

GAETANO PETRELLI

STATUTO E ATTO PUBBLICO DOPO LA RIFORMA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI E COOPERATIVE

SOMMARIO: 1. Premessa. Le norme in tema di atto costitutivo e statuto nella riforma del diritto societario. — 2. La forma dell'atto pubblico nella costituzione delle società di capitali e cooperative. — 3. *Segue*: i principi generali sui limiti della *relatio* nei negozi solenni e lo statuto. — 4. Lo statuto di società per azioni. — 5. Lo statuto di società a responsabilità limitata. — 6. Lo statuto di società cooperativa. — 7. Forma solenne e modifiche statutarie.

1. *Premessa. Le norme in tema di atto costitutivo e statuto nella riforma del diritto societario.*

La recente riforma del diritto societario ha inciso, oltre che sulla regolamentazione sostanziale delle società di capitali e cooperative, anche su alcuni aspetti formali di notevole rilevanza. Compito delle presenti note è quello di illustrare brevemente l'impatto di detta riforma sulla disciplina formale dello statuto, ossia del complesso delle «norme relative al funzionamento» dell'ente.

La prima circostanza che balza all'occhio del lettore della riforma è la modifica degli articoli che disciplinavano il documento «statuto» nella fase costitutiva della società. Nel codice civile del 1942 esistevano, infatti, tre disposizioni di contenuto identico: gli articoli 2328, ultimo comma, c.c. in tema di s.p.a. (richiamato dall'art. 2475, penultimo comma, c.c. in tema di s.r.l.), e l'articolo 2518, ultimo comma, c.c. in materia di cooperative. La disposizione in oggetto, di uguale tenore per ciascuno dei tipi societari suddetti, recitava: «Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, *si considera parte integrante dell'atto costitutivo e deve essere a questo allegato*». Si vedranno, di seguito, i dubbi interpretativi che tale formulazione aveva prodotto. Qui preme, peraltro, rilevare che la riforma ha dato origine a tre disposizioni di contenuto parzialmente diverso. In tema di società per azioni, l'ultimo comma del vigente art. 2328 dispone che lo statuto, anche se per atto separato, «*costituisce*» parte integrante dell'atto costitutivo, e

non fa più cenno alla «allegazione»; dispone, inoltre, che nel *contrasto* tra le previsioni statutarie e quelle dell'atto costitutivo, le prime prevalgono. In materia di società a responsabilità limitata, l'art. 2463 non menziona più lo statuto, e tanto meno la possibilità che lo stesso costituisca «atto separato»; dispone invece che l'atto costitutivo deve rivestire la forma dell'atto pubblico, ed al n. 7 menziona, nell'ambito del contenuto obbligatorio di esso, le «norme relative al funzionamento della società». Infine, l'art. 2521, penultimo comma, a proposito dell'atto costitutivo di società cooperativa, ammette che lo statuto contenente le norme di funzionamento possa costituire «atto separato», mantiene la precedente formulazione per cui lo stesso «si considera» parte integrante dell'atto costitutivo, ma elimina, anche in questo caso, ogni riferimento al concetto di *allegato*; nessuna norma è dettata, infine, riguardo all'eventualità del contrasto tra le previsioni dello statuto e quelle dell'atto costitutivo.

Una disciplina alquanto variegata, quindi, di cui si stenta, a prima vista, a cogliere la *ratio*; la quale andrà individuata all'esito di una paziente analisi del sistema riformato nel suo complesso, senza trascurare d'altra parte l'elaborazione dottrinale ed il travaglio giurisprudenziale che hanno preceduto la riforma.

Proprio l'esame ravvicinato del nuovo articolato del codice consente di sgombrare il campo dall'impressione che il differente tenore delle norme surriportate sia il frutto di un mero difetto di coordinamento. Se, infatti, una tale motivazione può giustificare alcune differenze marginali (quale, in particolare, la dizione «si considera parte integrante» nella disposizione sulle cooperative, in luogo di quella «costituisce parte integrante», contenuta nell'art. 2328 c.c.), essa certamente non spiegherebbe l'eliminazione del riferimento all'«allegato» in tutte e tre le norme considerate.

Ma vi è di più. Un'attenta analisi delle nuove norme codicistiche consente di riscontrare una circostanza abbastanza importante: sono state apportate una serie di modifiche, sotto il profilo terminologico, e tutte (o quasi) nella medesima direzione; modifiche che sembrano quindi rispondere, nell'intenzione del legislatore, ad un preciso disegno.

Iniziando dalla disciplina delle *società per azioni*, in pressoché tutte le disposizioni — attinenti al funzionamento ed all'organizzazione della società stessa — che prima rinviavano all'*atto costitutivo*, i relativi riferimenti sono stati sostituiti, *sic et simpliciter*, con riferimenti allo *statuto* (1). Altre

(1) Cfr., senza pretesa di esaustività, gli artt. 2348, comma 2 (previsione di categorie speciali di azioni), 2351, commi 2 e 3 (azioni con speciale disciplina in ordine al diritto di voto), 2353 (emissione di azioni di godimento), 2354, comma 1 (azioni nominative o al portatore), 2355-bis (limitazioni alla circolazione delle azioni), 2361 (assunzione di partecipazioni in

disposizioni, anch'esse attinenti a profili funzionali ed organizzativi della società per azioni, fanno poi riferimento allo *statuto*, in assenza di precedenti previsioni (trattandosi di norme nuove) (2). Con questo mutamento di terminologia il legislatore ha certamente voluto, nell'ambito della disciplina della società per azioni, mettere a fuoco con maggior precisione ciò che costituisce l'involucro, il documento contenente le norme di struttura, organizzazione e funzionamento dell'ente; recependo, cioè, una prassi (3) che era già consolidata al momento dell'emanazione del codice civile del 1942, il legislatore ha oggi preso definitivamente atto della distinzione tra *atto costitutivo* (cioè il documento contenente, oltre alla volontà contrattuale di dar luogo alla costituzione della società, anche una serie di dati «storici», e comunque non rilevanti nella successiva vita dell'ente, quali le generalità dei soci fondatori e dei primi amministratori e sindaci, la descrizione dei conferimenti, l'indicazione delle spese di costituzione, e simili) e *statuto* (che è invece il documento contenente invece il nucleo stabile delle prescrizioni integranti, nel loro complesso, il *regolamento*

altre imprese), 2364, comma 1, nn. 3 e 5 (competenze dell'assemblea ordinaria), e comma 2 (termini per la convocazione dell'assemblea), 2365 (modifiche dello statuto; delega all'organo amministrativo per alcune di dette modifiche), 2363 (luogo di convocazione dell'assemblea), 2368, e 2369, comma 7 (*quorum* per l'approvazione delle deliberazioni assembleari), 2371 (presidenza dell'assemblea), 2372 (rappresentanza in assemblea), 2377, comma 2 (invalidità delle deliberazioni assembleari), e comma 8 (rinnovazione delle suddette deliberazioni), 2381 (nomina di amministratori delegati), 2383, comma 3 (rieleggibilità degli amministratori), 2380-bis, comma 4 (previsione del numero degli amministratori), 2384 (poteri di rappresentanza degli amministratori e relative limitazioni), 2388 (validità delle deliberazioni consiliari), 2389, comma 3 (compenso degli amministratori con particolari cariche), 2392 (obblighi e responsabilità degli amministratori), 2396 (direttori generali), 2402 (retribuzione dei sindaci), 2403 (doveri del collegio sindacale), 2420-ter (delega per l'emissione di obbligazioni convertibili), 2436, comma 1 (modifiche dello statuto), 2437 (previsione di cause di recesso), 2443 (delega agli amministratori per l'aumento di capitale).

L'art. 2436, comma 6, a proposito delle modifiche statutarie, prevede oggi il deposito del testo aggiornato del solo *statuto* modificato, mentre la formulazione letterale della previgente disposizione presupponeva la modifica *dell'atto costitutivo o dello statuto*, ed il deposito del testo integrale *dell'atto modificato*.

(2) Cfr. gli artt. 2346, commi 1 e 2 (emissione delle azioni), 2349, comma 1 (emissione di azioni a favore dei prestatori di lavoro), 2350, comma 2 (emissione di azioni correlate), 2351, comma 5 (amministratori nominati dai possessori di strumenti finanziari), 2354, ultimo comma (previsione facoltativa della dematerializzazione delle azioni), 2364-bis (compenso dei consiglieri di sorveglianza), 2366 (deroga alle norme legali sulla convocazione dell'assemblea), 2367 (convocazione su richiesta della minoranza), 2369, comma 6 (previsione di ulteriori convocazioni dell'assemblea), 2370, commi 2 e 4 (intervento in assemblea), 2377, comma 3 (*quorum* necessario per l'impugnazione delle deliberazioni assembleari), 2380 (previsione di diversi sistemi di amministrazione), 2386, commi 3 e 4 (sostituzione degli amministratori), 2387 (requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza degli amministratori), 2399, ultimo comma (altre cause di decadenza, ineleggibilità, incompatibilità dei sindaci), 2404 (riunioni del collegio sindacale), 2408 e 2409 (denuncia al collegio sindacale o al tribunale), 2410 (emissione di obbligazioni), 2437-bis (previsione di azioni riscattabili).

(3) Sulle ragioni pratiche («maggior comodità») che spingono ad adottare lo statuto come documento separato rispetto all'atto costitutivo, FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano 1984, p. 352.

contrattuale, ossia le norme di organizzazione e funzionamento caratterizzate da una tendenziale stabilità nel tempo; prescrizioni costituenti un complesso unitario, come tale considerato anche in sede di successive modificazioni, come chiaramente risulta dall'ultimo comma dell'art. 2436 c.c.) (4).

Passando alla *società a responsabilità limitata*, si assiste ad un fenomeno del tutto speculare: scomparso ogni riferimento allo *statuto*, le disposizioni codicistiche rinviano, sempre e comunque, all'*atto costitutivo* (5). Quale il motivo di questa diversa considerazione per le «norme di funzionamento» nella società a responsabilità limitata? Sembra che, sul punto, abbia influito in modo determinante l'accentuata *personalizzazione* di questo tipo societario, tale da farla descrivere oggi, con quello che è stato definito uno *slogan*, come «società di persone a responsabilità limitata» (6); personalizzazione, che si accompagna alla «rilevanza centrale del socio» di s.r.l. (7), che mal tollera, nella visione del legislatore della riforma, uno «scorporo» delle norme di funzionamento dell'ente, anche sotto il profilo letterale e formale, da quello che è il nucleo delle pattuizioni contrattuali

(4) Si è detto, con formula icastica, che «l'atto costitutivo indica come la società sia sorta, mentre invece lo statuto descrive la società quale è e come vive. Gli elementi genetici, per cui l'atto costitutivo assume per così dire un valore storico, sono di conseguenza trascurati nello statuto che riproduce e sviluppa invece gli elementi strutturali e funzionali»: FRÉ-SBISÀ, *Della società per azioni, I (art. 2325-2409)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 64.

(5) Si considerino gli articoli 2464 e 2645 (conferimenti in società), 2466, comma 2 (previsione di vendita all'incanto della partecipazione), 2468, comma 2 (attribuzione di partecipazioni non proporzionali ai conferimenti), e commi 3 e 4 (diritti particolari dei soci), 2469 (trasferibilità delle partecipazioni), 2473 (recesso del socio), 2475 (amministrazione della società), 2475-bis (limitazioni ai poteri degli amministratori), 2476 (responsabilità degli amministratori), 2479 (nomina degli amministratori; modificazioni dell'atto costitutivo; determinazione dell'oggetto sociale; modalità delle decisioni dei soci), 2479-bis (modalità di convocazione dell'assemblea; rappresentanza del socio in assemblea; riunioni assembleari; presidenza dell'assemblea), 2479-ter (invalidità delle decisioni dei soci), 2480 (modificazioni dell'atto costitutivo), 2481 (delega per l'aumento del capitale), 2481-bis (aumento del capitale a pagamento), 2483 (emissione di titoli di debito).

(6) SPADA, *C'era una volta la società ...*, in questa *Rivista*, 2004, p. 11 ss., il quale ravvisa la «verità» di tale *slogan* nell'attenuazione dell'organizzazione corporativa della s.r.l., e nella circostanza che l'autonomia statutaria può, oggi, spingersi fino a «disciplinare le funzioni decisionale e dichiarativa replicando il regime legale delle società di persone». Cfr. anche SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova 2004, p. 30 ss.; D'AMBROSIO, *La nuova società a responsabilità limitata tra società di persone e società di capitali*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 393; RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, I, p. 683; BENAZZO, *L'organizzazione nella nuova S.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, p. 1062.

