

MAURIZIO SCIUTO

L'atto costitutivo della società a responsabilità limitata *

SOMMARIO: 1. Atto costitutivo e autonomia negoziale. — 2. Struttura dell'atto costitutivo. — 3. I « dati » indicati nell'atto costitutivo. — 4. (*Segue*): in particolare, dell'indicazione della « quota di partecipazione » e dei « conferimenti ». — 5. Le « regole » dettate nell'atto costitutivo. — 6. Interpretazione dell'atto costitutivo. — 7. Sociale e parasociale nella società a responsabilità limitata.

1. Se è vero che uno degli *slogan* più utilizzati per propagandare la Riforma del diritto societario è stato quello che declamava un grande ampliamento dell'autonomia statutaria nelle società di capitali, ebbene, nessun terreno come quello dell'atto costitutivo della « nuova » società a responsabilità limitata si presta meglio ad esprimere la cifra e a verificare la portata di quell'annuncio ⁽¹⁾.

(*) Queste pagine si occupano di quanto *specificamente pertinente all'atto costitutivo di società a responsabilità limitata*: (i) *in quanto atto costitutivo*, e quindi senza avviare riflessioni sulla legittimità di ipotetiche clausole la cui valutazione richiederebbe, più ampiamente, la risoluzione di problematiche relative ad ulteriori « aree » del diritto della s.r.l.; e (ii) *in quanto di società a responsabilità limitata*, con ciò escludendosi allora tematiche relative all'atto costitutivo di qualsiasi società di capitali. Così, per chiarire l'ambito di tale perimetrazione, non ci si chiederà *ad esempio*: (i) se fra i diritti particolari statutariamente attribuibili al singolo socio in materia di « distribuzione degli utili », possa ammettersi una clausola che si approssimi ad un patto leonino (per il che occorrerebbe indagare la generale portata dell'art. 2468), oppure se un atto costitutivo di s.r.l. possa conformare l'organizzazione sociale secondo il sistema di amministrazione e controllo cd. dualistico; ovvero, sempre ad esempio, (ii) quale forma debba assumere il contratto preliminare di società a responsabilità limitata, o quale referente sia legittimo indicare quale « sede » o « denominazione » sociale (trattandosi di interrogativi comuni, quantomeno, alle società azionarie).

⁽¹⁾ Per una rassegna critica delle « parole d'ordine » della Riforma, v. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali (Lezioni di diritto commerciale)*, Padova, 2003, 1 ss.

Ancor prima — per tempo e per rango — degli *slogan*, è stata del resto la legge delega (l. 3 ottobre 2001, n. 366, art. 3, comma 1, lett. b) ad investire il legislatore delegato del compito di disciplinare la nuova società a responsabilità limitata « prevedendo un'ampia *autonomia statutaria* »; compito che poi sembra essere stato adempiuto in sufficiente misura.

La legge delega andava per la verità anche oltre. Essa, *separatamente* — ed anzi ancor prima (alla lett. a dell'art. 3, comma 1) di tracciare al legislatore delegato la via dell'ampliamento dell'autonomia statutaria — gli additava anche un altro obiettivo, che in virtù di tale separata previsione dovrebbe supporre diverso, anche se coerente, rispetto al primo: quello di prevedere una disciplina « modellata sul principio della *rilevanza del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci* ».

Autonomia negoziale *nello* statuto, la prima; autonomia negoziale *anche fuori dallo* statuto — si direbbe allora — la seconda.

Sicché l'autonomia che dovrebbe oggi improntare il procedimento costitutivo di società a responsabilità limitata andrebbe pensata — in una prospettiva nomogeneticamente ortodossa — non solo come originaria libertà dei soci di stipulare regole che poi si cristallizzano nell'atto costitutivo, ma anche quale spazio, da quello non assorbito, entro cui la negoziazione fra soci possa *continuare* a svilupparsi.

È bene evitare equivoci. Parlando di « negoziazione continua » né si tratta — sul piano delle dinamiche decisionali dell'impresa — di asserire, banalmente, che le decisioni sociali sono frutto dell'aggregazione di un qualche consenso via via raggiunto — ciò che è scontato in qualunque organizzazione (nel senso tecnico di ordinamento che regoli la produzione di norme ulteriori). E neppure si tratta — sul piano del programma statutario — di asserire, altrettanto banalmente, la modificabilità delle regole in esso stabilite; oppure di asserire, stavolta erroneamente, una qualche modificabilità di quelle regole anche per via extrastatutaria.

La possibilità — tutta tipica della società a responsabilità limitata (almeno rispetto al modello azionario) — di una negoziazione continua fra soci discende invece da una *tendenziale instabilità* degli equilibri fra di essi.

Ciò in primo luogo sul piano delle vicende attraverso cui il rapporto sociale si attua: quale instabilità, allora, di *precostituiti rapporti di forza*, posto che il singolo come tale può contare su diritti insopprimibili (di controllo; di promuovere azioni di responsabilità; di recesso; di mantenere inalterata la sua quota anche a seguito dell'azzeramento del capitale sociale) o

concessi dallo statuto (ma tipici della sola società a responsabilità limitata, fra le società di capitali: così per i diritti amministrativi « individuali » o per quello di esclusione degli altri soci), in grado di guadagnarli un « potere negoziale », rispetto alla maggioranza, ben superiore a quello tipicamente « capitalistico », cioè dipendente e proporzionale alla sua quota di partecipazione.

Una qualche instabilità, in secondo luogo, potrebbe poi predicarsi *delle stesse regole statutarie*: nel senso che, sia per determinarne il senso (e cioè nella loro interpretazione) sia per valutarne i rapporti col cd. parasociale (v. *infra*, §§ 6 e 7), potrà contribuire — più di quanto non possa normalmente accadere in una società per azioni, e seppure in termini alquanto ridotti — la valutazione del concreto svilupparsi dei rapporti fra soci, anche per ciò che non sia stato espressamente dedotto nell'atto costitutivo, bensì « detto » o « fatto » prima o dopo la sua stipulazione.

Tutto ciò può spiegare perché una siffatta autonomia negoziale — dunque non solo « statutaria » — avesse a suo tempo meritato all'atto costitutivo di società a responsabilità limitata (in una precedente, ma poi emendata, versione del progetto della legge qui commentata) la forse più pregnante denominazione di « contratto sociale ». Il che maggiormente ne avrebbe enfatizzato la dimensione individuale/personalistica rispetto a quella « organizzativa », tradizionalmente tipica dell'atto costitutivo delle società di capitali e di quella per azioni per antonomasia (rispetto alla quale non è infrequente infatti registrare, nella letteratura, un'assimilazione normativa dello statuto alla « legge », intesa quale diritto obiettivo, autonomo dalla volontà del suo autore).

Tutto ciò rende anche ragione, analogamente, del perché in un'esperienza comparatisticamente di primaria importanza come quella tedesca (le cui suggestioni non si stenterebbe a riconoscere nella « nostra » nuova società a responsabilità limitata) si parli di *Vertrag* e non di *Satzung*, come invece per la società per azioni ⁽²⁾. E tutto ciò, infine, può dare anche la

⁽²⁾ Cfr. in questo senso D. REUTER, *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen*, (Ein Beitrag zum Problem der Gestaltungsfreiheit im Recht der Unternehmensformen), Frankfurt am Main, 1973, 62 ss.; SCHMIDT LEITHOFF, in AA.Vv., *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - Kommentar*⁴, (fondato da H. Rowedder e curato da C. Schmidt - Leithoff), München, 2002, § 3 (221 ss.), § 2, Rn. 2. Non mancano tuttavia voci autorevoli inclini a sbiadire questa distinzione (K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Köln, 2002, 81 ss. e 1001, benché poi convenga che la *GmbH*, fra le società di tipo personalistico e non, si presta ad essere collocata, a seconda dei casi, su entrambi i versanti).

misura — tanto per indulgere ancora su questioni nominalistiche e su *slogani* (tecnicamente non rigorosi ma pur dotati di una qualche utilità descrittiva) — della frequente presentazione della società a responsabilità limitata come « *società di persone a responsabilità limitata* » (o « *società di capitali di carattere personale* », come nel Codice delle obbligazioni svizzero, art. 772).

Certo è, in effetti, che proprio come nelle società di persone (la cui disciplina è talora oggetto di testuale rinvio), il tasso di dispositività della disciplina e la correlativa autonomia statutaria risultano talmente elevati, da suscitare interrogativi e porre questioni (anche, ma) non solo teoriche.

1) Innanzitutto, « tanta » autonomia può indurre a chiedersi quale debba ritenersi la attuale (o addirittura se residui una qualche) identità tipologica della società a responsabilità limitata, e in particolare quali ne siano, sul versante organizzativo, le caratteristiche indefettibili. Fermo restando, comunque, che lo statuto legale, ancorché ampiamente derogabile dall'autonomia statutaria, traccia un modello organizzativo non dissimile da quello tradizionale ed « imposto » prima della riforma; e quindi ancora un modello « corporativo », benché ora — è stato ben detto ⁽³⁾ — soltanto in via residuale ed attenuata.

2) In secondo luogo, non è difficile presagire che nelle materie in cui l'autonomia statutaria sia invitata ad esprimersi non da norme suppletive, ma dalla pura e semplice mancanza di una previsione legale (un esempio: sulla revoca degli amministratori), potranno crearsi incertezze nell'individuazione della norma applicabile quando l'atto costitutivo nulla preveda. E ciò non tanto perché in questi casi si paleserebbe una qualche « lacuna » della legge (in senso tecnico), ché i normativisti ci hanno insegnato — è stato ben ricordato ⁽⁴⁾ — che tali « lacune » sono mera *fictio*, dacché il

⁽³⁾ G. ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in questa *Rivista*, 2003, 58 ss.; P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (Guardando alla nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 489 ss.; cfr. anche P. BENAZZO, *La « nuova » s.r.l. tra rivoluzione e continuità: il ruolo degli interpreti*, in questa *Rivista*, 2006, 647 ss., a 652 ss. Sulla questione, ampiamente, v. anche O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, nel *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, 2007, cap. I, *passim*. Sul tema — classico, ma periodicamente rifiorante — dei rapporti fra tipicità delle società ed autonomia contrattuale, si veda, in chiave di analisi economica del diritto, H. FLEISCHER, *Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht*, in *ZHR*, 2004 (6), 673 ss.

⁽⁴⁾ M. STELLA RICHTER jr, *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 11 ss., a 14 ss.

sistema offre in ogni caso dei rimedi per « integrarle ». L'incertezza deriverebbe però da ciò, che già nella scelta fra questi rimedi (fra l'applicazione analogica di altra norma legale o l'interpretazione integrativa del contratto), e poi nell'utilizzo concreto di uno di questi rimedi, ardui saranno nella pratica i dubbi che si porranno a chi inseguirà la norma applicabile (quale norma legale applicare in via analogica, quella della s.p.a. o delle società di persone? oppure: cosa avrebbero voluto davvero i soci fondatori alla luce delle altre previsioni contrattuali? conta la volontà dei soci sopravvenuti?). Al riguardo ci si può forse dolere che il legislatore abbia (consapevolmente) tralasciato di rendere obbligatoria la previsione statutaria di una disciplina residuale di riferimento (tipicamente: della s.n.c. o della s.p.a.) attraverso cui integrare il « silenzio » dell'atto costitutivo (e della legge) ⁽⁵⁾.

