁽¹⁶⁰⁾. Né sembra possibile attribuire a tale scritto natura di atto pubblico: non si spiegherebbe, allora, la tecnica documentale consistente nello «scorporare» tale scritto dal verbale in forma pubblica, per assoggettarlo a regole formali diverse. La tecnica di documentazione criticata comporterebbe, quindi, la *possibilità di far valere con ogni mezzo di prova la divergenza tra documentato e deliberato, con piena violazione delle istanze di certezza che richiedono, per le deliberazioni modificative dello statuto, una documentazione per atto di notaio*. Nel caso, invece, di verbale formato per atto pubblico, quest'ultimo fa piena prova, fino a querela di falso, sia della dichiarazione del presidente che della constatazione del notaio, in ordine alla proclamazione dei risultati della deliberazione, che investe evidentemente anche il contenuto di quest'ultima. Ecco perché la giurisprudenza ha, correttamente, richiesto che, «per il principio di «autosufficienza» del verbale, il contenuto novativo dell'atto costitutivo deve risultare dall'atto pubblico fidefacente non potendo essere desumibile da documenti allegati privi di tale crisma»⁽¹⁶¹⁾.

Anche per quanto concerne la *pubblica fede*, un sottile filo rosso lega l'attività documentatrice del notaio nell'atto costitutivo e nel verbale delle deliberazioni che, successivamente, tale atto costitutivo modificano. In entrambi i casi, il notaio è, pacificamente, *dominus* dell'attività di documentazione, nel compimento della quale deve effettuare una fedele rappresentazione di quanto allo stesso dichiarato, in posizione di *totale autonomia* rispetto sia al presidente dell'assemblea, che all'assemblea medesima⁽¹⁶²⁾, e soprattutto *curando che la trasposizione nel documento della deliberazione sia «tecnicamente*

(160) Lo riconosce Rescio, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, cit., p. 881 («escluso che gli allegati possiedano efficacia di piena prova se non sono state osservate le stesse formalità che vanno osservate per il verbale, il dilemma circa il loro valore corre - come per il verbale di assemblea ordinaria - tra il riconoscimento del valore di prova semplice e il diniego di ogni efficacia probatoria diretta»). Anche Marmocchi, *La discussa natura dello statuto allegato*, cit., p. 813, pur affermando l'attrazione dell'allegato alla disciplina dell'atto pubblico, riconosce correttamente che l'efficacia probatoria *ex art.* 2700 cod. civ. non si estende all'allegato medesimo.

(161) App. Roma 18 maggio 1998, in *Società*, 1998, p. 1307.

(162) Sull'autonomia del pubblico ufficiale verbalizzante, tra gli altri, Rescio, *L'assemblea della public company e la sua verbalizzazione*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1382 ss.; Rescio, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, cit., p. 834, nota 20 (che evidenzia «il ruolo esclusivo ed incondizionato del notaio a garanzia di una corretta verbalizzazione» escludendo pertanto che l'assemblea debba approvare il verbale, poiché ciò significherebbe «estendere il potere della maggioranza alla documentazione dell'attività assembleare, con possibili abusi nei confronti della minoranza»); Serra, *La verbalizzazione*, cit., p. 189; Cerbo, *Verbale e verbalizzazione (dir. amm.)*, in *Digesto discipline pubbl.*, XV, Torino 1999, p. 631; Pizzorusso, *Processo verbale (dir. pubbl.)*, in *Novissimo dig. it.*, XIII, Torino 1966, p. 1217; Cass. 20 giugno 2000 n. 8370, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3506.

corretta⁽¹⁶³⁾. È nel «ridurre per iscritto» il contenuto delle dichiarazioni, o deliberazioni, che il notaio - avvalendosi del *linguaggio giuridico* di cui è padrone, e con ciò «adeguando», in senso lato, anche la *forma*, intesa quale esteriorizzazione, delle deliberazioni dell'assemblea⁽¹⁶⁴⁾ - crea un documento univoco quanto al suo significato, e come tale realmente *corrispondente al*

(163) Panzironi, *L'omologazione degli atti sociali. La nuova competenza notarile*, Milano 2002, p. 100; Boero, *Verballi societari e riforma della legge notarile*, in *Vita not.*, 1995, p. 1577.