(7) Cfr., tra gli altri, ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 75 ss.; PERRINO, *La «rilevanza del socio» nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di Santoro, Milano 2003, p. 105 ss.; BUSANI, *S.r.l.*, Milano 2003, p. 110.

dirette a dar vita all'ente stesso. Ciò perché molte di tali norme sono difficilmente concepibili in astratto, se non riferite a quei determinati individui che stipulano tra loro il contratto di società; si pensi, per fare solo un esempio, al ruolo che possono assumere, nel contesto dell'atto costitutivo, le pattuizioni relative ai «diritti particolari» dei soci, *ex art.* 2468 c.c., o anche quelle relative al recesso o all'esclusione, ed alla difficile collocazione di dette prescrizioni «individualizzate» nell'ambito della tradizionale contrapposizione atto costitutivo-statuto.

Vi sono, poi, le disposizioni in tema di *società cooperative*. Esse, al pari di quelle relative alla società a responsabilità limitata, privilegiano il riferimento all'*atto costitutivo* (8), anche se non mancano riferimenti allo statuto (nel quale, ad esempio, devono essere contenute, a norma dell'art. 2514 c.c., le clausole mutualistiche ivi previste). La circostanza, obiettivamente difficile da spiegare (9), trae probabilmente origine dall'accentuazione nella società cooperativa, rispetto alla società per azioni, della rilevanza delle persone dei soci, i cui requisiti e la cui attività, in relazione ai rapporti mutualistici, sono decisive anche per quanto attiene ai profili organizzativi dell'ente: si pensi all'esigenza di disciplinare nell'atto costitutivo le regole per lo svolgimento dell'attività mutualistica (art. 2521, comma 2, c.c.), l'oggetto sociale con riferimento ai requisiti ed agli interessi dei soci (art. 2521, comma 3, n. 3), i requisiti dei soci e le regole della loro ammissione (art. 2527 cc.), le vicende della partecipazione sociale (artt. 2532, 2533, 2534 c.c.). In altri termini, è come se la società cooperativa, nel disegno del riformatore, costituisse una sorta di *tipo intermedio* tra la società per azioni e la società a responsabilità limitata.

Per converso, in una serie di disposizioni codicistiche sono menzionati sia l'*atto costitutivo* che lo statuto. Si tratta, essenzialmente, di *disposizioni comuni* alle società azionarie ed alle società a responsabilità limitata (e richiamate, dall'art. 2519 c.c., anche riguardo alle società cooperative); in particolare, sono disposizioni relative a scioglimento e liquidazione (artt.

(8) Cfr. gli articoli 2521, comma 2 (regole per lo svolgimento dell'attività mutualistica e previsione dello svolgimento dell'attività sociale con terzi), 2524 (variabilità del capitale), 2525, comma 3 (limite massimo della partecipazione sociale), 2526 (strumenti finanziari), 2527 (requisiti dei soci), 2530 (divieto di trasferimento delle quote o azioni), 2529 (acquisto delle proprie quote o azioni), 2532 (recesso del socio), 2533 (esclusione del socio), 2534 (morte del socio), 2535 (liquidazione delle quote e rimborso delle azioni), 2538 (diritto di voto in assemblea), 2540 (assemblee separate), 2542 (amministrazione della società), 2543 (diritto di voto per l'elezione dell'organo di controllo), 2545-*quinquies* (ripartizione di utili e riserve tra i soci cooperatori), 2545-*novies* (modificazioni dell'atto costitutivo), 2545-*sexies* (ristorni).

(9) Si limitano a prenderne atto, MONTAGNANI-PACIELLO, *Commento all'art. 2521*, in *La riforma delle società. Società cooperative (artt. 2511-2548 c.c.)*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino 2003, p. 68.

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 disposizioni transitorie (artt. 223-bis, commi 1, 3, 5 e 6, 223-quater, comma 1, 223-duodecies, commi 1, 4 e 5). Sia pure con alcuni difetti di coordinamento (gli artt. 2500-quater, 2500-octies; in materia di fusione, e l'art. 2501-ter c.c. in materia di trasformazione di società, continuano a far riferimento al solo *atto costitutivo*), sembra potersi desumere da queste ultime disposizioni 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.

Alle modifiche sopra descritte se ne aggiunge comunque un'altra: mentre il previgente art. 2332, comma 1, n. 5, c.c., escludeva la nullità della società in caso di indicazione alternativa, nell'atto costitutivo o nello statuto, di alcuni elementi essenziali (denominazione della società, capitale sociale, conferimenti, oggetto sociale), il nuovo art. 2332, comma 1, n. 3, non fa più riferimento allo statuto. La modifica legislativa potrebbe apparire inspiegabile nella logica della sola società per azioni, non potendosi dubitare dell'equipollenza tra i due documenti sotto il profilo formale (10); ciò soprattutto alla luce del maggior rigore formale con cui oggi lo statuto è trattato rispetto alla situazione ante riforma, in conformità alla nuova disciplina che sarà illustrata in prosieguo. Essa, però, appare in una luce diversa se si considerano una serie di circostanze. Da un lato, occorre considerare il fatto che l'art. 2332 è richiamato anche in tema di società a responsabilità limitata e di società cooperative (si tratta, quindi, di una disciplina comune alle società capitalistiche, in almeno una delle quali — la s.r.l. — lo statuto non appare più nella terminologia legislativa). Inoltre, diverso è il regime delle nullità, essendovi fondati motivi per ritenere che il regime della «nullità della società» ex art. 2332 non trovi mai applicazione riguardo alle «norme di funzionamento» della società, come del resto dottrina e giurisprudenza hanno più volte affermato, e come sarà chiarito più avanti. Ma, soprattutto, occorre ricordare che il vecchio art. 2332 n. 5 era utilizzato, da buona parte della dottrina, come argomento per sostenere l'ammissibilità, eccezionalmente prevista dalla legge, 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 costi-

(10) Secondo CASU, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, Studio n. 4885 del Consiglio Nazionale del Notariato in data 25 marzo 2004, la ragione dell'eliminazione, nell'art. 2332 n. 3 (corrispondente al precedente art. 2332 n. 5 c.c.), dei riferimenti allo statuto, va ravvisata nella volontà di superare la «dicotomia tra l'uno e l'altro documento».

tutivo (denominazione, oggetto, capitale, conferimenti). Ecco che, quindi, l'eliminazione dei riferimenti all'«allegato» nell'ultimo comma dell'art. 2328, e l'eliminazione dei riferimenti allo statuto nel nuovo art. 2332, n. 3, c.c., appaiono convergere nella direzione di togliere ogni appiglio a coloro che sostenevano la natura di scrittura privata dello statuto.

Ma di ciò sarà dato conto più oltre. Quel che preme, qui, rilevare, è che la nuova terminologia utilizzata nelle norme codicistiche in commento appare non casuale, ma specificamente mirata ad uno specifico obiettivo, in relazione ai diversi contesti nei quali essa è utilizzata, lasciando ipotizzare un disegno del legislatore sul punto. Laddove — come avviene nella società per azioni — le persone dei soci non hanno, tendenzialmente, alcuna rilevanza ai fini dell'organizzazione e del funzionamento dell'ente, la legge individua lo *statuto*, inteso come documento *separabile* dall'atto costitutivo (11), come *sedes* naturale delle relative norme di organizzazione e funzionamento, e detta per lo stesso una disciplina, anche formale, in certa misura distinta rispetto a quella dell'atto di costituzione della società; con la precisazione che, in caso di contrasto, le previsioni dello statuto prevalgono su quelle dell'atto costitutivo. Trattandosi, al contrario, di un tipo societario — come la società a responsabilità limitata — in cui le persone dei soci possono avere ed hanno una rilevanza anche sotto l'aspetto organizzativo, la legge contempla unicamente l'*atto costitutivo*, quale documento nel quale devono essere contenute le norme di organizzazione e funzionamento. Riguardo, infine alle società cooperative, si assiste ad una diversa disciplina: da un lato si prevede, in linea generale, che le «norme di funzionamento» possano essere contenute in uno *statuto*, quale documento separabile dall'atto costitutivo (art. 2521, penultimo comma, c.c.); dall'altro pressoché tutte le disposizioni che specificamente consentono una deroga al regime legale, a proposito di organizzazione e funzionamento dell'ente, fanno invece riferimento all'*atto costitutivo*. Segno, questo, della *probabile indifferenza*, per il legislatore, circa il luogo in cui materialmente sono collocate le norme di funzionamento. Parallelamente, non viene dettata alcuna disposizione circa la prevalenza dell'atto costitutivo, o dello statuto, in caso di contrasto tra i due documenti.

Modifiche mirate, quindi, e non casuali. Delle quali si stenta ancora, peraltro, a cogliere la *ratio* di fondo. E che non rivelano, allo stato dell'indagine, quale sia il vero significato, in punto di disciplina, delle

(11) È pacifica la constatazione che la separazione documentale tra atto costitutivo e statuto, nelle società per azioni, è solo facoltativa, e che quindi è senz'altro possibile che gli stessi siano contenuti in un unico documento: cfr. per tutti DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano 2003, p. 143 ss.; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova 2003, p. 64.

differenze riscontrate nel tenore degli attuali artt. 2328, 2463 e 2521 c.c. Si è però compiuto un passo di notevole importanza: dimostrandosi che la differente formulazione di queste ultime disposizioni non è casuale, né può dirsi soltanto frutto di un difetto di coordinamento, o di un *lapsus calami*, ma appare, viceversa, inserita, anche se non del tutto armonicamente (12), in un contesto in cui le «norme relative al funzionamento» dei diversi tipi societari si atteggiano, nell'intenzione del legislatore, in modo profondamente diverso. Per comprendere a fondo la disciplina in esame è necessario, quindi, analizzare più in profondità la disciplina formale dell'atto costitutivo e dello statuto, quale risultante non solo dalle norme del codice civile, ma anche dalla legislazione notarile.

2. *La forma dell'atto pubblico nella costituzione delle società di capitali e cooperative.*

Occorre, a questo punto, valutare con attenzione la disciplina formale dell'atto costitutivo e dello statuto, alla luce delle disposizioni che esigono l'atto pubblico ai fini della costituzione della società (artt. 2328, 2463, 2521 c.c.), e della correlativa previsione di nullità della società in caso di «mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico» (art. 2332, n. 1, c.c., richiamato dagli artt. 2463, ultimo comma, 2519 e 2523, comma 2, c.c.).

A prescindere, in questa sede, dalla *querelle* relativa alla funzione della prescrizione dell'atto pubblico, se *ad substantiam actus* ovvero solo a fini procedurali (13) (disputa la cui rilevanza pratica, come è stato ben osservato, può probabilmente circoscriversi alla validità o meno del contratto preliminare di società stipulato per scrittura privata (14)), ciò che preme evidenziare è la ragione per la quale tale forma solenne è stata richiesta. Secondo la dottrina che più approfonditamente si è occupata della questione, tale motivazione va ravvisata, oltre che nella fondamentale esigenza di assicurare il controllo di un pubblico ufficiale sulla conformità dell'atto costitutivo alla legge, nella maggiore affidabilità e certezza che sono assicurate dall'espletamento della *funzione di adeguamento*, propria

(12) Per alcuni rilievi e critiche in ordine alla sostituzione della terminologia codicistica, MONTAGNANI, *Commento all'art. 2328*, in *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, I, a cura di Sandulli e Santoro, Torino 2003, p. 39 ss.

(13) Cfr., per le opposte posizioni, OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 109; MAJELLO, *L'atto pubblico nella costituzione di società di capitali*, in *Foro it.*, 1954, I, c. 1445.