3) Per via di tali vaghezze ed incertezze, pure congetturabile — e non solo nel caso appena segnalato, ma anche, più in generale, quando si tratterà di valutare ampiezza e legittimità dell'esercizio dell'autonomia statutaria — potrebbe essere la tendenza degli operatori del diritto ad interpretare la vigente disciplina, ampiamente dispositiva, alla luce della vecchia, maggiormente imperativa ⁽⁶⁾: così mortificando molte delle potenzialità della prima (un esempio: sull'inammissibilità di clausole che impongano *quo-*

⁽⁵⁾ Di una proposta di clausola di chiusura (ma con un rinvio alla sola disciplina della s.n.c., e solo per alcune materie) si legge ne *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali* (a cura di Vietti, Auletta, Lo Cascio, Tombari e Zoppini), 381 ss. Condivide la soluzione legislativa, però, G. BARALIS, *La nuova società a responsabilità limitata: « hic manebimus optime »*, spunti di riflessione sul problema delle lacune di disciplina, in *Riv. not.*, 2004, 1112 ss., secondo cui la via migliore per integrare le lacune sarebbe quella di verificare prima quale istituto venga in questione, per stabilire poi, di volta in volta, a quale disciplina legale tipica attingere per reperire la norma applicabile. Del resto, difficilmente le lacune in tema si s.r.l., per la loro importanza e per il necessario parallelo con la disciplina degli altri tipi, anche personalistici, si lasciano pensare come *casuali* (O. CAGNASSO (nt. 3) 41 ss.). Tanto più che esse non si lasciano colmare né attraverso un rinvio generale alla s.p.a. (come detto assente), né — per definizione — attraverso la disciplina dispositiva. Ecco allora come all'interprete chiamato a colmare tali lacune (legali) si dischiuda l'alternativa se far ricorso, oltre che al prototipo capitalistico della società per azioni, anche ai principi dei tipi personalistici quando il complessivo assetto organizzativo, ma *anche la sola materia* in questione, abbia ricevuto nello statuto un'impostazione coerente a quei principi (v. ancora CAGNASSO (nt. 3) *op. loc. ult. cit.*).

⁽⁶⁾ G. FIGÀ TALAMANCA-M. SCIUTO, in AA.VV., *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di L. STAROLA, Milano, 2003, *Introduzione*, XIX ss.; M. STELLA RICHTER jr (nt. 4), 14; per un'analisi empirica (e critica) di un siffatto atteggiamento nella giurisprudenza pratica, v. già F. D'ALESSANDRO, *Il diritto pretorio delle società a mezzo secolo dal codice civile*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. BESSONE, Torino, 1996, 221 ss.; sul rischio di una *path dependence* v. anche P. BENAZZO (nt. 3), 659 ss.

rum assembleari molto elevati, in nome di un inderogabile quanto apodittico principio di « efficienza deliberativa »⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾.

4) Ancora. Neppure è escluso che la libertà autoorganizzativa della nuova società a responsabilità limitata, o se si vuole la sua attenuata identità tipologica, potrebbe nuocere alla società nei suoi rapporti col Mercato. Questo, si sa, tende a considerare più affidabili quegli interlocutori che innanzitutto appaghino le sue esigenze di « calcolabilità »⁽⁹⁾, secondo schemi noti e perciò prevedibili; insomma, secondo la loro « tipicità ». L'imprevedibilità di quale in concreto sarà la fisionomia organizzativa di una società che si presenti come « società a responsabilità limitata » (posto che di per sé l'adozione del « tipo » non legittima, al riguardo, particolari attese di uniformità); e poi l'eventuale constatazione che con l'assetto prescelto si siano magari rifuggiti — come pur possibile — vincoli e contrappesi « corporativi »; certo costituiscono fattori in grado di minare l'affidabilità un'impresa, soprattutto se media o piccola, costituita in forma di società a re-

(7) E infatti — puntualmente — a negare l'ammissibilità di una siffatta regola, in nome della « pregnanza e inderogabilità del principio maggioritario che caratterizza appunto le società di capitali », v. Trib. Ragusa, 21 novembre 2005, in *Dir. fall.*, 2007, 159, con nota di P. BARONTE, *La « nuova » società a responsabilità limitata alla prova dei fatti: i limiti al principio maggioritario* (su cui v. anche E. LOFFREDO-G. RACUGNO, *Società a responsabilità limitata Rassegna di giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 241 ss.); nello stesso senso, ma in termini decisamente più sfumati, A. NIGRO, *La società a responsabilità limitata nel nuovo diritto societario: profili generali*, in AA.Vv., *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. SANTORO, Milano, 2003, 14. Nel senso — qui condiviso — dell'ammissibilità di una clausola di unanimità, v. ad es. N. ARRANI, in AA.Vv., *Diritto delle società [Manuale breve]*², Milano, 2005, 299; diversamente sarebbe a dirsi, ovviamente, quando l'inammissibilità derivasse da una norma espressa, come quella della spagnola *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (Ley 2/1995 del 23 marzo, pubbl. su BOE n. 71 del 24 marzo 1995), art. 53, comma 3.

(8) Sembra insomma attuale il rischio — anche secondo quanto si sta per dire *sub* 4) — che la pratica possa provocare un « ingessamento » del modello societario concretamente adottato, se non addirittura una « fuga » dal tipo. Un po' come in « *Chi si contenta* » di I. CALVINO [in *Romanzi e racconti*, (*Scritti giovanili 1942-1946*), Vol. ***, I Meridiani - Mondadori, Milano, 2001, a cura di M. BARENGHI e B. FALCETTO, 782], ove si racconta di un paese in cui ogni attività — un po' alla volta e per ragioni ormai immemorabili ed incontestate — era stata proibita, fatta eccezione per il gioco della lippa. Stinché un giorno i governanti, considerata l'attuale insensatezza dei divieti in vigore, li abolirono tutti; salvo però vietare, subito dopo, il gioco della lippa — posto che nessuno, per continuare a giocarvi, approfittava della restaurata libertà. Questo nuovo divieto scatenò però una rivolta, sfociata nell'eliminazione violenta dei governanti al fine di ripristinare lo *status quo ante*.

(9) Si veda al proposito M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*⁴, Tübingen, 1956 (1921), 35 ss., dove si insiste sulla riconoscibilità e calcolabilità come esigenze della moderna economia di mercato.

sponsabilità limitata. Soprattutto — potrebbe ritenersi — dal punto di vista delle banche finanziatrici. Ora vincolate (dal cd. Accordo di « Basilea 2 »), tra l'altro, a orientare i propri impieghi secondo criteri di valutazione del « merito » degli (aspiranti) affidati che, per effetto di tali criteri, potrebbero risultare penalizzati se organizzati secondo un assetto — anche amministrativo oltre che finanziario — « opaco » o comunque instabile. Con la conseguenza che l'« affidata » società a responsabilità limitata o rischierà di scontare — quale costo del finanziamento bancario — la sua generale « imprevedibilità » ed « instabilità », nonché poi, nel caso particolare, l'effettiva scelta di un'organizzazione troppo semplificata e personalizzata; oppure, per guadagnarsi maggiore « affidabilità », sarà indotta a sottomettersi ad un atto costitutivo che — con buona pace del Riformatore — lo riconduca nei tradizionali ranghi di « piccola s.p.a. »⁽¹⁰⁾.

2. Tanto premesso (per ora in via del tutto generale) sulla libertà di conformare l'atto costitutivo di società a responsabilità limitata, a chi voglia valutarne la possibile struttura sulla base di quanto dispone l'art. 2463 c.c., non sfuggirà senz'altro una diversa impostazione rispetto ai « paralleli » artt. 2328 c.c., in tema di società per azioni, e 2463 c.c., previgente versione, in tema di società a responsabilità limitata. L'atto costitutivo (o contratto sociale che dir si voglia) viene presentato dall'art. 2463 c.c. senza alcun riferimento alla classica partizione fra atto costitutivo (*in senso stretto*) e statuto, quali distinti documenti (di cui il secondo funge da « allegato » al primo) che integrano l'atto costitutivo *in senso lato* (*e proprio*)⁽¹¹⁾. Il tradizionale contenuto dello « statuto », e cioè le « norme relative al funzionamento della società », viene infatti presentato, ora, come uno dei « capi » di quell'unico elenco di previsioni che integra l'atto costitutivo *tout court*.

(10) Mi permetto di rinviare a quanto scritto in *Organizzazione e merito di credito delle società a responsabilità limitata alla luce di « Basilea 2 »*, in *Banca borsa*, 2007, I, 702 ss., nonché nel volume *Finanziamento delle Pmi: crescere innovando*, a cura di F. CAFAGGI e F. VELLA, Padova, 2008, 143 ss., da cui anche altri passaggi del presente paragrafo. Sul problema evidenziato nel testo, v. in generale W. HARR, *Deregulierung der GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen*, in *ZHR*, 2005 (1), 6 ss.

(11) M. STELLA RICHTER jr., *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1*, Torino, 2004, 165 ss., a 173 (ricordando pure, peraltro, a 170, come talora atto costitutivo e statuto non risultino dotate di un'effettiva autonomia documentale, fra loro rapportandosi, piuttosto, quali distinte sezioni di un unico documento).

La singolarità non sembra però sollecitare soverchi sforzi di adattamento, posto che:

a) non risulta invero impedito all'autonomia statutaria (e men che mai alla *path dependence* dei professionisti che ne agevolino l'espressione) di conformare ancora oggi un atto costitutivo secondo la «classica» partizione atto costitutivo/statuto⁽¹²⁾.

Dovendo però esser chiaro che — dinanzi ad un esplicito enunciato legislativo che letteralmente recita: «l'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico e deve contenere: (...) le norme sul funzionamento della società» — una siffatta partizione non possa più, e in nessun caso, essere intesa come duplicità di documenti autonomi, di cui l'uno sia separato benché allegato al primo e di questo considerato «parte integrante»; potendo tutt'al più, eventualmente, manifestarsi come duplicità di «sezioni» di un documento che sia però unitario e creato per atto pubblico⁽¹³⁾.