(164) Pizzorusso, *Processo verbale (dir. pubbl.)*, cit., p. 1219, rileva esattamente che il «potere di interferenza del verbalizzante è giustificato dalla normale impreparazione tecnica dei soggetti privati, i quali raramente sono in grado di rendersi conto del modo con cui devono essere manifestate le loro dichiarazioni perché esse possano raggiungere gli scopi cui sono dirette; nel caso del notaio, inoltre, è ravvisabile anche un vero e proprio mandato delle parti private al professionista perché provveda a dare forma giuridica idonea alla loro volontà». Analogamente, con riferimento all'atto pubblico in generale, Patti, *Della prova documentale*, cit., p. 36; Tommaseo, *L'atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, cit., p. 603 ss.

Può parlarsi, anche in sede di verbalizzazione, di una «attività di consulenza» del notaio? Certo, non è credibile immaginare che il legislatore abbia richiesto l'intervento del notaio, e non di qualsiasi altro pubblico ufficiale, per la verbalizzazione, se non avesse tenuto conto della competenza tecnico-giuridica e capacità professionale del notaio medesimo in materia societaria (in tal senso, Ascarelli, *Sulla verbalizzazione delle deliberazioni assembleari*, cit., p. 2 ss.; Liserre, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., p. 67 ss.; Boero, *Verballi societari e riforma della legge notarile*, cit., p. 1577; Laurini, *Il ruolo del notaio nella verbalizzazione delle delibere assembleari*, in *La verbalizzazione delle delibere assembleari*, Milano 1982, p. 70). La giurisprudenza, del resto, ha precisato che il notaio - pur non potendo rifiutare la verbalizzazione anche in presenza di cause di invalidità della deliberazione - ha l'obbligo di «avvertire di tale nullità prima che la delibera sia posta in votazione» (Cass. 4 maggio 1998 n. 4441, in *Riv. not.*, 1998, p. 717).

Ovviamente, quest'attività di consulenza ha contenuto e rilievo profondamente diversi rispetto alla fase costitutiva della società, nella quale ultima l'ingerenza nel processo di formazione della volontà delle parti è molto più profonda, e non soffre limitazioni (mentre nel corso della deliberazione assembleare il notaio, pur potendo e dovendo adempiere ai propri doveri di chiarimento ed informazione, non ha tuttavia il potere di opporsi ad una contraria volontà dell'assemblea, e deve oltretutto evitare di interferire nello svolgimento dei lavori assembleari: Laurini, *Il ruolo del notaio nella verbalizzazione delle delibere assembleari*, cit., p. 52). Può, quindi, concludersi che la particolare natura dell'attività di verbalizzazione, se impedisce l'applicazione dell'art. 28, n. 1, l.n., non preclude per il resto l'attività di «adeguamento» del notaio.

D'altra parte, i chiarimenti resi dal notaio *contribuiscono* sia ad evitare errori e fraintendimenti ad opera dei presenti, con particolare riguardo agli errori di diritto e di interpretazione, sia ad «indirizzare» la deliberazione assembleare conformemente alle previsioni di legge, ogni qualvolta i presenti non abbiano le competenze giuridiche necessarie. Deve del resto confinarsi nel campo dell'improbabile, e comunque al di fuori della «normalità», il caso che l'assemblea, nonostante i chiarimenti e gli avvertimenti del notaio, deliberi in difformità rispetto alla legge, in modo da determinare il successivo rifiuto di iscrizione del notaio stesso, ex art. 2436 cod. civ. In definitiva, ad assicurare la conformità alla legge, e quindi la fede pubblica, della deliberazione che verrà iscritta nel registro delle imprese, *contribuisce*, oltre che ovviamente il controllo successivo di iscrivibilità, anche l'attività di consulenza che il notaio presta in sede di verbalizzazione. Per approfondimenti sul punto, cfr. Trinchillo, *Verbale di assemblea e funzione notarile*, in *La riforma del diritto societario. Le riflessioni del notariato*, cit., p. 127 ss.; Viscusi, *Il nuovo sistema dei controlli sugli atti societari*, cit., p. 26 ss.