(14) GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli 1963, p. 202 ss.

dell'atto pubblico notarile (15); la legge richiede l'intervento del notaio, quale presupposto indispensabile per il sorgere di un ente — la società di capitali o la società cooperativa — provvisto di personalità giuridica, e caratterizzato da autonomia patrimoniale perfetta, proprio perché — stante la valenza organizzativa ed il rilievo reale metaindividuale del contratto sociale in queste fattispecie — la nascita dell'ente comporta un'esigenza di tutela non solo dei soci, ma anche dei terzi che con la società medesima verranno successivamente a contatto. Anche rispetto ai terzi, infatti, «la certezza dei rapporti è tanto maggiore quanto più agevole è l'individuazione dei precetti contenuti nel regolamento che disciplina i rapporti stessi, cioè — per ciò che concerne gli atti di autonomia privata — quanto più univoco è il contenuto negoziale» (16); e tale univocità può essere assicurata solo da un'esperta ricognizione della volontà dei privati ad opera del notaio. L'adeguamento notarile si compone infatti, come chiarito da autorevole dottrina (17), di due aspetti tra loro inscindibilmente connessi: il *controllo di legalità*, quale prescritto dall'art. 28 della L. 16 febbraio 1913 n. 89 (che vieta al notaio di ricevere atti vietati dalla legge), valorizzato proprio nell'ambito in oggetto dall'art. 32 della L. 24 novembre 2000 n. 340; e l'*indagine personale della volontà delle parti*, prescritta dall'art. 47, ultimo comma, della medesima legge notarile, che impone al notaio stesso, a seguito di tale indagine di volontà, la *direzione personale della compilazione dell'atto*. È solo per mezzo di tale complessa attività

(15) BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, Milano 1977, p. 372 ss., evidenzia come le disposizioni che regolano la formazione dell'atto pubblico notarile tendano «ad assicurare essenzialmente la corretta riproduzione della volontà delle parti, che il notaio è demandato specificamente ad indagare (art. 47 L. Not.), insieme all'esatta identificazione delle medesime (e quindi all'accertamento della loro capacità)»; e quindi al «controllo dell'esercizio del potere di autodeterminazione degli stipulanti: il notaio è chiamato ad accertare e a cristallizzare i risultati di tale esercizio in forma tale da costituire prova privilegiata (art. 2700 c.c.), incontrando, d'altro canto, in tale attività di controllo il limite, oggettivo, del divieto di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico (art. 28 L. Not.)». Pertanto, essendo la funzione perseguita dalla legge notarile quella di «permettere una ricostruzione, la più accurata possibile, della volontà delle parti ... essa risponde in pieno ai compiti demandatili 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».

Per la constatazione che «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, SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Busnelli (e già diretto da Schlesinger), Milano 2003, p. 61.

(16) Sui profili della serietà del volere, e dell'univocità del contenuto del negozio, in rapporto all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, quali ragioni giustificative della forma solenne, LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano 1966, p. 57 ss., 78 ss.

(17) Sulla c.d. funzione notarile di adeguamento, cfr. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, in *Scritti giuridici (Consiglio notarile di Roma)*, II, Roma, 1965, p. 965 ss.; ID., *La responsabilità e le responsabilità del notaio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 332 ss.; in particolare, p. 337 e p. 358.

maieutica (18) che il notaio accerta l'intento pratico delle parti, da tradurre in intento giuridico, adeguando la volontà grezza ai dettami dell'ordinamento. Tanto importante è tale funzione di adeguamento, che il mancato espletamento della stessa con le modalità prescritte dall'art. 47, ultimo comma, l. not., comporta, ai sensi del successivo art. 58, comma 1, n. 4, della legge notarile, la *nullità dell'atto pubblico*.

Ma, ci si chiede, un controllo di legalità, altrettanto pregnante, non deve svolgere il notaio con riferimento alle *scritture private*, che siano dallo stesso autenticate, o che siano *allegate* ad un atto pubblico? La dottrina appare ormai concorde nel riconoscere l'estensione del controllo *ex art. 28* della legge notarile anche alle scritture private (19), e — nonostante l'imperfetta formulazione del suddetto art. 28 — esistono ormai precisi dati normativi, a loro volta espressione di un principio più generale, dai quali un tale obbligo di controllo può desumersi: si pensi, in particolare, all'art. 24, comma 2, del D.Lgs. 28 dicembre 2000 n. 445 (20); e all'art. 47, comma 1, del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (21).

Senonché, il solo controllo di legalità non è sufficiente a fondare la funzione di adeguamento, nel senso richiesto dall'art. 47, ultimo comma, della legge notarile. Ed infatti, il notaio che autentichi una scrittura privata, o che tale scrittura alleghi ad un atto pubblico, deve, *inderogabilmente*, accertare la capacità dei contraenti e la legalità dell'atto giuridico contenuto nel documento autenticato, ma *non è tenuto, altrettanto inderogabilmente*, a svolgere — rispetto al testo già predisposto della scrittura privata — quella complessa attività maieutica che va sotto il nome di *indagine della volontà*: può limitarsi, cioè, a controllare ed autenticare, ma non deve né spiegare né illustrare, né indagare se ciò che è contenuto nella scrittura

(18) Si rimanda, sul punto, alle suggestive pagine di CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in questa *Rivista*, 1951, p. 1 ss. (*ivi* la caratterizzazione del *notaio interprete* accanto al *notaio documentatore*), e di SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in questa *Rivista*, 1955, p. 11 ss. (ove l'acuta osservazione che «la parte spesso non sa quello che vuole, e la conoscenza della sua volontà diventa una scoperta, e la scoperta può anche essere una determinazione della volontà»).

(19) PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in questa *Rivista*, 1994, p. 1423 ss. (ed *ivi* riferimenti); CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Milano-Roma 1996, p. 389 ss.

(20) «L'autenticazione della firma digitale consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma digitale è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità della chiave utilizzata e del fatto che il documento sottoscritto risponde alla volontà della parte e non è in contrasto con l'ordinamento giuridico ai sensi dell'articolo 28, comma 1, n. 1 della L. 16 febbraio 1913, n. 89».

(21) «Il ricevimento e l'autenticazione da parte dei notai di atti nulli previsti dagli articoli 46 e 30 e non convalidabili costituisce violazione dell'articolo 28 della L. 16 febbraio 1913, n. 89, successive modificazioni, e comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge medesima».

privata corrisponda, effettivamente, alla volontà delle parti. Non deve farlo, beninteso, inderogabilmente, ed a pena di nullità dell'atto, anche se è obbligato a farlo in base ad altre norme: l'art. 1176 c.c., che gli impone un obbligo di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto d'opera professionale concluso con il proprio cliente; gli artt. 1175 e 1375 c.c., che gli impongono, nell'esecuzione del medesimo contratto d'opera, di agire con correttezza e buona fede (22). E deve farlo in base alle norme di deontologia professionale, che tale obbligo pure gli impongono (23). Ma gli obblighi nascenti dal contratto d'opera sono derogabili di comune accordo con il cliente; e non sono, quindi, sufficienti a garantire, con la medesima valenza dell'atto pubblico, che la volontà delle parti sia effettivamente ed approfonditamente indagata. In altri termini, è ben possibile che le parti di un contratto, o dei terzi per loro conto, stipulino una scrittura privata; e che successivamente le parti suddette, avvalendosi del principio di autoresponsabilità, esonerino il notaio — per ragioni di urgenza, o per altri motivi — dall'accertare che il contenuto del testo scritto corrisponda alla loro effettiva volontà; il notaio dovrà, in tal caso, limitarsi ad accertare la capacità di agire dei contraenti, e potrà autenticare le sottoscrizioni apposte alla scrittura privata, o allegare quest'ultima ad un atto pubblico (con dispensa da obbligo della lettura). Nessuna garanzia vi sarà che le parti abbiano acquisito conoscenza, o abbiano comunque compreso, il contenuto della scrittura. *L'atto pubblico, in definitiva, è l'unico mezzo attraverso il quale l'ordinamento garantisce l'effettiva serietà del volere, e l'univocità del contenuto della dichiarazione, proprio grazie all'approfondita indagine della volontà demandata al notaio.*

Di più. Come è stato autorevolmente osservato, *la stessa struttura del controllo di legalità si connota diversamente*, nell'atto pubblico rispetto alla scrittura privata, ed è nel primo caso di gran lunga più pregnante: laddove vi è indagine della volontà il controllo si atteggia come intrinseco e positivo, mentre — trattandosi di un testo già predisposto — il controllo sarà estrinseco e negativo, e limitato ai divieti espressamente previsti dalla legge (24). Non occorre spendere, del resto, molte parole per cogliere la

(22) Cfr., in relazione ai punti indicati nel testo, BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in questa *Rivista*, 1978, p. 693 ss.; BOERO, *La legge notarile commentata*, II, Torino 1993, p. 428 ss.; PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1426 ss. (ed ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza).

(23) PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1427 ss.; CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, cit., p. 392 ss.

(24) IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997, p. 209 ss.: «nel raccogliere la volontà delle parti, nell'interrogarle ed

differenza tra il diverso livello di conformità all'ordinamento di un testo redatto da un giurista esperto come il notaio, padrone del linguaggio giuridico (25) e della relativa tecnica, ed un testo redatto da altri, che il notaio si limiti a sottoporre al filtro dell'*espresso* divieto di legge *ex art. 28* della legge notarile, e quindi con possibilità notevolmente circoscritte sia di intervento sul testo medesimo, sia di controllo, che sarà limitato in relazione alla tipologia dei vizi riscontrati, come ha più volte ribadito la più recente giurisprudenza sul punto (26).

Si consideri, d'altra parte, che la specificità dell'atto pubblico si giustifica proprio in funzione delle garanzie che le minuziose prescrizioni formali, prescritte dalla legge notarile, forniscono in ordine al corretto accertamento della volontà delle parti; garanzie che non trovano invece applicazione rispetto alle scritture private, autenticate o anche allegate all'atto pubblico. Solo a livello esemplificativo, possono essere ricordate: le norme sulla lingua dell'atto, sulla sua scritturazione e sulle postille, sulle cautele da adottare in presenza di muti, sordi o sordomuti, sulla necessaria lettura dell'atto alle parti, alla presenza degli eventuali testimoni (27). Del

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».

(25) IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, cit., p. 211, che identifica il «tradurre la volontà delle parti in testo dell'atto» con «l'offrire agli interessi dei singoli il linguaggio del diritto». Cfr. anche sul punto, proprio in tema di statuto di società di capitali, le acute riflessioni di MARMOCCHI, *Linguaggio giuridico e nuovi statuti sociali*, in *Riv. not.*, 2003, p. 1061.

(26) Per la limitazione del divieto *ex art. 28* della legge notarile ai soli atti «espressamente proibiti dalla legge», intesi come gli atti affetti da vizi che diano luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto ovvero la stessa nullità relativa, cfr. per tutte Cass. 1 febbraio 2001 n. 1394, in questa *Rivista*, 2001, p. 892; Cass. 4 novembre 1998 n. 11071, in questa *Rivista*, 1999, p. 1014; Cass. 4 maggio 1998 n. 4441, in questa *Rivista*, 1998, p. 717; Cass. 19 febbraio 1998 n. 1766, in questa *Rivista*, 1998, p. 493. Cfr. anche, sui limiti di applicazione dell'art. 28, PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile - Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*, in questa *Rivista*, 1997, p. 1228.

(27) PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, cit., p. 1430 ss.

resto, proprio in considerazione di tale specificità la dottrina ritiene applicabili, all'atto pubblico, regole di interpretazione che parzialmente si discostano rispetto a quelle previste in generale per l'interpretazione del contratto (28).

Solo se si comprendono le pregnanti caratteristiche dell'attività notarile di adeguamento può cogliersi, quindi, la ragione profonda per la quale l'ordinamento, per alcuni negozi particolarmente importanti, non ritiene sufficiente la scrittura privata (altre volte considerata invece come equipollente: v. l'art. 1350 c.c.), ma richiede, invece, l'atto pubblico a pena di nullità. È quanto avviene, ad esempio, anche nei casi di costituzione delle persone giuridiche private senza fini di lucro (artt. 14 e 16 c.c.) (29), ovvero in relazione alle donazioni ed alle convenzioni matrimoniali.

Si è acquisito, quindi, un primo importante risultato: le norme in materia di società di capitali e cooperative richiedono, a pena di nullità della società, la costituzione per *atto pubblico* proprio in funzione del pregnante intervento notarile di adeguamento, prescritto, oltre che dall'art. 28, dall'art. 47 della legge notarile; intervento che si concretizza in un'indagine *personale* della volontà delle parti, e nella direzione *personale* della compilazione dell'atto.

3. *Segue: i principi generali sui limiti della relatio nei negozi solenni e lo statuto.*

Giunti a questo punto, sorge spontanea una domanda: l'attività notarile di adeguamento, come sopra descritta, si estende ai *documenti allegati all'atto pubblico*? Gli allegati, come è noto, possono essere di diversa natura: può trattarsi di documenti pubblici o autentici (per limitarsi a quelli di cui è obbligatoria per legge l'allegazione, si pensi alle procure, o al certificato di destinazione urbanistica relativo ai terreni), ovvero di scritture private. Tutti hanno però in comune una caratteristica, assolutamente incontrovertibile: non ne è richiesta la formazione da parte del notaio, o sotto la direzione personale del notaio medesimo; i documenti allegati, in altri termini, possono essere certamente redatti dalle stesse parti, o da terzi,

(28) Cfr. soprattutto CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969 (ed ivi, p. 164 ss., i riflessi sul problema dell'ammissibilità o meno della *relatio* nei negozi formali); e, di recente, BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1991, p. 47 ss.