Se dunque di «statuto» (di s.r.l.) si vorrà ancora parlare, l'uso del termine — già ieri forse, ma oggi a maggior ragione — non dovrà né potrà

(12) Cfr. M. STELLA RICHTER jr (nt. 4), 19; Id., *Artt. 2326-2328, in Costituzione-Commentari*, a cura di M. NOTARI, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2007, 80; E. LOFFREDO, *La struttura dell'atto costitutivo e il sistema delle clausole*, in AA.VV., *La nuova s.r.l.*, a cura di FARINABDA-RACUGNO-SERRA, Milano, 2004, 11 ss., 16; A. ALESSANDRINI CALISTI, *L'allegazione dello statuto all'atto costitutivo della società a responsabilità limitata*, in *Riv. not.*, 2004, 411 ss., a 422, favorevole alla separata previsione di uno statuto; G. RESCIO, *Sulla natura e sulla forma degli statuti societari* (Studio n. 5557/I destinato alla Commissione studi di impresa del Consiglio Nazionale del Notariato; poi pubblicato in questa *Rivista*, 2005, 783 ss.); G. LAURINI, *Atto costitutivo, statuto e «funzione pubblica»*, in *Notariato*, 2004, 342. In senso contrario a quanto sostenuto nel testo, G. PETRELLI, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, in *Riv. not.*, 2004, 433-466, spec. a 456 ss. (e v. poi, ancora, Id., *Ancora su atto costitutivo e statuto: il contenuto dell'atto pubblico e l'essenza della funzione notarile*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 377), argomentando dall'inapplicabilità in via analogica dell'art. 2328, c.c.; il che non sembra però decisivo, nel senso che la possibilità di un separato statuto sembra legittima anche senza percorrere la via analogica; così come, per converso, neppure decisiva sembrava ieri un'argomentazione che per dimostrare quella possibilità movesse dalla lettera dell'art. 2332, comma 1, n. 5, c.c. (applicabile anche alla società a responsabilità limitata) che, facendo distinto riferimento all'atto costitutivo e allo statuto (riferimento oggi venuto meno) sembrava legittimare l'inserzione anche nel secondo dei dati teoricamente riservati al primo (per una critica a questa argomentazione v. infatti S. TONDO, *Sul possibile rapporto formale fra atto costitutivo e statuto nelle s.p.a.*, Studio n. 5022 del Consiglio nazionale del Notariato, § 4; considerazioni poi riproposte, in sostanza, in Id., *Sul rapporto tra atto costitutivo e statuto nei diversi tipi societari*, in *Vita not.*, 2008, 695 ss.); in senso contrario, si direbbe, anche A. BARTALENA, *L'adeguamento dell'atto costitutivo della s.r.l.*, in *Società*, 2004, 665.

(13) Cfr. nt. 11.

occultare la necessità della sua forma pubblica; costituendo la previsione delle «norme sul funzionamento della società» parte non solo «integrante»⁽¹⁴⁾ dell'atto costitutivo (com'è a dirsi per la s.p.a.) ma, a ben vedere, a tutti gli effetti «integrata» in esso (meglio pensabile, del resto, come unitario strumento contrattuale). Neppure risultando più menzionata, in effetti, la possibilità che uno statuto possa costituire oggetto di «atto separato» allegato all'atto costitutivo di s.r.l.⁽¹⁵⁾. Del quale, unitariamente considerato quale atto pubblico, dovrebbe quindi il rogante dare lettura alle parti (l. not., art. 51, comma 2, n. 8)⁽¹⁶⁾;

(14) È peraltro stato evidenziato (S. TONDO (nt. 12), § 5, pur senza dare, giustamente, soverchia importanza alla novità) come in tema di s.p.a. il nuovo tenore dell'art. 2328 c.c. preveda che lo statuto, «anche se forma oggetto di atto separato», non già «si considera» (come in c.c. 1942 art. 2328/2), bensì «costituisce» [*parte integrante dell'atto costitutivo*], con la maggiore pregnanza che questo diverso stilema dovrebbe comportare (passaggio dal profilo della valutazione a quello dell'essere).

(15) Ma pur senza divieto, come appena detto, di una articolazione documentale (purché tutta partecipi della dimensione dell'atto pubblico) che dia separata evidenza alle norme sul funzionamento della società.

(16) Il condizionale è d'obbligo perché nel diritto vissuto, probabilmente, non accadrà quanto qui suggerito. Il problema, infatti — alimentatosi soprattutto all'interno della classe notarile e gravitante in definitiva sul problema pratico se ancora oggi possa considerarsi dispensabile o meno la lettura dello statuto alle parti (nonché — al limite — se dall'eventuale illegittimità del suo contenuto possa derivare una responsabilità professionale ex art. 28, 138-bis, l. not.) — sembrava aver trovato in quella sede, almeno in un primo momento, una definizione nello Studio del *Consiglio Nazionale del Notariato* n. 4845 (approvato il 25 marzo 2004 e pubblicato su *Il Sole-24 Ore* del 30 marzo 2004, 27, e di cui chi scrive apprende notizia da A. ALESSANDRINI CALISTI (nt. 12), 427 ss.). Studio dal quale emergeva che: 1) lo statuto potrebbe ancora essere dedotto in un documento separato dall'atto costitutivo in senso stretto; 2) la relazione fra atto costitutivo e statuto, che del primo costituisce parte integrante, non consentirebbe però di configurare lo statuto come mero elemento esterno di riferimento, dovendo esso costituire oggetto insieme all'atto costitutivo di un unico atto pubblico (del quale, si sarebbe dovuto concludersi, avrebbe dovuto darsi lettura integrale alle parti). Successivamente, tuttavia, è intervenuta in senso divergente una nuova Delibera del predetto *Consiglio* (del 17 febbraio 2005, n. CNN 06.2-05, da «CNN Notizie» del 28 febbraio 2005). *Revirement* nel quale può leggersi che, pur preso atto «dell'opportunità, valorizzata nell'imminenza dell'entrata in vigore della riforma, di assumere un atteggiamento di cautela di fronte alle menzionate nuove norme, non essendosi escluso, nel precedente studio approvato dal Consiglio Nazionale in data 25 marzo 2004, che le stesse abbiano inciso sullo stesso regime formale dell'atto costitutivo di tali società, limitando la facoltà di allegazione o, quanto meno, condizionandone le modalità», ad un più approfondito esame (derivante dagli Studi, sopracitati, di G.A. Rescio e S. Tondo), deve comunque ritenersi, «alla luce dei principi in tema di *relatio* nei negozi formali, come elaborati dalla dottrina e recepiti dalla giurisprudenza, che lo statuto possa anche essere contenuto in un documento allegato, la cui lettura ad opera del Notaio è rinunciabile dalle parti alla stregua di qualunque allegato dell'atto pubblico, fermo restando che il Notaio nella sua funzione e responsabilità professionale potrà consentire tale rinuncia

b) le eventuali « antinomie statutarie » (contraddizioni fra diverse previsioni dell'atto costitutivo) che dovessero emergere dal contrasto fra « norme relative al funzionamento della società » e restanti previsioni dell'atto costitutivo richiederebbero — come prima della Riforma — uno sforzo interpretativo che si avvalga dei canoni ermeneutici che si ritengono praticabili in questa sede (v. *infra*, § 6); ma non probabilmente (in via estensiva) di quello ora fornito dall'art. 2328, comma 3, c.c., che come noto assegna senz'altro prevalenza alle previsioni dello statuto⁽¹⁷⁾. E ciò perché nel « sistema » della s.p.a. il solco fra atto costitutivo e statuto sembra essersi approfondito nel senso di rendere il primo una sorta di documentazione « storica » della « fondazione » della società⁽¹⁸⁾, ed il secondo il testo destinato a docu-

mentare non solo le iniziali « norme relative al funzionamento della società » (e talora, nella prassi, anche i dati propri dell'atto costitutivo in senso stretto; dunque ripetuti, donde eventuali antinomie) ma anche tutte le successive modificazioni di quanto previsto nell'atto costitutivo in senso lato: come in effetti emerge dalla nuova nomenclatura degli artt. 2436 ss. c.c., dove ora si parla di « modificazioni dello statuto » e non più « dell'atto costitutivo ». Nella società a responsabilità limitata, tutto al contrario, un siffatto « solco » sembra essere stato tendenzialmente ripianato, almeno stando all'impostazione (pur non vincolante secondo quanto poc'anzi precisato, *sub a*) dell'art. 2463 c.c. Il quale configura l'atto costitutivo come un unico contratto, unitario oggetto di eventuali modificazioni (e infatti l'art. 2480 c.c. e la sezione in cui è inserito, si riferiscono alle « modificazioni dell'atto costitutivo », e non già, come per la s.p.a., « dello statuto »⁽¹⁹⁾). E dunque senza che constino particolari ragioni per privilegiare interpretativamente alcune sue previsioni su delle altre. Il che varrà, tendenzialmente, quand'anche i soci abbiano previsto una sezione documentale denominata « statuto » (salvo che risulti una loro implicita volontà di rendere applicabile, per tal via, il criterio fissato dall'art. 2328, comma 3, c.c.). Quel che comunque può confortare, è che la (« suggerita ») eliminazione di una *giustapposizione* fra atto costitutivo e statuto tenderà a eliminare anche eventuali *contrapposizioni* fra le relative previsioni: se le norme relative al funzionamento della società saranno dedotte all'interno di un unitario elenco di clausole, vi saranno infatti minori (ragioni e quindi) probabilità di ripetizioni e contrapposizioni;

c) infine, la tendenziale eliminazione della scansione atto costitutivo/statuto non sembra destituire di fondamento e di utilità conoscitiva la distinzione — a quella parallela — fra « dati » e « regole » statutarie⁽²⁰⁾. I primi destinati a fornire i referenti oggettivi dell'organizzazione societaria (quale sede? quale denominazione? quale capitale? etc.) e a concretizzare le fattispecie delle norme, legali e statutarie, che a quegli elementi fanno

(17) Nel medesimo senso, C. MONTAGNANI, *Commento all'art. 2463*, in *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2005*, n. 6, a cura di A.M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, 17; E. LOFFREDO, *Commento all'art. 2463*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, vol. III (artt. 2449-2510), Napoli, 2004, 1411 ss., 1414; *contra*, invece, F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 226.

(18) In cui tradizionalmente sono contenuti i dati per così dire solo « provvisori » (cfr.

G. RESCIO (nt. 12), §§ 4 e 9; G. BARALIS-P. BOERO (nt. 16), 300); nell'esperienza spagnola, ad esempio, si distingue chiaramente, sulla base dell'art. 12 della *Ley de Sociedades de responsabilidad limitada*, fra *estatutos sociales* e *escritura fundacional* (cfr. R. CABANAS TREJO-R. BONDARELLI LENZANO, *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, coord. da I. ARROYO e J.M. EMBID, Madrid, 1997, 134).

(19) Cfr. anche E. LOFFREDO, *Commento all'art. 2463* (nt. 17), 1419; nel senso qui sostenuto, v. anche G. LAURINI (nt. 12), 342.