contenuto ed al significato delle deliberazioni approvate. Non è chi non veda, allora, come una tecnica di documentazione, che porti all'allegazione al verbale di un documento «privato», magari redatto da terzi non imparziali, al fine di riportarvi il testo integrale delle deliberazioni modificative dell'atto costitutivo, contravvenga patentemente all'esigenza di attribuire *pubblica fede* (intesa come *pubblico affidamento nella corrispondenza tra il deliberato ed il documentato*), che la legge intende soddisfare con la verbalizzazione notarile.

Si consideri, d'altra parte, la previsione dell'art. 10 della prima direttiva CEE, la quale stabilisce - quando manchi un controllo giudiziario o amministrativo - che «l'atto costitutivo e lo statuto della società e *le loro modifiche devono rivestire la forma di atto pubblico*». Pur non potendosi parlare, con riferimento alle deliberazioni assembleari, di «forma» in senso tecnico, non vi è dubbio che la previsione comunitaria coinvolga, oltre al controllo di legalità, anche le altre prerogative proprie dell'atto pubblico (tra cui efficacia probatoria e pubblica fede, di cui devono essere munite le deliberazioni in oggetto), e quindi il *vestimentum* rappresentato dall'atto pubblico assolve ad alcune delle esigenze proprie della forma negoziale⁽¹⁶⁵⁾; ogni interpretazione che svalutasse tali elementi violerebbe, quindi, il canone di «interpretazione conforme» alla direttiva comunitaria⁽¹⁶⁶⁾.

La piena *efficacia probatoria*, e la *pubblica fede* del verbale notarile, costituiscono quindi, in aggiunta al controllo di legalità, le ragioni principali dell'intervento del notaio nel procedimento deliberativo, così come rappresentano il fondamento del suo intervento in fase costitutiva⁽¹⁶⁷⁾; gli *interessi convergenti della società, dei soci di minoranza e dei terzi ad una documentazione affidabile, certa ed incontrovertibile delle deliberazioni modificative* dell'atto costitutivo e dello statuto, *spiegano perché la deliberazione debba essere integralmente riportata nel verbale*: per i terzi, ed i soci di minoranza, è certo im-

(165) Laurini, *Verbalizzazione e controllo notarile di legalità*, in *Il controllo notarile sugli atti societari*, a cura di Paciello, Milano 2001, p. 55, parla di «doppia funzione del verbale, di dare forma solenne ad una manifestazione di volontà collegiale conforme a legge e documentare l'intera vicenda assembleare a monte e a valle della stessa».

(166) Per il rilievo della previsione di «forma pubblica» nella direttiva comunitaria, in relazione alle modifiche statutarie, cfr. Salafia, *L'invalidità dei controlli sugli atti societari e il regime delle impugnazioni*, in *Società*, 2001, p. 10.