(29) Sul rapporto tra atto costitutivo e statuto nelle associazioni e nelle fondazioni, cfr. 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. 299, nota 20.

senza che il notaio abbia alcun obbligo o responsabilità in ordine alla loro formazione (salvo, ovviamente, l'obbligo di controllare la legalità del documento allegato (30)).

Assodato che l'obbligo di indagine personale della volontà e redazione sotto la direzione personale del notaio non si estende agli allegati, si pone un'altra questione: *esistono dei limiti all'allegazione, all'atto pubblico, di documenti formati dalle parti o da terzi?* In altri termini: esiste una parte del contenuto dell'atto pubblico che deve essere contenuta, necessariamente, in esso (cioè nel documento formato personalmente dal notaio, previa indagine della volontà delle parti)? È il problema, ben noto, dei limiti di ammissibilità della *relatio* nei negozi solenni, che autorevole dottrina ha indagato in profondità (31); *relatio* che ricorre anche quando il rinvio sia effettuato ad un documento, pur sempre esterno, ma «allegato» all'atto formale (32). Non è possibile, in questa sede, ripercorrere, sia pure in sintesi, il percorso delle indagini dottrinali sul tema; basti segnalare che, secondo un orientamento ormai consolidato, la *relatio* non è ammessa per le parti dell'atto che rappresentano il «nucleo centrale», o «contenuto precettivo» del negozio (33). Più precisamente, si ritiene di condividere l'orientamento che individua il contenuto necessario dell'atto pubblico — quel contenuto, cioè, che non può essere «trasportato» al di fuori del documento solenne — negli «elementi essenziali», che la legge richiede a pena di nullità dell'atto medesimo (34). Così, per fare un esempio, non sarebbe possibile rinviare ad un documento esterno per manifestare la volontà di donare, o di contrarre una convenzione matrimoniale. Viceversa — considerando che l'oggetto del contratto, inteso come oggetto del

(30) BOERO, *La legge notarile commentata*, I, cit., p. 312; CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, cit., p. 211 ss.

(31) Sui limiti alla *relatio* nei negozi solenni, cfr. MAGLIULO, *Il riferimento a fonti determinative esterne al contratto (relatio) e la forma del contratto di mutuo*, in *Mutui ipotecari*, a cura del Comitato regionale notarile lombardo Milano 1999, p. 345 ss.; NICOLÒ, *La "relatio" nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 117 ss.; BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 723 ss.; MARMOCCHI, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, in questa *Rivista*, 1971, p. 493 ss.; GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione*, Milano, 1966, p. 34 ss.; IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 40 ss.; CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, cit., p. 164 ss.; FERRI G.B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 211 ss.; CECCHETTI, *Negozio per relationem*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma 1990.

(32) Cfr. soprattutto 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*, cit., p. 349 ss.

(33) Cfr. la dottrina sopra citata alla nota 31; nonché, in giurisprudenza, Cass. 10 maggio 1996 n. 4400, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2001; Cass. 17 marzo 1994 n. 2548, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1366; Cass. 9 giugno 1971 n. 1708, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2792.

(34) BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, cit., p. 736 ss.

rapporto giuridico, può essere anche solo determinabile (art. 1346 c.c.) — è certamente possibile rinviare ad un documento esterno, allegato o meno, per individuare gli estremi identificativi dell'immobile oggetto di donazione o di convenzione matrimoniale. In questo senso, quindi, l'art. 782 c.c. — che per l'appunto prevede tale possibilità con riguardo al caso in cui oggetto della donazione siano dei beni mobili — si atteggia come espressione di un principio più generale (35).

È altrettanto ovvio, poi, che nessun problema di *relatio* si pone laddove l'atto pubblico sia volontariamente, e non per obbligo di legge, adottato dalle parti: ciò che avviene, ad esempio, per la compravendita immobiliare (sempreché le parti sappiano leggere e scrivere e non ricorrano alcune delle circostanze eccezionali previste dalla legge notarile). In questo caso, evidentemente, non vi è nessun ostacolo a che — salve le formalità prescritte a pena di nullità per l'atto pubblico dalla legge notarile — l'intero contenuto del contratto sia riportato in allegato.

Tornando all'oggetto specifico dell'indagine, e trascurando, per il momento, le norme positive che si riferiscono allo statuto come «documento separato», bisogna porsi quindi la domanda: postulando, per il momento, l'assenza, nella legge, di una norma che espressamente consenta la *relatio*, è ammissibile che le «norme di funzionamento» della società siano riportate in un documento allegato in senso tecnico, avente natura di scrittura privata, che può essere predisposta dalle stesse parti o da terzi, e rispetto alla quale il notaio non eserciti né l'indagine personale della volontà, né il potere-dovere di direzione personale della redazione dell'atto? È evidente, già ad un primo approccio, che sotto il profilo «contenutistico» le norme di funzionamento della società non sono, in alcun modo, assimilabili all'oggetto del rapporto giuridico *ex art.* 1346 c.c., inteso come punto di riferimento esterno della volontà delle parti (36): vi-

(35) La giurisprudenza ha chiarito che è sufficiente, nei negozi solenni, che dal testo formale risultino, con riferimento all'oggetto, i soli criteri di determinabilità dello stesso: Cass. 3 febbraio 1999 n. 887, in *Contratti*, 1999, p. 1085; Cass. 21 giugno 1999 n. 6214, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Contratto in genere*, n. 421; Cass. 2 giugno 1995 n. 6201, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 455; Cass. 14 ottobre 1988 n. 5562, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Vendita*, n. 35. Ciò in quanto la determinabilità dell'oggetto, *ex art.* 1346 ss. c.c., costituisce un principio in grado di derogare parzialmente al formalismo negoziale.

(36) L'art. 1346 c.c., nella parte in cui ammette la semplice determinabilità, in alternativa alla determinazione dell'oggetto, riguarda, secondo la dottrina prevalente, non già l'oggetto del negozio, bensì l'oggetto del rapporto giuridico. La distinzione concettuale tra oggetto del negozio e oggetto del rapporto si deve principalmente a FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, p. 300 ss. (secondo il quale si tratta di due profili dai quali viene in considerazione lo stesso fenomeno: «una volta si riguarda il bene in quanto considerato prospetticamente dalle parti in funzione dell'effetto, che al momento del negozio è necessariamente futuro; altra volta si considera il bene nella sua attuale posizione all'interno del rapporto già realizzato. Nel primo profilo si ha l'oggetto dell'atto; nel secondo l'oggetto del

ceversa, si tratta proprio della volontà negoziale delle parti stesse, che in base ai principi generali, suesposti, non può formare oggetto di *relatio*. O, per essere più precisi: potrebbe formare oggetto di rinvio solo laddove si dimostrasse che la forma pubblica per le suddette norme non è richiesta ai fini della relativa validità.

Una risposta affermativa alla domanda — è possibile o meno la *relatio* riguardo alle norme di funzionamento della società — richiederebbe quindi la ricorrenza di due presupposti:

a) — la netta distinzione, sotto il profilo sostanziale e contenutistico, dello statuto rispetto all'atto costitutivo, per il quale ultimo la legge, come si è visto, richiede l'atto pubblico a pena di nullità della società; occorrerebbe, cioè, che lo statuto fosse considerato, dal legislatore, un documento «di rango minore», tale da giustificare una forma non solenne;

b) — l'inesistenza di una norma che imponga la forma dell'atto pubblico per le norme di funzionamento della società.

Quanto al presupposto sub a), esso risulta smentito dalla dottrina più autorevole: è stato, infatti, esattamente osservato che sia l'atto costitutivo che lo statuto si riconducono al momento genetico della società di cui l'atto costitutivo è il fulcro ed hanno la stessa natura contrattuale (37); la distinzione documentale, creata dalla prassi, «non può mai tramutarsi in contrapposizione. Né tantomeno può condurre ad una diversa disciplina delle due serie di clausole» (38).

Lo statuto, quindi, costituisce «parte integrante» dell'atto costitutivo già da un punto di vista sostanziale, in quanto è parte integrante del contratto sociale, che non sarebbe possibile immaginare «scisso» in due componenti, del tutto distinte funzionalmente e strutturalmente. Il rilievo è ulteriormente confermato, non appena si scenda ad un'analisi di dettaglio delle «norme di funzionamento» in esame: appare assolutamente irrazionale ipotizzare una forma pubblica richiesta a pena di nullità della società, circoscritta ad alcuni aspetti (conferimenti, capitale, oggetto, denominazione, dati anagrafici dei soci, amministratori e sindaci), e non estesa ad aspetti importantissimi dell'esercizio in comune di attività economica (si

rapporto»). Sulla stessa linea, e quindi per una configurazione dell'oggetto del negozio come «rappresentazione programmatica» del bene o della prestazione che costituirà oggetto del rapporto, cfr. in particolare IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano 1967, p. 139 ss.; ID., *Oggetto del negozio giuridico*, in *Novissimo Dig. it.*, XI, Torino, 1963, p. 801 ss.

(37) Cfr. per tutti CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano 1971, p. 137 ss.; COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, 2, Padova 1999, p. 228; RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano 2002, p. 485 ss. In giurisprudenza, Cass. 5 gennaio 1991 n. 46, in *Società*, 1991, p. 189, con nota di LAURO, ed in *Vita not.*, 1991, p. 603.

(38) CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, cit., p. 200.

pensi, per esemplificare, alla disciplina della *corporate governance*, alle clausole sulla circolazione delle partecipazioni sociali, alla clausola compromissoria). Soprattutto in considerazione del fatto che il contratto costitutivo di società di capitali, alla stregua di ogni altro contratto associativo, è innanzitutto (riprendendo la celebre formula asquiniana) *contratto di organizzazione* (39), il cui nucleo essenziale, al di là della volontà di far nascere il nuovo ente, è riconducibile proprio al complesso delle norme che di detto ente disciplinano struttura, funzione e organizzazione.

Si è detto che le norme di funzionamento possono anche mancare, senza che venga pregiudicata la validità della società o dell'atto costitutivo; semplicemente, in tal caso, trovano applicazione le norme, dispositive o suppletive, di legge (40). Ciò è sicuramente vero, ma tale circostanza non influisce sulla disciplina formale dello statuto: posto, infatti, che le «norme di funzionamento» siano previste dalle parti, occorre rispettare le regole formali che la legge detta, ed alla stregua di tali regole deve essere valutata l'ammissibilità della *relatio*.

Ne deriva una prima conclusione: in linea di principio, in assenza di una disposizione che consenta espressamente la *relatio* ad un documento esterno o «allegato», non è giustificabile l'applicazione, allo statuto, della disciplina propria degli «allegati» in senso tecnico, e quindi il trattamento dello stesso alla stregua di una scrittura privata, di cui sarebbe possibile, a tal punto, l'omissione della lettura su concorde dispensa delle parti; e che potrebbe, conseguenzialmente, essere redatto dalle parti, o da terzi di loro fiducia, senza alcun obbligo per il notaio di indagarne personalmente la rispondenza alla volontà delle parti medesime (41).

Rimane quindi, a questo punto, da analizzare l'ulteriore aspetto sopra indicato sub *b*) (e cioè l'esistenza, o meno, di una norma che imponga la forma dell'atto pubblico per le norme di funzionamento della società).

(39) Cfr., per approfondimenti, CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, cit., p. 65 ss.

(40) Per tale constatazione, GRAZIANI, *Diritto delle società*, cit., p. 196; CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, cit., p. 208; BARALIS-BOERO, *Atto costitutivo, modifiche statutarie di società di capitali e «lettura necessaria» dell'allegato statuto da parte del notaio*, cit., p. 296; MONOLO, *Genesi della spa e rapporto fra atto costitutivo e statuto*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 420; COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, 2, cit., p. 228 ss.

Per l'affermazione che «È omologabile l'atto costitutivo di società di capitali anche nell'ipotesi in cui i soci non abbiano redatto uno statuto sociale», Trib. Roma 17 settembre 1991, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3464.

L'opinione suddetta è stata ribadita anche successivamente alla riforma: MONTAGNANI, *Commento all'art. 2328*, cit., p. 34.

(41) Per l'inammissibilità del fenomeno della *relatio* formale nella vicenda costitutiva di società di capitali, cfr. 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. 175.

Fatta avvertenza che la dottrina che in passato si è occupata della questione — pur partendo da una corretta ricostruzione dei principi della *relatio* formale nei negozi solenni — era giunta alla conclusione dell'ammissibilità *in subiecta materia* di un rinvio ad un allegato-scrittura privata sulla base di due indici testuali (il riferimento all'«allegato» nell'ultimo comma dell'art. 2328, e il riferimento allo statuto nel previgente art. 2332, n. 5, c.c.) (42), che sono stati entrambi eliminati dalla riforma del 2003.