(20) Prospettata ne *La « mancanza dell'atto costitutivo » di società per azioni*, Padova, 2000, 153 ss.; ed ora accolta — sembra — anche da U. MORERA, *Gli adeguamenti dell'atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni in materia di s.p.a.* (art. 223-bis, disp. att. c.c.), in *Riv. not.*, 2003, 835 ss., a 836; nonché G. RESCIO (nt. 12), *passim*.

riferimento (ad esempio, le norme sulle operazioni sul capitale, per poter essere applicate, presuppongono che un'indicazione del capitale sia in concreto rintracciabile). Si tratta, all'evidenza, di elementi necessari dell'atto costitutivo⁽²¹⁾, che solo l'autonomia privata può dettare e che la legge non riuscirebbe (mai o quasi) ad integrare.

Le «regole» sono invece elementi statuari aventi struttura (logica) di proposizione normativa, e tipicamente di «norma relativa al funzionamento della società». Norme che l'autonomia privata è ammessa a dettare solo entro gli spazi che la legge le concede, e in quanto con ciò la prima intenda derogare a quanto previsto in via dispositiva (o integrare quanto non previsto) dalla seconda⁽²²⁾. In questo caso si tratterà di previsioni facoltative nell'*an* e libere nel contenuto; benché ciò non significhi che si tratti senz'altro di «libertà illimitata»⁽²³⁾, limiti potendosi rinvenire talvolta nella stessa lettera della legge, talaltra in una sua interpretazione sistematica.

A questa distinzione fra «dati» e «regole» — che per quanto detto si lascia tracciare anche all'interno dell'atto costitutivo della «nuova» società a responsabilità limitata — ci si intende, qui di seguito, attenere.

3. L'elencazione dei «dati» attraverso i quali l'atto costitutivo di società a responsabilità limitata dovrà — a norma l'art. 2463 c.c., e secondo

⁽²¹⁾ Ancor più precisa potrebbe poi risultare una tripartizione, parzialmente innovativa sul piano lessicale, fra: (i) *dati* (generalità dei soci; conferimenti; quote; spese per la costituzione; generalità delle persone alle quali è affidata l'amministrazione ed il controllo); (ii) *scelte* (denominazione, sede, oggetto sociale, capitale); (iii) *regole* (norme relative al funzionamento con particolare riguardo ad amministrazione e rappresentanza). Tripartizione utile per evidenziare che i dati non sono mai materia di modificazione dell'atto costitutivo; mentre lo sono le scelte e le regole: le prime, però, non surrogabili *ex lege*.

⁽²²⁾ Sulla inesistenza di lacune in senso proprio, v. *supra*.

⁽²³⁾ Che «libertà limitata» non debba suonare necessariamente come un ossimoro è del resto stato dimostrato da chi si è occupato *ex professo* del tema (cfr. J. STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, ed. Net, s.l., 2003, 16): così suonerà certo per le libertà (come quella di pensiero ed opinione) il cui esercizio non può di per sé pregiudicare la sfera dei terzi; laddove quest'ultima, altrimenti, si pone come giusto limite per quelle altre libertà il cui esercizio potrebbe danneggiarla. E si *magna licet parvis componere*, nello stesso senso si dirà essersi mosso il nostro legislatore, nell'individuare nella sfera intangibile dei terzi (i quali peraltro, nella società a responsabilità limitata, sempre meno appaiono «assimilabili» alle minoranze, come invece può talora opinarsi rispetto alle s.p.a.) il limite oltre il quale l'ampliamento dell'autonomia statutaria, pur accresciuta nei «rapporti interni», non può legittimamente estendersi: bene, a titolo di mero esempio, si lascia percepire un siffatto discrimine nella nuova disciplina del recesso (soprattutto dalla società a responsabilità limitata), l'ambito di «negoziabilità» delle cui condizioni d'attuazione (pur ampliate) cessa proprio là dove comincia la sfera di intangibilità del capitale sociale a favore dei creditori.

quanto chiarito al § precedente — consentire di identificarne la concreta fisionomia, ripete per larghi tratti quella proposta, in tema di atto costitutivo di società per azioni, dall'art. 2328 c.c.; non sollevando quindi problemi «specifici» della s.r.l.

Questo pare indubbiamente valere, senza tralasciare specificità esclusive della società a responsabilità limitata, per i «dati» elencati dall'art. 2463 c.c., ai nn. 1) («generalità» dei soci; salvo quanto si dirà appresso); 2) (*denominazione*, che ovviamente per la società a responsabilità limitata dovrà contenere l'indicazione di tale tipo⁽²⁴⁾); comune presso il quale è posta la *sede* sociale e le eventuali sedi secondarie); 3) (attività che costituisce l'*oggetto* sociale); 4) (ammontare del *capitale* — per la società a responsabilità limitata non inferiore a diecimila euro — sottoscritto e versato); 9) (importo approssimativo delle *spese* sostenute per la costituzione).

È poi dispensabile (e infatti non compresa nell'elenco), ma comunque lecita, l'indicazione della *durata* della società. La sua indicazione o meno, tuttavia, non resterà del tutto irrilevante, quantomeno ai fini della disciplina del recesso (cfr. art. 2473, comma 2, c.c., cui si rinvia) e configurando comunque la società, anche secondo altre eventuali prospettive, come a tempo indeterminato.

Rispetto a quanto può ritenersi in ordine all'atto costitutivo di società per azioni, sembra poi *in principio* riproponibile, anche rispetto all'atto costitutivo di società a responsabilità limitata, la distinzione fra dati che costituiscono parte *sostanziale* dell'atto costitutivo («scelte»⁽²⁵⁾), e dati che vi appartengono solo *formalmente*, o provvisoriamente⁽²⁶⁾ (tali, paradigmaticamente — almeno nella s.p.a. — quelli relativi all'indicazione delle gene-

⁽²⁴⁾ Né è certo richiesta, per la s.r.l. unipersonale, l'indicazione del nome dell'unico socio all'interno della denominazione, malgrado la prassi notarile si orienti sporadicamente in quest'ultimo senso (M. STELLA RICHTER Jr (nt. 11), 210).

⁽²⁵⁾ Cfr. nt. 21.

⁽²⁶⁾ Distinzione altrove formulata e proposta (K. WINKLER, *Materielle und formelle Bestandteile in Gesellschaftsverträgen und Satzungen und ihre verschiedenen Auswirkungen*, in *DNorZ*, 1969, 403), soprattutto però con riferimento alle «regole» contenute nell'atto costitutivo, nei termini contrapposti di *echte* (o *substantielle*) vs. *unechte* (o *formelle*) *Bestimmungen*. V. in proposito anche G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 6°, Torino, rist. 1994, 9 e 13. Distinzione contigua, ma lievemente eccentrica rispetto a quella qui analizzata, e sempre riguardante in prevalenza le «regole», è poi quella fra clausole *korporative* (ditemmo sociali) vs. *nichtkorporative* (parasociali, diremmo ancora), per cui si veda H.J. PRIESTER, *Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften*, in *DB*, 1979, 681 ss.), nonché, appresso, § 5.

ralità dei soci). Il carattere « inautentico » di tali dati rispetto alla loro apparente valenza statutaria si rifletterebbe — in termini di disciplina — in ciò, che la variazione effettiva, nelle realtà extrastatutaria, di ciò che essi documentano (ad esempio il subentrare di un nuovo socio ad uno uscente), non dovrà riflettersi in una modificazione statutaria, e quindi né richiederà le relative forme, né solleciterà il relativo procedimento. Tanto, anzi, che rispetto alla società per azioni si è pure rilevato — poc'anzi ⁽²⁷⁾ — come la presenza nell'atto costitutivo (in senso lato) di dati che vi appartengano solo formalmente, trovi oggi un più chiaro risalto attraverso i « nuovi » rapporti fra atto costitutivo (in senso stretto) e statuto. Rapporti dai quali, invero, emerge come quei dati, « provvisori », meritino di essere « archiviati » nel solo atto costitutivo in senso stretto — quale documentazione storica della costituzione della società — restando invece fuori dallo statuto. Il cui solo contenuto, in effetti, sarà l'oggetto della disciplina dettata dall'art. 2436 c.c., (inserito in una « sezione » dedicata, non a caso, « modificazioni dello statuto » (e non più — come già rilevato — « modificazioni dell'atto costitutivo »).

Ebbene, se tutto questo discorso — si diceva — sembra *in principio* riproponibile anche in tema di società a responsabilità limitata, vero è anche, però, che rispetto a questa sarà tutt'altro che scontato — a seconda di come in concreto l'atto costitutivo venga configurato — che debbano ritenersi come « inautenticamente » statutarî quei dati che nella s.p.a. sono normalmente classificati come tali. Così, innanzitutto, per l'indicazione della *persona* dei soci ⁽²⁸⁾ o degli amministratori ⁽²⁹⁾: nel tipo della s.p.a. trattandosi di referente essenzialmente variabile a prescindere dalla indicazione dell'atto costitutivo; nel tipo della società a responsabilità limitata, invece, non potendo affatto escludersi che a quella indicazione si sia voluto accordare rilievo statutario a tutti gli effetti (così esprimendosi implicitamente, nell'indicazione del dato, una regola sul funzionamento della società) ⁽³⁰⁾. Nella società a responsabilità limitata si tratterà, allora, di valu-

⁽²⁷⁾ Cfr. nt. 18 e testo corrispondente.

⁽²⁸⁾ Con riferimento alla s.p.a., v. ad es. M. STELLA RICHTER jr (nt. 11), 204.

⁽²⁹⁾ Sull'ammissibilità della perpetuità dell'incarico amministrativo anche prima della riforma, v. comunque G. SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, nel *Commentario al codice civile*³ a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1984, 231; Cass., 21 marzo 2000, *Foro it.*, 2001, I, 2329, con nota di M. BRAGANTINI; e v. ora cfr. anche E. LOFFREDO (nt. 12), 37.

⁽³⁰⁾ Questo esempio dimostra come vi siano in realtà delle previsioni statutarie che saranno « autenticamente » o « inautenticamente » statutarie non di per sé, ma per il rilievo loro accordato dall'autonomia statutaria (cfr. C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2^{aa}, To-

tare caso per caso. Verosimilmente, può ipotizzarsi che vi sarà convergenza fra la scelta di dotarsi — come pure sembra essere consentito (v. *supra*) — di un atto costitutivo articolato in atto costitutivo in senso stretto e statuto, e la scelta di indicare solo nel primo i dati « provvisori », « inautentici ». Convergenza, in definitiva, che denuncerà il proposito dei fondatori di plasmare quella società a responsabilità limitata sul modello corporativo tipico della società azionaria.