(167) Non vi è quindi alcuna «asimmetria» tra la fase costitutiva e quella modificativa, come ritenuto invece da Rescio, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari*, cit., p. 801. È vero che il testo aggiornato di statuto, depositato nel registro delle imprese a seguito della modifica (*ex art. 2436, ult. comma, cod. civ.*), ha natura di scrittura privata, ma quel che rileva è che il testo integrale delle modifiche deliberate sia contenuto nel verbale, che ha forma pubblica, in modo da assicurare, così come per lo statuto approvato in sede costitutiva, efficacia probatoria piena e pubblica fede alle modifiche deliberate.

portante sapere come si è svolto il procedimento deliberativo, se sono state in esso commesse irregolarità o se invece sono state rispettate le disposizioni di legge; ma interessa, soprattutto, una documentazione certa ed affidabile del «risultato» della deliberazione, e quindi il «testo» delle modificazioni statutarie deliberate. Esigenza che verrebbe gravemente pregiudicata, se tale testo venisse riportato soltanto in allegato «privato», non redatto da un pubblico ufficiale imparziale, non coperto dalla fede pubblica ed esposto a contestazioni in ordine alla sua veridicità e corrispondenza a quanto effettivamente deliberato.

A differenza della fase costitutiva della società, in sede di modificazione statutaria la pubblica fede non è assicurata, se non in modo molto attenuato, dalla indagine della volontà ad opera del notaio; ciò si giustifica in correlazione alla diversa disciplina dell'invalidità delle deliberazioni assembleari. Mentre, infatti, il vizio della volontà del socio in fase costitutiva potrebbe condurre all'invalidità soggettivamente parziale del contratto sociale, in sede di modifica statutaria, sia le specifiche cautele previste dalla normativa in materia assembleare (cfr. gli artt. 2366 e 2374 cod. civ.), sia la subordinazione dell'impugnazione alla prova di resistenza⁽¹⁶⁸⁾, sia infine i ristretti termini per l'impugnazione (artt. 2377, 2479-ter cod. civ.) attribuiscono rilievo assolutamente residuale alla fattispecie in esame, e giustificano, anche sotto il profilo *de quo*, il diverso ruolo del notaio.

In che modo deve essere concretamente soddisfatta l'esigenza di certezza che sta alla base della necessità di verbalizzazione pubblica delle deliberazioni modificative dello statuto? *Qualsiasi tecnica redazionale può essere adottata dal notaio, purché da un lato risulti dal verbale pubblico il contenuto integrale della deliberazione (e quindi il testo completo degli articoli dello statuto modificati), e dall'altro sia assicurata la percezione, ad opera del notaio, della corrispondenza tra il suddetto testo e quanto specificamente deliberato dall'assemblea.* Non è necessaria la lettura del verbale all'assemblea, o al presidente della stessa, al fine di accertare tale corrispondenza, potendo adottarsi ogni mezzo all'uopo idoneo. D'altra parte, non può ritenersi sufficiente una tecnica di verbalizzazione che dia atto della mera pregressa conoscenza ad opera dei soci presenti del testo consegnato al notaio dal presidente, e da questi non letto in assemblea, se ciò non si accompagna ad accorgimenti idonei a «confrontare» il testo con i soci stessi, prima della deliberazione (ad esempio,

(168) Sacchi, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a. - profili procedurali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3*, Torino 1994, p. 448 ss., spec. p. 455 ss.; Sena, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, Milano 1961, p. 410 ss.

mediante proiezione del testo medesimo di fronte ai presenti, o mediante consegna agli stessi di una copia fotostatica del medesimo, della quale il notaio verbalizzante abbia cura di accertare la conformità con quello a lui consegnato). Una volta adottate tali cautele, ciascun socio sarà in grado di valutare se rendere il proprio voto in modo consapevole, e soprattutto sarà assicurata la corrispondenza tra il suddetto voto ed il testo della deliberazione approvata, con efficacia probatoria piena.

14. Conclusioni. - All'esito del percorso argomentativo tracciato nei paragrafi che precedono, può fondatamente affermarsi - sulla base di univoci argomenti sia letterali che sistematici, che tengono conto del principio di «interpretazione conforme» alle direttive comunitarie in materia societaria - che lo statuto di società di capitali e cooperative - sia esso incorporato nell'atto costitutivo o allegato al medesimo quale «atto separato» - ha natura di atto pubblico, ed è soggetto quindi alla disciplina dettata dalla legge notarile per gli atti pubblici. Disciplina che, come si è cercato di dimostrare, tutela - grazie all'efficacia probatoria privilegiata ed alla pubblica fede, che assistono l'atto pubblico in conseguenza del controllo di legalità e dell'indagine della volontà delle parti, che il notaio deve inderogabilmente effettuare - esigenze sostanziali non solo dei soci, ma anche e soprattutto della società e dei terzi.