Occorrerà quindi verificare se le nuove norme ammettano eccezionalmente tale *relatio*, in linea di principio vietata; indagine che dovrà essere svolta in relazione ai singoli tipi societari, per i quali effettivamente, come già rilevato, esistono previsioni di diverso tenore. Non senza premettere un rilievo di fondamentale importanza: in un contesto, come quello del codice civile del 1942, in cui ridotte erano le possibilità di intervento dell'autonomia privata nella materia delle società di capitali, le norme statutarie di funzionamento si collocavano in posizione marginale e defilata, di fronte alla mole delle norme di funzionamento inderogabili previste dalla legge. Oggi la situazione è profondamente diversa: l'intervento di riforma del diritto societario avviene, per espressa previsione del legislatore delegante (art. 2, comma 1, lett. *d*); art. 3, comma 1, lett. *b*); e art. 4, comma 2, lett. *a*), della L. 3 ottobre 2001 n. 366), e per comune ammissione della dottrina (43), all'insegna della rivalutazione dell'*autonomia statutaria*, ed estremamente numerose sono le possibilità di intervento dei privati sulle regole di organizzazione e funzionamento dell'ente. Questo intervento deve, però, avvenire con le giuste garanzie, affinché il prodotto dell'autonomia privata sia il più possibile *consapevole, responsabile e mirato*. E ciò giustifica, rispetto al passato, un *più incisivo intervento del notaio*, il quale, oltre ad essere un pubblico ufficiale è anche un giurista specializzato nella materia societaria, la cui preparazione lo Stato ha ritenuto talmente affidabile da conferirgli in esclusiva il controllo di legalità degli atti, prima affidato anche al giudice dell'omologazione (la L. n. 366 del 2001 ha confermato sul punto, agli artt. 3 e 4, la scelta di abolire il controllo omologatorio, effettuata con l'art. 32 della L. 24 novembre 2000 n. 340). Ma è evidente

(42) 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, *Genesi 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.

(43) Cfr., in particolare, FOIS, *L'autonomia statutaria e i suoi limiti*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, cit., p. 107; IBBA, *In tema di autonomia statutaria e norme inderogabili*, *ibidem*, p. 143.

che non potrebbe, in nessun modo, definirsi incisivo un intervento notarile che rimanesse circoscritto alla verifica — rispetto allo statuto — di clausole predisposte da altri, senza indagine della volontà delle parti e senza neanche quel momento di riscontro della conformità a tale volontà che è, nel vigente ordinamento, affidato alla lettura dell'atto pubblico.

Un ultimo rilievo. Ammesso che la forma pubblica dello statuto (inteso nel senso proprio di complesso delle «norme di funzionamento» della società) sia prevista dalla legge, qual è la conseguenza dell'inosservanza di tale prescrizione, posto che l'art. 2332, n. 1, c.c., si riferisce esclusivamente alla mancata stipulazione per atto pubblico dell'«atto costitutivo»? Sembra doversi condividere, sul punto, la posizione della dottrina e della giurisprudenza che distinguono nettamente, sul punto, tra nullità della società e nullità totale, o parziale, del contratto sociale e quindi di clausole statutarie (44): l'invalidità di queste ultime, in particolare, comporta l'applicazione dell'art. 1419 c.c., in virtù del quale gli aspetti di funzionamento dell'ente sono regolati, in presenza di una clausola nulla, dalla legge (45). Il che non incide, comunque, sulla disciplina del controllo di legalità, già esercitato dal giudice in sede di omologa ed ora dal notaio rogante (46); disciplina che impone al notaio l'osservanza della legge già in sede redazionale e, quindi, il divieto di ricevere un atto costitutivo di società al quale sia allegato uno statuto in violazione delle regole formali previste dalla legge, anche se la conseguenza della violazione di tali regole non è la nullità della società a norma dell'art. 2332 c.c.

4. *Lo statuto di società per azioni.*

Come già rilevato, l'art. 2328 c.c., nella versione precedente la riforma, ammetteva la predisposizione dello statuto, quale «atto separato» da «allegarsi» all'atto costitutivo. Il riferimento normativo al concetto di «allegato» era stato utilizzato da una parte della dottrina per sostenere

(44) MONOLO, *Genesi della spa e rapporto fra atto costitutivo e statuto*, cit., p. 421; COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, 2, cit., p. 229; MAGLIULO, *La costituzione della società*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, Ipsoa, Milano 2003, p. 41; nonché, approfonditamente, SCIUTO, *La «mancanza dell'atto costitutivo» di società per azioni*, Padova 2000, p. 156 ss., 266 ss.

(45) In tal senso, Cass. 14 maggio 1992 n. 5735, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 461.

(46) Per la piena equiparazione, sotto il profilo del controllo di legalità, dell'atto costitutivo e dello statuto, e per l'estensione di tale controllo anche al di là delle tassative cause di nullità previste dall'art. 2332 c.c., COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, 2, cit., p. 229, e p. 242 ss.

l'applicazione, allo stesso, della disciplina prevista dalla legge notarile in relazione agli allegati (quindi possibilità di etero-redazione, esclusione dell'indagine personale della volontà delle parti, possibilità di omissione della lettura). Secondo questa interpretazione, quindi, l'intervento notarile in relazione allo statuto veniva essenzialmente circoscritto al controllo di legalità di cui all'art. 28 della legge notarile (47); con ciò, peraltro, operandosi una lettura strettamente formale delle norme in oggetto, e trascurandosi invece, rispetto alle regole contrattuali organizzative, quelle «esigenze di protezione» per le quali la legge impone la forma dell'atto pubblico. Disconoscimento tanto più grave, nella misura in cui — facendosi leva sulla previsione del previgente art. 2332, comma 1, n. 5, — si riteneva che quest'ultima disposizione, rinviando alternativamente ad atto costitutivo o statuto, consentisse di inserire in un mero allegato-scrittura privata anche elementi essenziali del primo, quali la denominazione, l'oggetto, il capitale, i conferimenti (48).

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza distingueva lo statuto «puro e semplice», contenente le sole norme di funzionamento della società, dallo statuto nel quale fossero contenuti, invece, elementi essenziali dell'atto costitutivo (quali, per l'appunto, l'oggetto, il capitale, la denominazione, i conferimenti): si ammetteva, nel primo caso, l'applicazione della disciplina degli allegati e quindi l'equiparazione dello statuto ad una scrittura privata (esponendosi, peraltro, sul punto alle critiche già evidenziate), mentre nel secondo caso si richiedeva l'applicazione delle più

(47) In questo senso, in dottrina, RICCARDELLI, *Atto costitutivo, statuto sociale e funzione notarile*, in *Società*, 1992, p. 1667; DI FABIO-TONDO, *Atto costitutivo e statuto di società*, in questa *Rivista*, 1992, p. 441; SCIUMBATA, *Rapporti tra atto costitutivo e statuto nella costituzione di società di capitali*, in questa *Rivista*, 1996, p. 1256; MONOLO, *Genesi della spa e rapporto fra atto costitutivo e statuto*, cit., p. 422 ss. (il quale peraltro, pur configurando lo statuto come scrittura privata e allegato in senso tecnico, era costretto a ipotizzare una deroga — fondata non si sa su quale norma — nel caso in cui lo stesso non fosse stato formato dalle parti, ma da terzi); 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. 219.

In giurisprudenza, App. Trieste 29 settembre 1990, in questa *Rivista*, 1991, p. 1041; App. Trieste 11 ottobre 1990, in *Vita not.*, 1992, p. 267; App. Trieste 13 maggio 1992, in *Vita not.*, 1992, p. 1236; App. Trieste 28 maggio 1992, in *Società*, 1992, p. 1668, con nota di Riccardelli; App. Roma 20 luglio 1993, in questa *Rivista*, 1993, p. 696; Trib. Milano 10 dicembre 1997, in *Vita not.*, 1998, p. 311.

(48) SERPI, *Alcune considerazioni sulla recente massima del tribunale di Roma in tema di rapporti tra atto costitutivo e statuto*, cit., p. 131 ss.; MONOLO, *Genesi 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*, cit., p. 267 ss.

rigorose norme sull'atto pubblico (quanto meno in punto di necessaria lettura dell'allegato statuto) (49).

Un terzo orientamento, infine, qualificava senz'altro lo statuto, anche laddove questo contenesse solo le norme di funzionamento dell'ente, come parte integrante dell'atto pubblico. La maggior parte delle decisioni e degli autori si fermavano, peraltro, alla constatazione della necessità di lettura dello statuto da parte del notaio, con ciò creando — senza in realtà alcuna base normativa — una sorta di documento «ibrido», a metà strada tra il regime dell'atto pubblico e quello degli allegati (50); altri invece, più coerentemente, estendeva allo statuto, quale «parte integrante» dell'atto costitutivo, l'intera disciplina dell'atto pubblico, ritenendo in particolare necessaria l'indagine personale della volontà delle parti e la direzione personale della redazione dello statuto stesso da parte del notaio (51).

Il legislatore del 2003, ben conscio del dibattito preesistente, ha operato sulla norma tre modifiche di notevole importanza: ha eliminato il riferimento all'«allegato», che come già visto era stato utilizzato da parte della dottrina per semplificare la disciplina dello statuto; ha disposto che lo statuto «costituisce» (e non soltanto «si considera») parte integrante dell'atto costitutivo; ha previsto la prevalenza delle clausole dello statuto su quelle dell'atto costitutivo, in caso di contrasto. Modifiche, queste, che

(49) BARALIS-BOERO, *Atto costitutivo, modifiche statutarie di società di capitali e «lettura necessaria» dell'allegato statuto da parte del notaio*, cit., p. 296 ss.; SALAFIA, *Contenuto e forma degli statuti societari*, cit., p. 1331; SERPI, *Alcune considerazioni sulla recente massima del tribunale di Roma in tema di rapporti tra atto costitutivo e statuto*, cit., p. 131.

In giurisprudenza, App. Torino 8 marzo 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 288; App. Torino 7 maggio 1982, in *Vita not.*, 1983, p. 1698; Trib. Torino 26 maggio 1982, in *Giur. piemontese*, 1983, p. 380; Trib. Udine 25 agosto 1990, in *Vita not.*, 1992, p. 267; Trib. Udine 25 agosto 1990, in questa *Rivista*, 1991, p. 1040; Trib. Tolmezzo 30 gennaio 1991, e Trib. Tolmezzo 12 marzo 1991, in *Vita not.*, 1992, p. 1236; Trib. Roma 3 marzo 1993, in questa *Rivista*, 1993, p. 171; App. Roma 9 settembre 1993, in questa *Rivista*, 1993, p. 942; App. Roma 28 ottobre 1993, in questa *Rivista*, 1993, p. 1287, e p. 1303; App. Roma 29 gennaio 1994, in questa *Rivista*, 1994, p. 889; Trib. Vicenza 23 marzo 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 566.

Alcune decisioni sembrano escludere la possibilità di indicare nello statuto, in ogni caso, gli elementi essenziali previsti dalla legge quale contenuto dell'atto costitutivo: Trib. Cosenza 15 dicembre 1982, in *Società*, 1983, p. 906; Trib. Tolmezzo 24 marzo 1992, in *Società*, 1992, p. 1667, con nota di RICCARDELLI, *Atto costitutivo, statuto sociale e funzione notarile*.

(50) App. Torino 26 febbraio 1982, in *Giur. piemontese*, 1983, p. 572.

(51) Trib. Roma 13 aprile 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 20; Trib. Roma 15 aprile 1993, in *Società*, 1993, p. 1087; Trib. Roma 12 luglio 1993, in questa *Rivista*, 1993, p. 1287; App. Roma 24 luglio 1993, in questa *Rivista*, 1993, p. 697; App. Roma 11 febbraio 1997, in questa *Rivista*, 1997, p. 558, ed in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 494; App. Roma 18 maggio 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 572.

A questo orientamento possono, in un certo senso, ascrivere pure quelle decisioni che ritengono che le indicazioni prescritte dalla legge in relazione all'atto costitutivo possano risultare «dai due atti nel loro reciproco completamento»: Trib. Milano 3 dicembre 1982, in *Società*, 1983, p. 905; App. Bologna 12 gennaio 1993, in questa *Rivista*, 1993, p. 172.

proprio alla luce del dibattito precedente acquistano un preciso significato, anche in considerazione dei principi di carattere sostanziale sopra chiariti (e cioè l'inammissibilità della *relatio* nei negozi solenni, se non in limiti notevolmente ridotti, e l'unitarietà del complessivo regolamento contrattuale, pur formalmente articolato in due documenti separati). Il legislatore ha inteso quindi — probabilmente formalizzando una soluzione che era già corretta alla luce della precedente disciplina — estendere le «garanzie» dell'atto pubblico (indagine della volontà, direzione personale della redazione ad opera del notaio, lettura alle parti, norme speciali relative alla lingua dell'atto, ai soggetti muti e sordomuti, e via dicendo) anche alle norme organizzative e di funzionamento, che alla luce della riforma assumono tanta più importanza, quanto più è oggi estesa l'autonomia statutaria delle parti.