Quando invece l'autonomia statutaria si sia orientata in senso opposto, intendendo cioè attribuire risalto « autenticamente » statutario, organizzativo, all'indicazione della persona dei soci o degli amministratori ⁽³¹⁾, ecco allora che queste « scelte » — previste ai nn. 1 e 8 dell'art. 2463 c.c. — mar-

rino, 1994, 101 ss., a 189 ss.; Id., *Le basi contrattuali della società per azioni*, in G.B. FERRI-ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, 300 ss., a 336, nt. 101. Così, ad esempio, per la previsione di taluni profili del rapporto di servizio degli amministratori (a loro volta compromettibili o meno proprio sulla base di tale diverso rilievo, ex art. 34, d.lgs. 5/2003, qui appresso ricordato); ovvero anche — si direbbe — rispetto alla clausola compromissoria, pur espressamente prevista, ora (dall'art. 34 del d.lgs. 5/2003) come « vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto di controversia », nonché, eventualmente, per amministratori, sindaci e liquidatori, se essi l'abbiano accettata: nel senso, che — pur con ciò eliminato ogni dubbio sulla sua possibile rilevanza sociale (autenticamente statutaria), che anzi diviene la regola — non sembra che una tale rilevanza debba ritenersi ora persino necessaria, e cioè che i soci non possano accordarle — più o meno espressamente — un rilievo diverso, ad esempio riferendone l'ambito oggettivo anche a questioni non direttamente connesse col rapporto sociale, o prevedendo espressamente, in deroga al predetto art. 34, u. co., che la loro modificazione o soppressione debba essere convenuta all'unanimità (proprio perché ritenuta di rilievo parasociale). Sulla questione, con riferimento sia al diritto previgente che a quello riformato, cfr. M. STELLA RICHTER jr (nt. 11), 291 ss. e 317 ss.

⁽³¹⁾ Quest'ultima indicazione non potendo poi — se munita di rilievo statutario — essere considerata separatamente dalla prospettiva dei diritti particolari attribuiti a singoli soci a norma dell'art. 2468 c.c. Dubbio è infatti che una consimile indicazione, siccome autenticamente statutaria, possa essere riferita a chi socio non sia, e quindi al di là di quanto consentito dal citato art. 2468 c.c. Il medesimo dubbio investirà allora, anche, l'indicazione degli « eventuali soggetti incaricati del controllo contabile », almeno se pensati come terzi: cfr. in proposito nt. 80 allorché si verificherà la possibilità di riconoscere statutariamente diritti a favore di terzi. Per ragioni diverse, però, dovrebbe dubitarsi che possa, con rilievo autenticamente statutario, attribuirsi il controllo contabile a soci (al di là di quanto possa ritenersi loro già spettante *ex lege* sulla base dell'art. 2476 c.c.; v'è infatti chi dubita che tale controllo possa comunque rientrare nel diritto — da tale articolo riconosciuto — di « consultare ... i documenti relativi all'amministrazione »). Ciò essenzialmente nella misura in cui con ciò volesse loro riconoscersi una sorta di investitura a « sindaco a vita », forse incompatibile con l'applicabilità al collegio sindacale di società a responsabilità limitata delle norme in tema di società per azioni (dove i sindaci si avvicendano per nomina periodica). Resta forse lo spiraglio, in senso opposto, della possibilità che l'atto costitutivo demandi espressamente il controllo contabile a figura diverse dal collegio sindacale.

cheranno ovviamente una differenza rispetto a quanto si ritiene solitamente per i corrispondenti « dati » previsti dall'art. 2328 c.c.

4. Specifica considerazione, quanto alla società a responsabilità limitata, merita poi l'indicazione relativa alla « quota di partecipazione di ciascun socio » (art. 2463, n. 6, c.c.).

Non solo, ovviamente, per l'evidente eterogeneità, di rilievo anche tipologico, rispetto alla partecipazione azionaria; e non solo, d'altra parte, in quanto essa possa « comprendere » — o comunque essere « collegata » a (la differenza fra le due descrizioni rivelandosi, essenzialmente, allorché ci si confrontasse con le dinamiche circolatorie della quota) — dei « diritti sociali » riconosciuti individualmente a singoli soci in misura *non proporzionale* alla partecipazione stessa (profilo, questo, non ulteriormente approfondibile). Ma anche ci si deve soffermare (per restare aderenti alla prospettiva qui prescelta, e perciò limitandosi a considerare la « quota » solo quale « dato » dell'atto costitutivo) su come la « quota di partecipazione » debba essere concretamente indicata.

A questo riguardo pare utile muovere da questi tre rilievi:

i) la quota riconosciuta a ciascun socio può non essere *proporzionale* al conferimento da lui effettuato, o per meglio dire *al rapporto* fra il valore di quel conferimento e il capitale nominale (art. 2468, comma secondo, secondo periodo, c.c.; e non a caso non si parla più di « quota di conferimento », bensì di « quota di partecipazione »⁽³²⁾);

ii) ben potrebbe darsi (come poc'anzi rilevato) l'attribuzione ad uno o più soci di diritti in misura *non proporzionale* (non al valore del conferimento del soci, bensì) alla quota detenuta (art. 2468, comma 3 c.c.);

iii) « in tutti i casi di riduzione del capitale per perdite è esclusa ogni modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci » (art. 2482-*quater* c.c.): risultando quindi le quote insensibili al (o comunque capaci di non risentire del) variare del capitale nominale.

Ebbene, se su tutto ciò ben si rifletta, interrogandosi allora su come tali rapporti potrebbero risultare stabilmente espressi anche al concorrere di una o più delle tre predette variabili, pare che l'indicazione della quota dovrebbe correttamente esprimersi in termini di *proporzione* (1/3, 3/5, etc.) o, più agevolmente, di *percentuale* (33,3%; 60%; etc.).

E *non* invece (come pure potrebbe ritenersi per analogia con la s.p.a. — almeno in quanto dotata di azioni con valore nominale — o con quanto

⁽³²⁾ E. LOFFREDO, *La struttura* (nt. 12), 32.

si faceva sino a prima della Riforma del 2003) indicando la quota *in termini di valore nominale o di parità contabile* rispetto al capitale⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾. Si potrebbe dire, sia pure con un qualche azzardo descrittivo, che la nuova quota di partecipazione sia ormai pensabile come una « quota senza valore nominale », *ad instar* delle consimili partecipazioni previste dal diritto azionario (ma per i soli profili qui considerati, quelli della rappresentazione statutaria).

Un'ultima considerazione — quanto alle specificità delle indicazioni contenute nell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata (rispetto alla parallela disciplina della s.p.a.) — riguarda *i conferimenti*.

Una prima asimmetria emerge dal confronto letterale degli artt. 2463 e 2328 c.c., laddove può notarsi che il primo (al n. 5) richiede l'indicazione de « i conferimenti di ciascun socio e il valore attribuito [ai] crediti e ai beni conferiti in natura », mentre il secondo (al n. 6) si limita a prevedere l'indicazione del « valore attribuito [ai] crediti e ai beni conferiti in natura ».

L'asimmetria (l'art. 2328 c.c. non richiede espressamente l'indicazione dei « conferimenti di ciascun socio ») non appare però notevole, ed è forse frutto di mera casualità, almeno se riferita ai conferimenti *in denaro*. L'indicazione dei quali — malgrado il riferimento ai soli conferimenti di crediti e di beni in natura contenuto nell'art. 2328, n. 6, c.c. — sarà necessaria anche nell'atto costitutivo di società per azioni (e cfr. d'altra parte l'art. 2332, comma 1, n. 3, c.c.); supplendo altrimenti — a scanso di dubbi — l'indicazione della frazione di capitale sottoscritta unitamente alla presunzione di cui all'art. 2342, comma 1, c.c. (identica, del resto, a quella posta per la società a responsabilità limitata dall'art. 2463, comma 3, c.c.): « se nell'atto costitutivo non è previsto diversamente, il conferimento deve farsi in denaro »⁽³⁵⁾.

Discorso più complesso — almeno in principio — va fatto invece con riferimento alla eventuale indicazione, nell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata, dei conferimenti « d'opera ».

⁽³³⁾ Benché non sia decisivo nel senso della soluzione qui propugnata, certo vi concorda il dato normativo per cui non risulta più richiesta — oggi a differenza di ieri — l'espressione della quota in termini monetari: né minimi, né unitari (cfr. art. 2474 c.c., previgente versione).

⁽³⁴⁾ Certo, ciò facendo non sarebbe del tutto precluso a chi legga l'atto costitutivo di risalire alla proporzione o alla percentuale cui fare riferimento per orientarsi rispetto alle eventualità sopra segnalate; ma è evidente che — ciononostante — non si sarebbe seguito il percorso più lineare.

⁽³⁵⁾ Se poi neppure l'ammontare, oltre che l'oggetto del conferimento, fosse determinato o determinabile, si integrerebbe la fattispecie prevista dall'art. 2332, comma 1, n. 3, c.c.

Ora, pur tentando — anche a questo riguardo — di limitarsi a considerare il solo profilo della loro documentazione (cioè se, ed eventualmente come, essi vadano indicati nell'atto costitutivo), non sembra che una risposta definitiva al riguardo possa del tutto prescindere dalle convinzioni che, al vertice, si raggiungano su questo complesso e un po' enigmatico profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata. E neppure, d'altra parte, parrebbe conclusiva una risposta che ancora non si sia confrontata con il contenuto dell'emanando (se mai emanato sarà) decreto ministeriale che dovrebbe fissare i requisiti delle polizze assicurative e delle fideiussioni bancarie previste dall'art. 2464, comma 5, c.c. (in materia di conferimenti in denaro), tanto più se si opini che a quello stesso decreto faccia implicitamente riferimento anche il qui considerato comma 6 (in tema di « conferimenti d'opera ») ⁽³⁶⁾.

Quel che comunque potrebbe rilevarsi, nella pur circoscritta prospettiva qui coltivata, è che — considerando nel complesso i pertinenti enunciati normativi e pur a prescindere da nette opzioni ermeneutiche — apparirà senz'altro *opportuno*:

- a) descrivere analiticamente l'opera promessa e la sua durata;
- b) indicare il valore ad essa attribuito, almeno ai fini e nei limiti della « copertura » del capitale;
- c) indicare gli estremi identificativi della polizza assicurativa o della fideiussione bancaria stipulate — per quel valore e per quella durata — a garanzia dell'adempimento della promessa (nonché allegare all'atto costitutivo la relativa documentazione, anche in copia);
- d) indicare — eventualmente — la facoltà del socio di sostituire la polizza o la fideiussione con il versamento di un'equivalente cauzione in denaro;

⁽³⁶⁾ Si tratta però di dibattito tanto aperto, quanto ambigua è la previsione codicistica (per un'accurata rassegna delle opinioni, v. P. MENTI, *Socio d'opera e conferimento del valore nella s.r.l.*, Milano, 2006, 204 ss.). Un indizio in senso affermativo potrebbe forse trarsi dalla lettera dell'ultimo comma dell'art. 2466, che sembra riferirsi a « la polizza assicurativa o la fideiussione bancaria prestate ai sensi dell'art. 2464 » senza distinguere fra quelle previste dal terzo o dal quinto comma (in senso contrario v. però C. CINCONI, *La nuova disciplina dei conferimenti nella s.r.l.*, in *Società*, 2003, 1581 ss., a 1588). In pratica, comunque, è verosimile che il dubbio verrà definitivamente risolto (con buona pace del rango delle fonti normative) dal decreto stesso, col riferirsi o meno anche alle polizze e alle fideiussioni previste dal comma 6. Che ogni soluzione in materia risulterà fortemente condizionata dal contenuto del decreto ministeriale venturo, e che quindi, nell'attesa, ogni discorso sia condannato alla provvisorietà e all'incertezza, è opinione anche di chi (G. FERRI jr, *Il conferimento documentario*, in *Riv. not.* 2002, 1367 ss.) già si era occupato del precedente normativo della disciplina qui considerata (l'art. l. 383/2001).

e) redigere e poi allegare una stima dell'opera promessa a norma dell'art. 2465 c.c. (dubbio restando, peraltro, se ciò — oltre che « opportuno », secondo quanto si va a dire — sia anche necessario).