Le tesi che, con vari accenti, hanno contestato tale natura pubblica si fondano su varie argomentazioni, delle quali si è tentato di dimostrare l'inconsistenza; esse partono tutte, peraltro, da una sorta di «precomprensione»⁽¹⁶⁹⁾ delle disposizioni dettate dalla riforma societaria, che a sua volta trae origine da una certa sensibilità di sapore «antiformalistico»: anche quando non lo si afferma espressamente, si parte comunque dal presupposto che la disciplina dell'atto pubblico contenga dei formalismi non più adeguati ai tempi, dei quali a volte si auspica *apertis verbis* l'abrogazione, nella convinzione che la celerità dei traffici ed il soddisfacimento, in senso «sostanziale», degli interes-

(169) Sul concetto di precomprensione, sviluppato nell'ambito della filosofia ermeneutica, cfr. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli 1983, *passim*; Zaccaria, «Precomprensione» e controlli di razionalità nella prassi del giudice, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 313; De Ruggiero, *Sul concetto di precomprensione*, in *Politica dir.*, 1984, p. 577.

Se è normale la circostanza che l'interprete si accosti al testo accompagnato dai precedenti, e dalle categorie dogmatiche proprie della sua formazione culturale, oltreché da uno specifico «orizzonte di attesa», individuato tra l'altro dalle concezioni proprie dell'ambiente storico-sociale cui appartiene (ivi incluse le ideologie e le aspettative del proprio ceto professionale), occorre poi che l'interpretazione, nello stadio successivo dell'analisi, sia «pilotata» all'interno del sistema giuridico positivo, e quindi dai valori ed interessi espressi in via esclusiva da quest'ultimo: cfr. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano 1984, p. 156 ss.

si dei soci, delle società coinvolte e dei terzi passi semmai attraverso un'accesa professionalità del notaio, ma per l'appunto attraverso le norme che disciplinano l'attività libero-professionale (liberamente contrattabile con le parti), non certo sotto le forche caudine delle formalità (inderogabili) prescritte dalla legge notarile. Conseguentemente, per quanto attiene agli statuti societari, l'assoggettamento degli stessi alla rigorosa disciplina dell'atto pubblico (indagine personale della volontà, integrale redazione sotto la personale direzione del notaio, lettura integrale del documento statutario) rappresenterebbe solo un inutile «intralcio» e «rallentamento» dei traffici giuridici, ed a questo risultato taluni interpreti sentono, quasi istintivamente, il dovere di opporsi.

La presente indagine ha tentato di dimostrare che questo è un punto di vista parziale, inesatto *de iure condito* e certamente non congruente con la reale tutela degli interessi che si vogliono soddisfare: la saldatura tra l'inderogabile indagine della volontà delle parti (in grado di assicurare, in funzione «antiprocessuale», non solo univocità e chiarezza ma anche certezza, stabilità e pubblica fede al regolamento negoziale), le formalità poste a garanzia del suo effettivo svolgimento (lettura dell'atto, disposizioni a tutela dei minorati fisici, ecc.), ed i risultati in termini di prova legale privilegiata e complessiva «affidabilità» dello statuto societario rappresentano - per il tramite della necessaria imparzialità e professionalità del notaio rogante o verbalizzante - una reale e «sostanziale» garanzia dell'effettivo esplicarsi dell'autonomia privata nel quadro dei principi e delle regole dell'ordinamento, e delle superiori esigenze di sicurezza dei traffici.