Se si considera, poi, la circostanza che — come era pacifico nella dottrina e nella giurisprudenza anteriori alla riforma, e come affermano anche i primi commentatori della nuova disciplina — gli elementi essenziali dell'atto costitutivo, diversi dalle «norme di funzionamento», possono essere contenuti, in alternativa, nello statuto (52), e che in caso di duplicazione e di contrasto, le clausole statutarie prevalgono su quelle dell'atto costitutivo, la natura pubblica dello statuto di società per azioni riceve una decisiva conferma. 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, c.c.), e consenta nel contempo ad eventuali previsioni duplicate, contenute in un mero allegato-scrittura privata, di prevalere su quelle caratterizzate da forma solenne.

(52) In tal senso, cfr. per tutti STELLA RICHTER JR., *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, cit., p. 176 ss. (ed ivi citazioni di dottrina conforme); App. Firenze 16 gennaio 1967, in questa *Rivista*, 1967, p. 113, con nota di GIULIANI; App. Torino 13 luglio 1981, in questa *Rivista*, 1981, p. 965, ed in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 943; Trib. Milano 3 dicembre 1982, in *Società*, 1983, p. 905; App. Bologna 12 gennaio 1993, in questa *Rivista*, 1993, p. 172; App. Roma 30 giugno 1993, App. Roma 20 luglio 1993 e App. Roma 24 luglio 1993, tutte in questa *Rivista*, 1993, p. 696.

Dopo la riforma del 2003, si continua a ritenere che anche le indicazioni di cui al nuovo art. 2332, comma 1, n. 3 c.c. possano essere contenute, indifferentemente, nell'atto costitutivo o nello statuto, proprio alla luce del disposto dell'art. 2328, ultimo comma, e quindi della equiparazione sotto il profilo formale dei due documenti, e della prevalenza delle clausole dello statuto, ivi prevista: CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino 2003, p. 18; PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 1*, Torino 2004, p. 549; BERTUZZI, *Società per azioni (artt. 2325-2345 c.c.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, p. 55, e p. 102. In senso contrario, CECCHERINI-SCHIRÒ, *Società cooperative e mutue assicuratrici (artt. 2511-2548 c.c.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, p. 58 (che ritengono, peraltro senza specifica motivazione, che vadano inserite nell'atto costitutivo e non nello statuto le regole sullo svolgimento dell'attività mutualistica, le clausole sullo svolgimento dell'attività con terzi e le clausole mutualistiche).

Le modifiche apportate al testo dell'art. 2328 hanno quindi una rilevanza decisiva; tali disposizioni derogano alla disciplina ordinaria della legge notarile, e prevalgono su quanto da essa disposto; ciò rientra, del resto, nel sistema generale dei rapporti tra codice civile e legge notarile, come ben emerge dall'art. 60 di quest'ultima, ai sensi del quale le disposizioni degli articoli da 37 a 59 della stessa trovano applicazione a tutti gli atti redatti da notaio «in quanto non siano contrarie a quelle contenute nel codice civile ... ma le completino». Il che implica, evidentemente, che una norma contenente prescrizioni formali più rigorose, contenuta nel codice civile, prevale comunque su una norma più liberale (come quella relativa alla forma degli allegati) contenuta nella legge notarile (53).

Lo statuto, quindi, condivide la natura di atto pubblico propria dell'atto costitutivo; in tal senso si è espressa la prevalente dottrina successiva alla riforma (54). Il che non significa, ovviamente, che si tratti di un autonomo atto pubblico, nel quale, ad esempio, vadano replicate le formalità e le menzioni previste dall'art. 51 della legge notarile. Significa, soltanto, che vi è un unico atto pubblico, che — eccezionalmente — è costituito da due documenti separati: un documento «principale», nel quale sono contenute tutte le menzioni formali previste dalla legge notarile, ed un documento «accessorio», materialmente unito al primo ma non «allegato» in senso tecnico (in quanto del primo «costituisce parte integrante»), formato con le stesse regole garantistiche proprie dell'atto pubblico nota-

(53) Non può giocare quindi alcun ruolo, sul punto, il presunto principio di libertà delle forme, o di eccezionalità delle forme solenni, che pure è stato sottoposto a stringente critica: cfr. sul punto per tutti IRTI, *Strutture forti e strutture deboli (Del falso principio di libertà delle forme)*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997, p. 137 ss. Per l'affermazione, in una visione attenta all'esigenza di conformità ai principi costituzionali ed al profilo della «ragionevolezza», della necessità di un'interpretazione sistematica ed assiologica delle norme sulla forma, PERLINGIERI, *La natura delle norme statuenti forme legali per la negoziazione*, in *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987, p. 12 ss.

(54) Ammettono la natura di atto pubblico dello statuto di società per azioni, dopo la riforma, 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 (che parla di «definitivo tramonto del diffuso convincimento che lo statuto costituisca semplice allegato dell'atto costitutivo»); DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., p. 144; 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.; CASU, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, Studio n. 4885 del Consiglio Nazionale del Notariato in data 25 marzo 2004.

Nel senso che, pur rimanendo insoluta la questione della natura dello statuto, le disposizioni della riforma rafforzino la tesi che ravvisa in esso un atto pubblico, CECCHERINI-SCHIRÒ, *Società cooperative e mutue assicuratrici (artt. 2511-2548 c.c.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, p. 59 ss.

Parla di «identità di natura giuridica» tra atto costitutivo e statuto, anche alla luce dell'art. 6 del Regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea, che equipara i due documenti, MONTAGNANI, *Commento all'art. 2328*, cit., p. 38.

rile. Nessuna delle menzioni e prescrizioni formali deve essere, quindi, duplicata. Appare dubbia anche la necessità di sottoscrizione finale, che è stata pur sostenuta (55), proprio perché non si ravvisa — alla luce dell'unitarietà dell'atto pubblico — la necessità di alcuna duplicazione.

5. *Lo statuto di società a responsabilità limitata.*

L'art. 2463, n. 7, c.c., dispone che l'atto costitutivo — da redigersi, ricordiamo, nella forma di atto pubblico — deve contenere le «norme relative al funzionamento della società». La legge quindi — in coerenza con la natura dello statuto, quale parte integrante del regolamento contrattuale diretto a dar vita alla società — richiede per lo stesso la medesima forma prescritta per l'atto costitutivo della società. Di conseguenza, le norme di funzionamento della società a responsabilità limitata non possono che essere contenute nell'atto pubblico con il quale essa società viene costituita. Le norme di riferimento, a questo proposito, sono quelle contenute negli articoli 47 e seguenti della legge notarile del 1913: nessuna deroga il codice civile apporta a tali prescrizioni formali, che vanno quindi rigorosamente osservate. L'inammissibilità di un rinvio ad un allegato esterno, che non potrebbe che essere qualificato come scrittura privata, emerge chiaramente sia dai principi generali, sopra enucleati, in tema di *relatio* (56), sia dalla modifica, apportata dal legislatore della riforma, che non menziona più nell'art. 2463 (a differenza che nel precedente art. 2475, che rinviava all'ultimo comma dell'art. 2328) lo statuto come «atto separato» e come «allegato». Sembra quindi recisamente da escludere la possibilità di «scorporare» le norme di funzionamento, per farne oggetto di un documento separato, diverso dall'atto costitutivo (57).

(55) CASU, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, Studio n. 4885 del Consiglio Nazionale del Notariato in data 25 marzo 2004.

(56) A proposito dei limiti alla *relatio*, è stata — sia pur dubitativamente — ventilata, riprendendo un'argomentazione della dottrina precedente alla riforma, la possibilità di valorizzare la lettera dell'art. 2463 (e lo stesso varrebbe per gli artt. 2328 e 2521), che richiede che siano semplicemente «indicati», e non «contenuti» nell'atto pubblico di costituzione della società, gli elementi essenziali ivi previsti (MAGLIULO, *La costituzione della società*, cit., p. 40). Interpretazione, questa, che appare comunque estremamente debole, alla luce di tutte le considerazioni effettuate nel testo riguardo alla funzione sostanziale della forma solenne nei negozi costitutivi di società di capitali. Cfr. comunque i rilievi dello stesso Magliulo, *op. ult. cit.*, p. 40, nota 30, il quale evidenzia come, rispetto alle «norme relative al funzionamento», non avrebbe alcun senso una mera «indicazione», né tanto meno una espressa previsione di legge diretta ad attribuire alle parti una mera facoltà di «indicare» in atto ciò che le stesse, evidentemente, possono senz'altro fare in base ai principi generali.

(57) Per la necessaria incorporazione nell'atto costitutivo delle norme di funzionamento della s.r.l., cfr. BERTUZZI, *Società per azioni (artt. 2325-2345 c.c.)*, in *La riforma del*

Alcuni dei primi commentatori hanno tuttavia, in omaggio alle esigenze di semplificazione che permeano la riforma, sostenuto la perdurante possibilità di redigere lo statuto come documento separato, da allegare all'atto costitutivo; è stato sostenuto, quindi, che la previsione dell'art. 2328 c.c., nella parte in cui ammette la redazione dello statuto per «atto separato», potrebbe essere estesa, per identità di *ratio*, alla società a responsabilità limitata (58). Si tratta, peraltro, di una tesi che non trova il proprio supporto se non nello strumento dell'*analogia*, che — in materia di prescrizioni formali — appare alquanto insidioso; oltre a risentire di notevoli limitazioni nel nuovo sistema codicistico, caratterizzato da un'autonomia e tendenzialmente esaustiva regolamentazione dei diversi tipi societari (59). Inoltre l'*analogia* presuppone comunque una *lacuna legis*, che è arduo riscontrare nella disciplina della s.r.l., come integrata dalle prescrizioni della legge notarile. Infine, la previsione dell'«atto separato» si configura come disposizione eccezionale rispetto alle prescrizioni formali della legge notarile, come tale insuscettibile di estensione analogica (art. 14 delle preleggi).

D'altra parte, ad un'attenta considerazione il diverso trattamento dei

diritto societario, cit., p. 57 ss.; 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, Raccugno e Serra, Milano 2003, p. 15 ss. (con qualche apertura per la possibilità di allegazione riguardo ad elementi meramente accessori, peraltro di difficile configurazione); DI PACE, *Le problematiche della disciplina della s.r.l. tuttora aperte all'indomani del L.Lgs. n. 37 del 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.

(58) Propendono per la possibilità di redigere lo statuto quale documento separato, da allegare all'atto costitutivo, CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano 2003, p. 226 (che ritiene analogicamente applicabile l'art. 2328, ultimo comma, c.c.); MANZO, *Società a responsabilità limitata (artt. 2462-2483 c.c.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, p. 31 ss. (che ritiene comunque necessaria, in caso di redazione dello statuto in documento separato, «la stipulazione per atto pubblico e la lettura alle parti ad opera del notaio rogante unitamente all'atto costitutivo»); 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; CASU, *Atto costitutivo e statuto dopo la riforma del diritto societario*, Studio n. 4885 del Consiglio Nazionale del Notariato in data 25 marzo 2004 (che postula comunque l'applicazione, allo statuto quale documento separato, delle norme sull'atto pubblico).

Sembra ammettere la redazione dello statuto come documento separato anche AGOSTINI, *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Ipsoa, 2003, p. 32.

In senso dubitativo, MONTAGNANI, *La fattispecie costitutiva*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di Santoro, Milano, 2003, p. 36 ss.

(59) Per la limitazione all'utilizzo dell'*analogia* ai fini dell'integrazione da uno all'altro tipo societario, cfr. tra gli altri RESCIGNO, *Osservazioni sulla riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *La riforma del diritto societario*, Milano 2003, p. 246; ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 82 ss.; RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, cit., p. 683 ss.; MAGLIULO-TASSINARI, *Evoluzione storica e tipo normativo*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, Ipsoa, Milano, 2003, p. 16 ss.

due tipi societari (s.p.a. ed s.r.l.) appare ragionevole, in considerazione dell'avvicinamento, a seguito della riforma, della s.r.l. al tipo «società di persone», e quindi dell'*accresciuta rilevanza delle persone dei soci rispetto alle regole organizzative che gli stessi si sono dati*, tale da rendere meno utile una «separazione» di un corpo stabile di regole organizzative, suscettibili di esistenza autonoma rispetto alle persone dei soci stessi (60). In questo senso depongono anche le numerose norme codicistiche, sopra elencate, che, in tema di società a responsabilità limitata, non rinviano mai allo «statuto», ma viceversa richiamano sempre l'«atto costitutivo».