Tutto ciò premesso nel segno del realismo e dell'opportunità ⁽³⁷⁾, va pur detto che se da tale piano volesse poi trascorrersi a quello della *necessità* delle indicazioni (ed allegazioni) statutarie secondo il modello normativo, allora le conclusioni sopra indicate apparirebbero ben più incerte, soprattutto quanto alla necessità o meno di sottoporre a stima o meno i « conferimenti d'opera ». Nella prospettiva meramente « documentale » in cui qui ci si colloca, e stando almeno ad un'interpretazione letterale della legge, non potrebbe allora farsi a meno di rilevare, innanzitutto, che:

i') l'art. 2463 c.c. richiede l'indicazione del valore attribuito ai crediti e ai beni conferiti in natura, *ma non* quello attribuito alle opere o servizi « promessi » (e tantomeno si richiede, né in tale sede né altrove, una loro stima da allegare all'atto costitutivo). Un « silenzio » della legge, questo, che oramai — come può dirsi per molti altri aspetti della riforma ⁽³⁸⁾ — non è forse più sostenibile interpretare quale mera svista o dimenticanza del legislatore storico, dopo ben tre interventi correttivi nell'arco di tre anni di riflessioni e di acceso dibattito;

ii') l'art. 2464, comma 6, c.c., prevede, al riguardo, che il conferimento possa « anche avvenire *mediante la prestazione di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria* con cui vengono garantiti, *per l'intero valore* ad essi assegnato, gli obblighi assunti dal socio... ».

Ne emerge così, da un lato, la sensazione — di per sé, però, affatto incoerente con la sostanza negoziale del conferimento e del resto con lo stesso proposito del legislatore, e quindi probabilmente fuorviante — che siano la polizza o la fideiussione, e non l'opera o il servizio promesso, a costituire oggetto del conferimento ⁽³⁹⁾; oppure la sensazione — per meglio e

⁽³⁷⁾ Anche alla luce delle indicazioni dei professionisti che gli atti costitutivi confezionano: cfr. nt. 56.

⁽³⁸⁾ P. MENTI (nt. 36), 139 e 158, ed infatti negando l'obbligo di procedere alla stima, 152 ss.; C. MONTAGNANI, *Riflessioni in tema di conferimenti in natura nelle s.r.l.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 177 ss., a 178; la quale peraltro, con riferimento al punto qui trattato, si esprime a favore della necessità dell'indicazione, richiesta del resto anche per i tipi personalistici ove tradizionalmente la maggiore libertà nella selezione delle utilità conferibili: EAD., *La fattispecie costitutiva*, in AA.VV., *La nuova disciplina* (nt. 7), 32. Contro la necessità di una stima, anche per quanto si dirà oltre, v. anche G.B. PORTALE, *Profili dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1670; E. GINEVRA, *Conferimenti e formazione del capitale sociale nella costituzione della s.r.l.*, in questa *Rivista*, 2007, 102 ss., a 142.

⁽³⁹⁾ A. BASSI-V. BUONOCORE-S. PESCATORE, *La riforma del diritto societario*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2003; ipotizzano un tale significato, ma poi respingendolo recisamente,

più coerentemente dire — che quantomeno esse risultino il referente esclusivo del valore del credito (verso il socio) « imputato » a capitale⁽⁴⁰⁾. Profilandosi allora, d'altro lato, la prospettiva interpretativa secondo cui, se oggetto del conferimento dovrà ritenersi l'opera promessa⁽⁴¹⁾, d'altra parte oggetto della « garanzia » non sarà tanto la (esecuzione della) prestazione in sé⁽⁴²⁾, cioè il suo adempimento, quanto piuttosto (l'acquisizione de) il suo valore; e non già, poi, di quello obbiettivamente stimato o da stimarsi, quanto piuttosto di quello convenzionalmente indicato (nell'atto costitutivo e parallelamente) nella polizza o fideiussione stessa, e per ciò soltanto iscrivibile all'attivo (« ... con cui vengono garantiti, per l'intero valore ad essi assegnato... »)⁽⁴³⁾.

G.B. PORTALE (nt. 38), 1669; M. CASSOTTANA (-M. POLLIO), *I conferimenti di servizi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2003, 373.

⁽⁴⁰⁾ Pensare alla polizza o alla fideiussione come oggetto del conferimento non solo risulterebbe, in effetti, incoerente, nonché con l'intento negoziale delle parti, con la stessa « fisiologia » dell'istituto (essere il conferimento normalmente eseguito mediante la prestazione dell'opera, e non attraverso la realizzazione del suo valore nel caso di inadempimento; occorrerebbe altrimenti ipotizzare « un'attribuzione alternativa, a titolo di conferimento, senza attribuzione della facoltà di scelta né all'attribuente, né all'attributario »: così P. SPADA, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, studio n. 127-2006/1 per il Consiglio Nazionale del Notariato, sul sito <http://www.notariato.it>), ma costringerebbe poi a forzare la qualificazione di un siffatto conferimento come in natura (siccome non in contanti, secondo la II direttiva; si tratterebbe in particolare di conferimento di credito) o addirittura « di garanzia » (cfr. G. OLIVIERI, *Capitale sociale e conferimenti nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2002, 303 ss., a 304).

⁽⁴¹⁾ Cfr. G. OLIVIERI, *Investimenti e finanziamenti nelle società di capitali*, Torino, 2008, 67 ss.; M. MIOLA, in questa *Rivista*, 2004, 657 ss., 707; L. DE ANGELIS, *Alcune questioni sul « capitale assicurato » nelle s.r.l.*, in *Banca borsa*, 2004, I, 310; L. SALVATORE, *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 230; E. GINEVRA (nt. 38), 140. Per una critica alla « teorica del valore », secondo la quale sarebbe il valore della prestazione d'industria a costituire oggetto del conferimento, v. da ultimo la bella monografia di M. ONZA, *L'apporto d'opera e servizi nelle società di capitali. Strutture e funzioni*, Padova, 2008, 177 ss.

⁽⁴²⁾ In questo senso, anche se in una prospettiva piuttosto vicina a quella qui adottata, M. CASSOTTANA-M. POLLIO (nt. 39), 375: per cui la garanzia equivale ad una cauzione, ma attiene solo (e quindi non è dovuta se avviene) l'adempimento degli obblighi assunti dal socio; G. OLIVIERI nt. (41), 60 ss.

⁽⁴³⁾ G. FERRI jr. (nt. 36), 1367 ss.; nonché — se ben intendo — E. GINEVRA (nt. 38), 140. Ancor più « spinta » rispetto alla prospettiva qui accolta, anche se negli esiti non dissimile (cfr. nt. 49), pare poi la tesi di chi ravvisi nel valore dell'opera, e non tanto nell'opera in sé, il vero oggetto del conferimento: cfr. G.B. PORTALE, *Osservazioni sullo schena di decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 711 ss., a 713; cui aderisce con ampie argomentazioni P. MENTI (nt. 36), *passim*. Nella prospettiva qui accolta, comunque, non sarebbe quindi, formal-

Una simile ricostruzione certo consentirebbe di ritenere « coperto » non soltanto (1) il rischio dell'inadempimento imputabile al socio; ma anche (2) quello dell'inadempimento per impossibilità sopravvenuta non imputabile al medesimo socio (ad esempio, la sopravvenuta inidoneità fisiopsichica del prestatore, ovvero — a seconda dei casi — la messa in liquidazione della società, oppure il mutamento dell'oggetto sociale, etc.); nonché, soprattutto, (3) quello che altrimenti (cioè secondo altra ipotesi ricostruttiva, che fra breve sarà ricordata) apparirebbe — sia pure paradossalmente — il rischio maggiore del nuovo congegno normativo, e che potrebbe definirsi, un po' provocatoriamente, come « rischio di adempimento »: vale a dire l'eventualità che, a seguito di una sovrastima convenzionale del « conferimento d'opera », la sua esecuzione da un lato si traduca, inevitabilmente, nella mancata acquisizione al patrimonio sociale di un ricavo (o risparmio di costo⁽⁴⁴⁾) equivalente, e quindi in una perdita, e dall'altro lato

mente, il valore garantito dalla polizza o dalla fideiussione ad essere iscritto all'attivo — ciò che sarebbe incoerente con l'art. 7 della II direttiva comunitaria e che forse varrebbe anche nell'ambito della s.r.l. (cfr. M. CASSOTTANA-M. POLLIO (nt. 39), 373) — ma il valore del conferimento; solo che questo, o meglio la sua effettiva acquisizione secondo quanto si sta per dire, sarebbe garantito dalla polizza o dalla fideiussione. In prospettiva parzialmente diversa, ma ancora esiti non dissimili — se non vedo male — da quelli appresso rappresentati, perviene da ultimo M. ONZA, (nt. 41), 190 ss.: il quale, accogliendo la teorica (anche qui condivisa) secondo la quale oggetto del conferimento sarebbe la prestazione — ma per evitare poi il corollario secondo cui, allora, mentre il mancato raggiungimento del valore assegnato per causa imputabile al socio (inadempimento) consentirebbe l'escussione della garanzia, questa non potrebbe operare laddove la prestazione promessa fosse correttamente eseguita, e nondimeno il valore non fosse raggiunto (erronea stima o erroneo conteggio) — formula l'ipotesi ricostruttiva secondo la quale, in realtà, il conferimento d'industria andrebbe considerato quale vera e propria obbligazione di risultato: l'obbligazione cioè di eseguire l'opera ma anche, per mezzo di essa, di assicurare il raggiungimento del valore promesso; con la conseguenza che la mancata acquisizione del valore rileverebbe quale inadempimento in senso tecnico; in questa prospettiva, allora, potendosi a buon diritto procedere all'escussione della garanzia. Pare però a chi scrive che questa ipotesi finisca con il coincidere, in definitiva, con quella dell'erroneo conteggio o dell'erronea stima (: la prestazione, pur regolarmente eseguita, non si traduce nell'acquisizione del « predeterminato » valore convenuto); e che quindi consentire l'escussione della garanzia anche in tale ipotesi (come anche qui si ritiene preferibile, v. *infra*) equivalga a dire che la garanzia, in ultima analisi, non si limita ad assicurare la prestazione in sé, ma copre in realtà anche il rischio che il valore predeterminato, pur in caso di regolare adempimento della prestazione o di suo inadempimento scusabile, non venga comunque incamerato (« assicura » insomma — come detto nel testo — « l'acquisizione del valore »; rivelandosi allora una vera e propria *Deckungszusage*).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. M. CASSOTTANA-M. POLLIO (nt. 39), 376: « la prestazione in parola non è, bilancisticamente parlando, un elemento dell'attivo (...) ma un costo (da imputare al conto economico) con conseguente debito verso il socio (e quindi, un elemento del passivo). Detta prestazione, tuttavia, rientra tra le opere conferibili in quanto l'entità suscettibile di valutazione

impedisca — in mancanza della condizione legittimante — di « escutere » la garanzia della banca o della compagnia assicurativa ⁽⁴⁵⁾.