Appare provar troppo anche il richiamo al principio, espresso nella legge delega, della *semplificazione della fase costitutiva* delle società a responsabilità limitata (art. 3, comma 2, lett. a), della L. 3 ottobre 2001 n. 366): certamente si tratta di uno dei principi e criteri direttivi della riforma, ma esso va inteso, essenzialmente, come mirato all'abbreviazione dei tempi necessari per la costituzione, ed all'eliminazione di adempimenti non necessari; il tutto con espressa salvezza del «principio di certezza nei rapporti con i terzi» (rispetto al quale le prescrizioni formali giocano, come sopra specificato, un ruolo fondamentale) e con delega al governo di precisazione delle «modalità del controllo notarile». Semplificazione, quindi, che ha riguardo alle esigenze dei soci e dell'autonomia privata, nella direzione cioè di eliminare, nei limiti del possibile, quell'eccesso di dirigismo che, da più parti, si rimproverava ormai alla codificazione del 1942; ma che non può certamente incidere sulle esigenze di tutela, delle parti e dei terzi, che le regole formali in esame sono dirette a tutelare; esigenze che non risultano in alcun modo diminuite a seguito della riforma, anzi risultano notevolmente accresciute, in misura direttamente proporzionale alla rivalutazione dell'autonomia privata (61), e quindi alle maggiori possibilità dei soci di stabilire norme di organizzazione e funzionamento della società, suscettibili di superare, in larghissima parte — soprattutto nelle società a responsabilità limitata — le prescrizioni del codice in materia. In altri termini, è proprio l'accresciuta importanza dell'autonomia privata, e l'esigenza di un suo esercizio responsabile e consapevole, a giustificare un maggior rigore formale, nell'ottica di una giusta tutela del libero esplicarsi di tale autonomia.

(60) BERTUZZI, *Società per azioni (artt. 2325-2345 c.c.)*, cit., p. 58.

(61) Rileva esattamente MAGLIULO, *La costituzione della società*, cit., p. 40, nota 29, che l'ampio rilievo attribuito dalla riforma all'autonomia privata nelle s.r.l. non ha rilievo per l'interpretazione, in senso liberale, delle regole di forma: «invero l'autonomia delle parti sembra attenere alla libertà di determinare il *contenuto* del negozio giuridico e non la sua *forma*. Il legislatore, infatti, ben può imporre vincoli al riguardo pur lasciando le parti libere di determinare il contenuto del negozio formale».

6. *Lo statuto di società cooperativa.*

Quid iuris in relazione allo statuto di cooperativa? Come già visto, le disposizioni in materia sono meno chiare di quelle dettate a proposito delle società di capitali: da un lato tutti i riferimenti codicistici in materia di specifiche «norme di funzionamento» sono effettuati all'atto costitutivo e non allo statuto; d'altra parte l'art. 2521 prevede lo statuto, contenente le medesime «norme di funzionamento», come «atto separato» (sia pure essendo venuto meno il riferimento all'«allegato»). Sembrerebbe desumersi, da tale panorama normativo, una considerazione in termini di equipollenza di atto costitutivo e statuto: conclusione, del resto, che può estendersi anche alla società per azioni, nella misura in cui si ritenga, con dottrina e giurisprudenza prevalenti, che il contenuto essenziale degli artt. 2521 e 2328 possa essere, indifferentemente, riportato in uno qualsiasi dei due documenti. E d'altra parte è dato ravvisare una minore rilevanza dello statuto nelle società cooperative, desumibile sia dal diffuso richiamo delle singole norme di legge al solo atto costitutivo, sia dalla omessa previsione di prevalenza delle clausole statutarie su quelle dell'atto costitutivo (62). Ciò, ammesso che non sia dovuto ad un semplice difetto di coordinamento, parrebbe giustificarsi alla luce della maggior rilevanza delle persone dei soci rispetto alla società per azioni; e darebbe luogo, come già rilevato, ad una sorta di «tipo intermedio» tra la società per azioni e quella a responsabilità limitata.

In termini di disciplina formale, non sembra comunque che le conclusioni riguardo alla natura giuridica dello statuto possano essere meno rigorose rispetto a quanto evidenziato a proposito delle società azionarie; semmai il rigore potrebbe essere maggiore, considerata la maggior vicinanza delle cooperative rispetto al tipo s.r.l. A parte, poi, il generico rinvio contenuto nell'art. 2519, che probabilmente non è idoneo a fondare una disciplina formale in presenza di una norma espressa quale l'art. 2521 c.c., deve ritenersi che le medesime esigenze di protezione delle parti e dei terzi, accresciutesi in dipendenza della valorizzazione dell'autonomia privata anche in questo settore, unitamente ai principi generali in tema di limiti alla

(62) Nel senso che – nonostante la mancata previsione della prevalenza della clausole statutarie su quelle dell'atto costitutivo – la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 2328 trovi applicazione anche alle cooperative, in virtù del generico rinvio contenuto nell'art. 2519, CECCHERINI-SCHIRÒ, *Società cooperative e mutue assicuratrici (artt. 2511-2548 c.c.)*, cit., p. 60. In senso contrario, stante la presenza nella specifica *sedes materiae* (art. 2521) di una specifica disposizione che regola i rapporti tra atto costitutivo e statuto, MONTAGNANI-PACIELLO, *Commento all'art. 2521*, in *La riforma delle società. Società cooperative (artt. 2511-2548 c.c.)*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, p. 67 ss.

relatio nei negozi solenni, depongano — anche alla luce delle modifiche letterali intervenute nell'art. 2521 per effetto della riforma — nel senso di considerare anche qui lo statuto come «parte integrante» dell'atto pubblico, e quindi avente natura esso stesso di atto pubblico e non di mero «allegato» e scrittura privata.

7. Forma solenne e modifiche statutarie.

Una volta adottato lo statuto con le forme solenni sopra descritte, per la sua modifica la legge richiede una deliberazione dell'assemblea straordinaria dei soci, che deve essere verbalizzata ad opera del notaio (artt. 2375, comma 2, 2436, 2480, 2519, 2545-*novies* c.c.). Sulla natura giuridica del verbale notarile molto si è scritto; al di là delle varie tesi in relazione alle formalità necessarie per il suo perfezionamento (analiticità o sinteticità, contestualità o meno, necessità o meno di sottoscrizione del presidente dell'assemblea), rispetto alle quali il quadro normativo riformato offre sicuri elementi di novità (63), preme in questa sede sottolineare alcuni profili particolari.

Nessun dubbio, innanzitutto, sulla circostanza che il verbale notarile sia *atto pubblico* (cfr., tra l'altro, l'art. 2421, comma 1, n. 3, c.c.), e che sia quindi soggetto alla relativa disciplina, nei limiti della compatibilità con la sua particolare natura.

Di rilievo, inoltre, la circostanza che la riforma, prendendo posizione nel senso della necessaria analiticità del verbale, offre un argomento in più alla tesi della necessaria *autosufficienza* (64) del verbale stesso, il quale deve quindi contenere tutti gli elementi necessari per l'accertamento dello svolgimento del procedimento assembleare, dell'oggetto e del contenuto della deliberazione; l'insufficienza, sotto questo profilo, del verbale, si traduce — a seconda del suo grado — in nullità per «mancanza del verbale» (art. 2379, penultimo comma, c.c., che espressamente dispone che il verbale non si considera mancante se «contiene» il suo oggetto), ovvero annullabilità per incompletezza che impedisce l'accertamento del contenuto della deliberazione (art. 2377, comma 5, n. 3, c.c.) (65).

(63) Cfr., sulle questioni accennate nel testo, LAURINI, *Autonomie e controllo di legalità dopo la riforma delle società di capitali*, in *Riv. not.*, 2004, p. 15 ss.

(64) Sul principio di «autosufficienza» del verbale, cfr. FERRARA, *Il verbale di assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1957, p. 54 ss.

(65) Si è giustamente rilevato che le nuove disposizioni degli artt. 2377 e 2379 coniugano due esigenze: quella di garantire una documentazione autosufficiente della deliberazione assembleare, e quella, ispirata al principio di stabilità degli effetti degli atti societari,

Ulteriore considerazione: nel verbale il notaio riporta non solo le dichiarazioni del presidente relative ad identità, legittimazione degli intervenuti, accertamenti dallo stesso effettuati (art. 2371 c.c.), ma anche — ed il punto è pacifico — sue personali constatazioni (cfr. l'art. 2375, comma 1, c.c.) (66). Il notaio non potrebbe, cioè, attestare che l'assemblea ha deliberato di modificare, ad esempio, l'oggetto o la sede sociale, se ciò non ha personalmente constatato.

Ma qual è il contenuto minimo del verbale? A fronte, ad esempio, di una modifica dell'oggetto sociale, è sufficiente che nel verbale il notaio si limiti a riportare il numero dell'articolo dello statuto modificato, o deve, viceversa, dar atto del tenore dell'oggetto modificato? Qual è, in altri termini, il contenuto della «deliberazione» che deve risultare necessariamente dal verbale? L'art. 2365 c.c. si limita a stabilire che «l'assemblea straordinaria delibera sulle modificazioni dello statuto»; l'art. 2375, comma 2, dispone che «il verbale dell'assemblea straordinaria deve essere redatto da un notaio»; l'art. 2436 fa riferimento al «notaio che ha verbalizzato la deliberazione di modifica dello statuto». Ciò che emerge da tali norme è la necessità che dal verbale notarile risulti la «deliberazione di modifica dello statuto». E ciò comporta, di per sé, che non è possibile qualificare come completo il verbale che si limiti a dire che modifica vi è stata, senza riportare il tenore della clausola modificata (67).

È noto, peraltro, che nella prassi viene allegato al verbale dell'assemblea straordinaria il testo integrale dello statuto aggiornato a seguito della modifica; non si tratta, in realtà, di un'allegazione richiesta dalla legge, che

diretta a sottrarre la deliberazione ad impugnazioni di disturbo: MUSCOLO, *Società per azioni* (artt. 2346-2379-ter c.c.), in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, p. 379.

(66) IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997, p. 205 («Si colleghino gli artt. 2375, comma 1, e 2700 c.c.: stabilisce il primo che «le deliberazioni dell'assemblea devono constare da verbale sottoscritto dal presidente e dal segretario o dal notaio»; ed il secondo, che l'efficacia probatoria dell'atto pubblico concerne le dichiarazioni delle parti e gli «altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti». Il «constare» dell'art. 2375 corrisponde logicamente all'*attestazione di fatti accaduti in presenza del notaio*: il riunirsi dei soci, il loro dibattere e votare e deliberare, sono *fatti*, accaduti dinanzi al notaio e da lui, per così dire, testimoniati»).

Nello stesso senso, MISEROCCHI, *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Padova 1969, p. 149 ss.; PETTITI, *Note sul presidente dell'assemblea di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 496 ss.; MASSA FELSANI, *Il ruolo del presidente nell'assemblea della s.p.a.*, Milano 2003, p. 122 ss. (ove una approfondita ricostruzione dei rapporti tra constatazione notarile e poteri del presidente dell'assemblea). Cfr. anche App. Genova 23 maggio 1998, in *Giur. it.*, 1998, p. 2110, secondo cui il notaio «può e deve verbalizzare quanto di giuridicamente rilevante — e da lui personalmente percepito — si svolge in assemblea».

(67) In tal senso, chiaramente, FERRARA, *Il verbale di assemblea delle società per azioni*, cit., p. 53 («la verbalizzazione delle deliberazioni dev'essere puntuale, per cui va letteralmente riprodotto *nel verbale* il testo esatto di ciò che è stato deliberato»).

si limita a prescrivere — all'art. 2436, ultimo comma, c.c. — che «dopo ogni modifica dello statuto deve esserne depositato nel registro delle imprese il testo integrale nella sua redazione aggiornata». Si potrebbe, allora, ritenere sufficiente, ai fini di cui sopra, il fatto che il tenore della clausola modificata sia riportato nel testo aggiornato dello statuto allegato del verbale? Tale circostanza potrebbe essere, per certi aspetti, ritenuta idonea, considerando che lo statuto allegato al verbale consentirebbe, comunque, di risalire al contenuto della deliberazione (al cui accertamento sono mirati i richiamati artt. 2375, 2377 e 2379); e che, in quanto allegato ad un atto pubblico, lo statuto potrebbe ritenersi munito di forma idonea ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese. Per rispondere, tuttavia, con maggior sicurezza a tale domanda occorre chiarire *il motivo per il quale la legge richiede la verbalizzazione notarile della modifica statutaria*.