Se invece si intendesse quale oggetto della garanzia ⁽⁴⁶⁾ l'acquisizione del valore (e non l'adempimento della prestazione in sé), il cui difetto emergesse via via dalla minusvalenza provocata dal progressivo ammortamento del credito da prestazione d'opera (e dal relativo costo registrato nel conto economico, non compensato da corrispondenti ricavi) ⁽⁴⁷⁾, non si sarebbe puramente e semplicemente costretti a prendere atto di una siffatta perdita ⁽⁴⁸⁾ (forse troppo tardi, e al limite anche troppo repentinamente, per

è la prestazione, mentre l'elemento dell'attivo è rappresentato dal credito che la società vanta verso il conferente per il valore dell'apporto»; M.S. SPOLIDORO, *Conferimenti e strumenti partecipativi nella riforma delle società di capitali*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2003, I, 205 ss., 213 (nonché ne *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di E. M. RESCIGNO e A. SCIARRONE ALIBRANDI, Milano, 2004, 32 ss.); v. anche G. OLIVIERI (nt. 41), 61. Una siffatta interpretazione risulta peraltro confermata dalla qualificazione come costo fiscalmente deducibile dalla società conferitaria, secondo quanto stabilito dalla cd. Commissione Gallo incaricata di studiare l'impatto della riforma societaria in ambito tributario: « detto conferimento dovrebbe dar luogo, per la società, ad un costo suscettibile di deduzione (allorché saranno ricevute dalla società stessa le prestazioni promesse e utilizzate nella attività d'impresa) e, per il prestatore d'opera, ad un capitale di rischio suscettibile di restituzione al termine del rapporto sociale, in aggiunta alla partecipazione agli utili correnti. Con riferimento alla società conferitaria, il costo per le prestazioni d'opera e servizi ricevute è deducibile secondo l'ordinario principio della competenza di cui all'articolo 109, comma 2, lettera b), del T.U.I.R. in base al quale « le spese di acquisizione dei servizi si considerano sostenute, alla data in cui le prestazioni sono ultimate, ovvero, per quelle dipendenti da contratti di locazione, mutuo, assicurazione e altri contratti da cui derivano corrispettivi periodici, alla data di maturazione dei corrispettivi ».

⁽⁴⁵⁾ Cfr. G. OLIVIERI (nt. 40), 303 ss., che proprio in ragione di tale assunto esclude che la polizza o la di fideiussione possano equivalere sotto il profilo funzionale ad un credito in moneta bancaria.

⁽⁴⁶⁾ E lo stesso dovrà dirsi, per simmetria funzionale, anche rispetto alla cauzione che potrebbe surrogarla. In ragione di detta simmetria sembra anzi che, quale che fosse l'interpretazione proposta con riguardo alla funzione della polizza fideiussoria o della fideiussione bancaria ex art. 2464, comma 5, c.c., una siffatta interpretazione dovrebbe estendersi anche alla cauzione considerata dalla medesima disposizione.

⁽⁴⁷⁾ Sarebbe onere degli amministratori, infatti, verificare non solo l'effettivo ed integrale adempimento dell'opera, ma anche quello di rappresentarne il valore (come costo, corrispondente alle fatture e/o ricevute presentate dal socio) nel conto economico, e corrispondentemente ammortare la posta attiva rappresentata dal credito di prestazione, man mano che questa risulti eseguita.

⁽⁴⁸⁾ È infatti questa la soluzione a cui, correttamente, addivene M.S. SPOLIDORO, *Gli acquisti pericolosi*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, I^{***}, Torino, 2004, 679 ss., a 696) nel chiarire perché le opere o i servizi non debbano ritenersi, in via estensiva, compresi fra gli acquisti pericolosi nella s.p.a. di cui all'art. 2343-bis c.c., malgrado spesso si sia indotti a concludere in senso opposto, argomentando a fortiori

di creditori) con le relative conseguenze (riduzione del capitale ed eventuale liquidazione — nonché insolvenza — della società, al limite già nel primo esercizio). Al contrario, e con tutela effettiva di chi abbia fatto affidamento sulla consistenza del capitale coperto, al limite anche integralmente, dai crediti verso i soci d'opera, si finirebbe col configurare una sorta di *Differenzhaftung* — o forse, meglio, una vera e propria *Deckungszusage* — della banca o della compagnia assicurativa ⁽⁴⁹⁾ (e quindi la pratica certezza dell'acquisizione del corrispondente valore in moneta bancaria).

dal rilievo che tali « acquisti » sarebbero ancor più pericolosi di quelli di beni in natura (in senso opposto si pronuncia così, ad es. P. MENT (nt. 36), 170, ove anche ulteriori riferimenti). Si direbbe anzi che proprio il dibattito su tale questione (quella del perché l'opera o i servizi non siano compresi fra gli acquisti pericolosi), già presente nel nostro ordinamento e già affrontata a livello comunitario, possa soccorrere per risolvere il problema qui esaminato (relativo alla conferibilità di opere o servizi avvalendosi della polizza assicurativa o della fideiussione bancaria), tanto inedito in Italia quanto privo di utili riferimenti comparatistici al di fuori della nostra esperienza (cfr. G.B. PORTALE (nt. 38), 1668 ss.). Insomma, se le opere o i servizi non rientrano tra i cd. « acquisti pericolosi », ci sarà evidentemente una ragione, e sarà verosimilmente la stessa che ne giustifica quella diversità dai conferimenti in natura che porta ad escluderne anche la stima richiesta per questi ultimi dall'art. 2463 c.c.

Rileva dunque lo Spolidoro che, nella prospettiva dell'art. 2343-bis c.c., il problema dell'acquisto di opere o servizi neppure si porrebbe qualora non si procedesse alla « capitalizzazione (del costo sopportato per l'acquisto del servizio)»; laddove — ed è l'ipotesi più pertinente al problema affrontato in queste pagine — in caso di capitalizzazione vi sarebbe sì il « rischio di scoperta del capitale », ma « se il costo del servizio in questione è passato [d]al conto economico e non è compensato da adeguati ricavi, è per definizione certo che la perdita d'esercizio non può essere occultata dalla capitalizzazione. In tal caso soccorrerebbero le regole specifiche sul mantenimento e la reintegrazione del capitale, senza che debba mettersi sempre in movimento la pesante macchina della congruità dei corrispettivi ». A tale corretta conclusione, che in principio, e salve innegabili difficoltà contabili, si direbbe riferibile anche al conferimento d'opera o servizi nella nuova s.r.l., si aggiunga poi, come rilevato nel testo, che secondo il meccanismo dell'art. 2464 c.c. l'*extrema ratio* della riduzione del capitale, segnalata dallo Spolidoro, verrebbe invece evitata proprio mediante la copertura dell'eventuale perdita attraverso il meccanismo della polizza o della fideiussione.

⁽⁴⁹⁾ A tutela della medesima esigenza di effettività — ma secondo l'impostazione diversa da quella qui accolta per cui oggetto del conferimento del socio sarebbe il « valore » assegnato all'opera, e non l'opera in sé — si esprima chi una tale *Differenzhaftung* (o, a seconda delle impostazioni, una promessa di copertura, cd. *Deckungszusage*) addebiterebbe direttamente al socio, benché poi accollata — con esiti quindi non dissimili da quelli qui proposti — dalla banca o dalla compagnia assicurativa: v. G.B. PORTALE (nt. 38), 1670, ove appunto si ipotizza una « Differenzhaftung » che comporta « l'obbligo del socio d'integrare in denaro la minusvalenza dell'apporto (indipendentemente dalla causa che l'ha prodotta) rispetto al valore nominale della quota sottoscritta »; nonché, precedentemente, Ib. (nt. 43), 713: « il vero conferimento ... è costituito ... dal loro valore, di talché, sia in caso di sottovalutazione, sia nel caso di impossibilità, originaria o sopravvenuta, della prestazione, resta ugualmente escu-

Nella medesima direzione interpretativa (essere « coperto » il valore della prestazione promessa, adempiuta o inadempita che sia: ed in tale prospettiva si giustificerebbe anche l'equivalenza funzionale della polizza o della fideiussione con l'alternativa della *cauzione* in denaro), risulterebbe poi azzerato anche l'interrogativo se con riferimento ai cd. « conferimenti d'opera » possa ritenersi sussistere o non quella integrale liberazione dei conferimenti che condizionerebbe un eventuale e successivo aumento di capitale ⁽⁵⁰⁾.

Non può nascondersi tuttavia che una simile ricostruzione, pur « virtuosa » per gli aspetti appena considerati, tecnicamente risulterebbe di non semplice attuazione, postulando che si riuscisse ad isolare contabilmente quanta parte delle perdite risultanti nell'esercizio siano imputabili all'eccessivo costo, rispetto a quello di mercato, sostenuto per (ammortizzare il credito relativo a) l'opera prestata dal socio. La praticabilità della soluzione, insomma, transiterebbe per una sorta di stima *ex post* ⁽⁵¹⁾ commessa agli amministratori, che dovrebbero accertare, sotto la propria responsabilità, il reale valore della prestazione conseguita ed eventual-

mente, se questo fosse minore del costo dell'ammortamento, richiedere la differenza al garante.

La rilevanza statutaria e bilancistica del valore « garantito » esclusivamente nella misura convenzionalmente determinata ai fini dell'assunzione della *Differenzhaftung* da parte della banca o della compagnia assicurativa, l'essere insomma quel valore virtualmente già « presente » quale moneta bancaria (o « assicurativa »), indurrebbe allora ad accantonare qualunque discorso relativo alla stima della prestazione promessa. Secondo quanto appena rilevato, e senza allora ampliare la portata dell'art. 2465, comma 1, n. 5, c.c., di una stima non vi sarebbe infatti alcun bisogno, posto che il valore imputato a capitale sarebbe già acquisito in quanto realizzabile ogniqualvolta l'inadempimento o anche l'adempimento del socio non si traducesse — a valori di libro — nel valore assegnatogli. Il che, peraltro, guardando alla « sostanza delle cose », comporterebbe pure che una « stima » preventiva, di fatto, vi sarebbe lo stesso. Soltanto che, per così dire, risulterebbe dislocata all'esterno del procedimento costitutivo della società, e commessa alla banca o alla compagnia assicurativa (certo non meno affidabili, in questa prospettiva, del revisore nominato dallo stesso socio per il suo eventuale conferimento in natura!). Le quali — in virtù del debito di valore assunto — non potrebbero limitarsi a valutare il solo rischio di inadempimento del socio (il che consentirebbe loro di disinteressarsi, in definitiva, del reale valore della prestazione promessa, e di valutare soltanto il rischio di inadempimento del socio, quale che sia il valore effettivo della sua prestazione); ma sarebbero tenute, anche e soprattutto, a stimare, nel proprio interesse, se la prestazione promessa equivalga al valore « coperto » (con la certezza allora che l'adempimento di quella prestazione le libererebbe da ogni garanzia).

tibile la garanzia personale»; aderisce a questa tesi, con ampie argomentazioni, P. MENZI (nt. 36), 29 ss.