Ciò che è sicuro è, innanzitutto, che *la legge non richiede l'atto pubblico*, in relazione alle modifiche statutarie, *per le stesse ragioni per cui lo stesso è richiesto nell'atto costitutivo*: non vi è qui controllo di legalità al momento della deliberazione, essendo lo stesso «spostato» al momento dell'iscrizione della delibera, come oggi chiarito dal nuovo art. 2436 c.c. (e già dall'art. 32 della L. n. 340 del 2000). Non vi è, neanche, indagine della volontà ai sensi dell'art. 47, ultimo comma, della legge notarile, stante la profonda differenza del verbale rispetto all'atto pubblico negoziale (68).

Una parte della dottrina ha ravvisato, nella prescrizione legale della verbalizzazione notarile, l'applicazione di un principio generale: «che gli atti modificativi debbono avere la stessa forma dell'atto che viene modificato e che, richiedendosi che la costituzione di una società di capitali risulti da atto pubblico, le eventuali modificazioni dell'atto costitutivo non possono che risultare da atto pubblico» (69). Si giustificerebbe, in tal modo, anche l'invalidità che la legge prevede in caso di mancanza del verbale. In quest'ottica, non potrebbe certo essere considerato sufficiente, ai fini della validità della deliberazione, un verbale che, in luogo di riportare il contenuto della modifica deliberata, si limiti a rinviare ad un documento esterno per l'identificazione del contenuto medesimo.

Anche laddove, peraltro, non si accolga tale impostazione, non vi è dubbio che esistano più generali esigenze di certezza ricollegabili alla rilevanza «esterna» dello statuto ed all'attuazione della sua pubblicità

(68) Cfr. per tutti MISEROCCHI, *La verbalizzazione nelle società per azioni*, cit., p. 177 ss.; Comitato Regionale Notarile Lombardo, *La verbalizzazione delle delibere assembleari*, Milano, 1983.

(69) FERRI, *Le società*, Torino 1987, p. 605. Nel medesimo senso, FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 458, nota 50.

legale; in considerazione delle quali l'ordinamento ritiene necessaria la constatazione del notaio, cioè di un pubblico ufficiale, del fatto che l'assemblea abbia modificato lo statuto, e lo abbia modificato in una determinata direzione; è proprio l'evidenza pubblica di questa «constatazione» a costituire, quindi, il nucleo essenziale della previsione codicistica che richiede l'atto pubblico per il verbale di assemblea straordinaria. In altri termini, il legislatore — considerata la particolare rilevanza dello statuto anche nei rapporti con i terzi — richiede, per le modifiche di esso, che la relativa deliberazione sia documentata con l'efficacia probatoria privilegiata dell'atto pubblico, il quale, ai sensi dell'art. 2700 c.c., fa piena prova, fino a querela di falso, di ciò che il pubblico ufficiale dichiara essere avvenuto in sua presenza (70). Proprio le maggiori garanzie che il verbale notarile dà, sotto il piano probatorio, costituiscono quindi la ragione principale per cui è stata prescritta la verbalizzazione notarile (71); si è parlato, sul punto, di essenzialità dell'«accertamento costitutivo», ad opera del notaio, della formazione della deliberazione, e quindi del verbale come «strumento di accertamento» di essa (72). Ma è evidente, a questo punto, che — ammesso che l'assemblea deliberi puramente e semplicemente di approvare il testo delle modifiche come riportato nello statuto allegato, senza far riferimento al loro nuovo tenore — nessuna efficacia probatoria privilegiata potrebbe mai assistere il contenuto delle modifiche statutarie non riportate nel verbale, ma riportate in una scrittura privata allegata: in altri termini il verbale farebbe piena prova fino a querela di falso solo del fatto che l'assemblea abbia deliberato di «modificare l'articolo 4 dello statuto», e magari del fatto che il presidente dell'assemblea abbia sottoposto alla stessa il testo dello statuto, ma non di quale modifica sia stata realmente deliberata, e soprattutto non del contenuto della clausola modificata. E ciò sarebbe in assoluto contrasto con lo spirito delle norme in esame.

Conseguenza, quindi, di un verbale redatto in modo incompleto, come

(70) Per l'efficacia probatoria privilegiata, *ex art. 2700 c.c.*, del verbale notarile di assemblea, cfr. Cass. 7 giugno 1965 n. 1131, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 2036; App. Napoli 17 gennaio 1974, in *Dir. e giur.*, 1975, p. 459; Trib. Roma 27 aprile 1998, in *Società*, 1998, p. 1442; Cass. 17 gennaio 2001 n. 560, in *Giur. it.*, 2001, p. 1179, con nota di BREIDA, ed in questa *Rivista*, 2001, p. 915, con nota di CASU; CARATTOZZOLO, *Società per azioni (artt. 2546-2579-ter c.c.)*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, p. 358 ss.

Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico in genere, cfr. da ultimo SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 54 ss.

(71) FERRARA, *Il verbale di assemblea delle società per azioni*, cit., p. 37 ss., 65 ss.

(72) TANTINI, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Padova, 1973, p. 133 ss.

sopra descritto, è — oltre alla *probabile invalidità* ai sensi dell'art. 2379, penultimo comma, o dell'art. 2377, comma 5, n. 3, c.c. — *l'inidoneità del verbale medesimo a costituire oggetto di pubblicità nel registro delle imprese*; con la conseguenza che il conservatore di quest'ultimo registro, al quale spetta il controllo formale dell'atto prodottogli, potrebbe legittimamente rifiutare l'iscrizione della deliberazione (73).

La questione, del resto, non è nuova, e non nasce a seguito della riforma. In giurisprudenza si era, infatti, ritenuta non omologabile la deliberazione modificativa, allorché nel verbale non fosse contenuta, nel senso sopra precisato, la deliberazione medesima e quindi ove lo stesso non riportasse nel suo interno il testo degli articoli dello statuto modificati (74); nello stesso senso opinava la dottrina più attenta (75).

L'autosufficienza del verbale non sussiste, peraltro, se non nei limiti in cui ciò appare necessario per le esigenze di certezza e di prova sopra indicate, e non sussiste laddove la legge stessa, per esigenze di celerità e semplificazione, abbia derogato al rigoroso regime formale suindicato. Nella prima direzione si può evidenziare come il verbale dell'assemblea straordinaria che approvi un progetto di fusione (art. 2502 c.c.) o di scissione (art. 2506-ter c.c.) non deve, evidentemente, contenere per esteso il progetto medesimo: ciò perché, da un lato, il progetto deve essere preventivamente depositato nel registro delle imprese (artt. 2501-ter e 2506-bis c.c.), ed il suo contenuto è quindi già certo, per gli effetti dalla

(73) Per tale conseguenza, nel caso di mancanza del verbale notarile, v. già OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, cit., p. 116 ss., e TANTINI, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, cit., p. 135.

(74) 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; Trib. Roma 12 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 1242; App. Roma 5 ottobre 1999, in *Nuovo dir.*, 2000, p. 655, con nota di SANTARSIERE («non è omologabile la deliberazione che modifichi lo statuto di una società a responsabilità limitata, qualora le specifiche integrazioni o modificazioni delle clausole precedenti non siano riportate nel verbale di assemblea, venendo così a mancare il requisito dell'atto pubblico, che consenta le iniziative spettanti a tutela dei soci dissenzienti»).

Contra, App. Napoli 25 giugno 1996, in questa *Rivista*, 1996, p. 1518, con nota di LAURINI («È omologabile la delibera riguardante modifiche statutarie «il cui contenuto è già noto ai soci» poiché l'approvazione di un nuovo statuto, previa lettura datane in assemblea, non comporta alcuna impossibilità del controllo di legalità del contenuto dell'atto, né pregiudica il diritto di soci e terzi alla conoscenza del precedente assetto societario, tenuto conto che l'originario statuto risulta comunque depositato presso il registro delle imprese»).

(75) FERRARA, *Il verbale di assemblea delle società per azioni*, cit., p. 53; BARALIS-BOERO, *Atto costitutivo, modifiche statutarie di società di capitali e «lettura necessaria» dell'allegato statuto da parte del notaio*, cit., p. 302 («Nel caso di delibere modificative, ciò che deve essere contenuto nell'atto notarile è il tenore testuale delle modifiche apportate, non essendo sufficiente un generico richiamo al testo contenuto nello statuto allegato (e non letto), mentre ogni altra pretesa sarebbe destituita di fondamento, anche ove si aderisse alla tesi che ritiene sempre e comunque necessaria la lettura dello statuto in sede di costituzione della società»).

legge richiesti; d'altra parte, oggetto della deliberazione assembleare è, nel caso di specie, non già la predisposizione di un *quid novi* (come nel caso di modifica statutaria), bensì l'approvazione di un documento preesistente. Nell'ambito delle deroghe legislative rientra invece il disposto dell'art. 2375, comma 1, c.c., che consente l'identificazione, anche in allegato e quindi non necessariamente nel verbale, dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti.

Da quanto detto emerge quindi chiaramente che non il testo integrale dello statuto eventualmente allegato al verbale, bensì l'oggetto specifico della modifica statutaria deliberata costituisce contenuto necessario del verbale medesimo, ed è quindi assoggettato alle regole formali previste dalla legge notarile in relazione agli atti pubblici, nei limiti della compatibilità con la particolare natura del verbale medesimo. Tale circostanza è stata ben chiarita anche dalla giurisprudenza, la quale ha affermato che «il notaio rogante un verbale di assemblea straordinaria, contenente modifiche dell'atto costitutivo e conseguenti modifiche statutarie, non ha l'obbligo di dare lettura del nuovo testo dello statuto sociale, allorché la nuova formulazione degli articoli modificati sia già contenuta nel verbale; lo statuto modificato, infatti, non deve necessariamente essere allegato al verbale di modificazione, ma è oggetto di deposito a sé stante» (76).

Emerge, quindi, una profonda differenza tra lo statuto allegato all'atto costitutivo, che costituisce parte integrante di quest'ultimo ed ha natura di atto pubblico a tutti gli effetti; e *statuto (volontariamente) allegato al verbale dell'assemblea* che abbia deliberato le modifiche statutarie, che è allegato in senso tecnico ai sensi della legge notarile, ed ha quindi natura di *scrittura privata*.

Si discosta dalle regole generali suddescritte il caso della *trasformazione* di una società di capitali in altro tipo di società di capitali o cooperativa: in tali ipotesi, la legge dispone che il contenuto della deliberazione deve risultare da atto pubblico (art. 2500 c.c.); conseguentemente:

— nel caso si tratti di trasformazione in società per azioni o cooperativa, lo statuto potrà essere allegato al verbale di assemblea, ma lo stesso, in applicazione degli artt. 2328 e 2521 c.c., richiamati dall'art. 2500 c.c., avrà natura di atto pubblico, da assoggettarsi quindi alla relativa disciplina;

— trattandosi, viceversa, di trasformazione in società a responsabilità limitata, le norme relative al funzionamento della società dovranno essere

(76) App. Torino, 13 settembre 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 288. In senso contrario, Trib. Torino 22 luglio 1982, in *Giur. piemontese*, 1983, p. 377.

contenute nel verbale di assemblea straordinaria che dà luogo alla trasformazione (77).

(77) I principi espressi nel testo, che si evincono chiaramente dal nuovo testo delle norme codicistiche successivo alla riforma, erano peraltro stati già affermati da una parte della giurisprudenza: App. Roma 21 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 118 («le indicazioni prescritte dalla legge per l'atto costitutivo del tipo di società adottato devono essere contenute nella delibera di trasformazione in forma di atto pubblico; non può essere pertanto omologata la delibera allorché le indicazioni prescritte risultino dallo statuto adottato con scrittura privata»). In senso parzialmente coincidente, Trib. Vicenza 23 marzo 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 566 (secondo cui, una volta che la volontà di trasformare la società sia espressa nel verbale di assemblea, con i dati indispensabili per individuare il tipo della nuova società e il capitale, gli altri elementi necessari per il funzionamento della società trasformata si possono rilevare dal complesso dello statuto, purché all'atto di trasformazione sia allegato lo statuto e di esso sia stata data lettura in assemblea). Sembra, in realtà, che entrambe le decisioni presuppongano – quale condizione di validità della delibera di trasformazione – che lo statuto della società trasformata sia redatto per atto pubblico.