⁽⁵⁰⁾ L'interrogativo riguardando, in estrema sintesi, il dilemma se la liberazione coincida con l'esecuzione, ovvero con attribuzione, opponibile e tutelabile, della situazione giuridica attiva nei confronti del socio (cfr. M. ONZA (nt. 41), 141, orientato peraltro nel secondo senso), ovvero nella stessa attribuzione della polizza o della fideiussione (P. MENZI (nt. 36), 147 ss.). Nella prospettiva evidenziata nel testo, potrebbe poi anche notarsi come — secondo l'art. 2464, comma 4, c.c. — sono pur sempre tali polizze o fideiussioni a poter « sostituire » il (ovvero « essere sostituite » dal) conferimento (o rispettivamente — che poi è lo stesso — dal « versamento del corrispondente importo ») in denaro; così sfumandosi, forse, la differenza spesso evidenziata fra la polizza e la fideiussione « sostitutive » del conferimento in denaro, e quelle « a garanzia » del conferimento d'opera (v. ad es. G. FERRI jr (nt. 36), 1374, pur rilevando poi « che quella « sostitutiva » rappresenti una « funzione compatibile con quella di garanzia »; C. CINCONTI (nt. 36), 1588); tale differenza lessicale giustificandosi, a fronte di un'equivalenza funzionale, probabilmente soltanto perché l'oggetto delle prime (il denaro) sarebbe congenere a quello del conferimento « sostituito », mentre per le seconde si tratterebbe di un diverso oggetto. Sembra però doversi ritenere che comunque anche il conferimento in denaro « sostituito » dalla polizza o dalla fideiussione (come quello d'opera) possa e debba essere richiesto (ed eseguito) prima di escutere, eventualmente, la compagnia assicurativa o la banca (in senso divergente, sembra, G. FERRI jr (nt. 36), spec. 1381, nt. 37, pensando ad una sorta di alternativa equidivisa; e in senso del tutto opposto, poi, C. CINCONTI (nt. 36), 1585).

⁽⁵¹⁾ Ma nel senso che la mancata prescrizione della stima e dell'indicazione nell'atto costitutivo del valore attribuito all'opera o ai servizi conferiti, si giustifichi nella prospettiva in cui la società « deve ricevere prestazioni che "correttamente ed obbiettivamente valutate" (anche *ex post*), "coprono" l'importo della garanzia assicurativa o bancaria », v. G.B. PORTALE (nt. 38), 1670.

Della dispensabilità di una stima del conferimento in natura ci si potrebbe d'altra parte convincere anche senza accogliere la ricostruzione proposta (che ipotizza una sorta di debito di valore della banca o della compagnia assicurativa) ma, sia pure secondo interpretazione *diversa*, condividendone comunque i presupposti relativi al trattamento contabile dell'opera conferita, e cioè il dover essere il relativo credito progressivamente ammortizzato iscrivendone il costo nel conto economico.

Pur ipotizzandosi infatti, secondo questa diversa interpretazione, che la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa coprano soltanto l'eventuale inadempimento della prestazione (al limite anche quando non imputabile al socio), l'eventuale sovrastima emergerà via via che si proceda all'ammortamento, generando perdite che potranno imporre, oltre un certo limite, la corrispondente riduzione del capitale sociale sino a provocare l'interruzione dell'iniziativa quando il valore di questo scendesse al disotto del

minimo legale⁽⁵²⁾. Certo, con ciò non potrà impedirsi che della sovrastima convenzionale e delle conseguenti perdite ci si accorga, per così dire, «troppo tardi» per i creditori. Con l'aggravante — rispetto a quanto potrebbe replicarsi per minimizzare il problema, e cioè che in fondo ogni s.r.l. potrebbe comunque dissipare il proprio capitale, pur correttamente formatosi, procurandosi ad un prezzo eccessivo opere o servizi sul mercato del lavoro — con l'aggravante, si diceva, che nella fattispecie ora considerata non potrebbe escludersi una qualche occasione di «frode», posto che in essa non vi sarebbe stato un acquisto nei confronti di terzi (e quindi a condizioni tendenzialmente obbiettive) e sotto la responsabilità degli amministratori, bensì un apporto effettuato e valutato dai soci stessi a copertura del capitale, senza la responsabilità di chicchessia qualora quella copertura si scoprisse fittizia (neppure la responsabilità patrimoniale della banca o della compagnia assicurativa, se poi l'opera «sovrastimata» fosse regolarmente adempiuta).

Si tratta però — in definitiva (e senza scandalo) — di un problema che in via di principio già risulta affrontato e risolto, anche a livello comunitario, con riferimento ad un rischio consimile, quale quello rappresentato dai cd. «acquisti pericolosi». Dai quali, infatti, risultano esclusi — secondo l'interpretazione qui preferita⁽⁵³⁾ — l'opera o i servizi acquistati dai soci. E ciò proprio per quanto appena detto (e meglio ancora sopra ricordato⁽⁵⁴⁾): vale a dire che a differenza dei beni in natura, la cui sovrastima potrebbe non emergere da una fissa appostazione a costo storico (il quale converrà allora stimare preventivamente ed obbiettivamente), il credito per l'opera o il servizio andrebbe pur sempre soggetto a progressivo ammortamento, che via via finirebbe con l'evidenziare l'eventuale copertura fittizia del capitale.

Proprio in ragione di tale differenza (dotata di rilievo positivo), allora, ci si può dunque liberare — anche secondo questa seconda interpretazione — dall'equivoco di un'equiparazione del conferimento d'opera ad un conferimento in natura, così forzando impropriamente la legge a dire ciò che non dice (secondo quanto invece ritiene l'opinione prevalente qui contraddetta⁽⁵⁵⁾): e cioè che, pur in mancanza di previsioni espresse, opererebbe

⁽⁵²⁾ In questo senso infatti G. OLIVIERI (nt. 41), 67 ss., ove ulteriori riferimenti; P. SPADA (nt. 40), § 6.

⁽⁵³⁾ Cfr. nt. 49.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁵⁾ V. soprattutto, in termini di ricadute sul diritto vivente, quanto previsto nella «Raccolta delle massime sulla riforma del diritto societario elaborate dalla commissione società» del Consiglio notarile di Milano: «massima» n. 9, sui «conferimenti d'opera nella s.r.l.», cpv. 1: «in caso di conferimenti d'opera nella s.r.l., così come per ogni altro conferi-

un implicito principio secondo cui, a tutela dell'effettività del capitale, occorrerebbe sottoporre a stima qualunque conferimento non in denaro; e pertanto, in definitiva, stimare anche il valore dell'opera promessa come tale (stima poi da allegarsi all'atto costitutivo).

Sicché, quel che da tutto quanto sinora detto (secondo l'una o l'altra interpretazione) potrebbe ricavarsi — se non altro nella limitata prospettiva della documentazione statutaria dei «conferimenti d'opera» — è forse che referente della *indicazione statutaria* dovranno essere *tanto* l'opera o il servizio garantiti (che costituiranno, dal punto di vista contrattuale, l'oggetto del vincolo assunto *causa societatis*); *quanto* il loro valore, quale risulta «coperto» dalla polizza o dalla fideiussione e solo in tale misura imputabile a capitale; *quanto*, ancora, gli estremi della polizza o della fideiussione stipulate per quell'importo⁽⁵⁶⁾, allegandosi la relativa documentazione all'atto costitutivo⁽⁵⁷⁾.

Non sarà *obbligatorio* (anche se forse *opportuno*⁽⁵⁸⁾), invece, predisporre e poi allegare all'atto costitutivo una stima dei conferimenti d'opera.

5. In via generale va rilevato che l'atto costitutivo può ospitare due diversi generi di «regole»: *i*) quelle «relative al funzionamento della società» (art. 2463, comma 1, n. 5, c.c.), che cioè regolano modalità o finalità dell'esercizio dei poteri attraverso cui l'attività sociale si sviluppa⁽⁵⁹⁾; *ii*) e quelle che disciplinano rapporti non direttamente connessi — anche se spesso (ma non sempre⁽⁶⁰⁾) indirettamente interferenti — col funziona-

mento diverso dal denaro, è necessaria la relazione giurata di stima ai sensi dell'art. 2465 c.c.». Cfr. anche M. CASSOTTANA-M. POLLIO (nt. 39), 376; C. MONTAGNANI, *La fattispecie costitutiva* (nt. 38), 32; M. MIOLA (nt. 41), 710 ss.; C. CINCOTTI (nt. 36), 1588.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. E. LOFFREDO (nt. 12), 31.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. G. OLIVIERI (nt. 41), 67 ss.

⁽⁵⁸⁾ E in questo senso difatti conclude, dopo accurata disamina delle varie interpretazioni proposte, G. OLIVIERI (nt. 41), 63.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. *La «mancanza dell'atto costitutivo»* (nt. 20), 163 ss.

⁽⁶⁰⁾ Potrebbero cioè ritrovarsi nell'atto costitutivo, ad esempio, patti fra singoli soci stipulati contestualmente (e forse nei motivi collegati) all'atto costitutivo; così come previsioni meramente narrative o declamatorie o di natura ideologica (ma queste ultime solo con una certa cautela interpretativa potranno essere liquidate come del tutto prive di incidenza su quelle statutarie, e in particolar modo su quelle cui spetta di improntare — attraverso la definizione dello «scopo mezzo» e dello «scopo fine» della società — l'azione degli amministratori). Sull'ammissibilità nell'ordinamento tedesco di tali clausole, anche se con rilievo sociale, e cioè vincolanti per l'operato degli organi sociali (e si tenga presente, in virtù della neutralità funzionale, in quell'esperienza giuridica, delle società, che proprio la *GmbH* risulta la più impegnata a fini non lucrativi), v. K. WINKLER, *Nichtgewerbliche, ideale, insbesondere politische*

mento della società. Le prime dette, perciò, autenticamente statutarie o « corporative », ovvero sia « sociali »; le seconde definite solitamente come inautenticamente « corporative », o — se interferenti col « sociale » — « parasociali »⁽⁶¹⁾. Alla rilevanza di queste seconde si accennerà appresso (§ 7).

Sulle « norme relative al funzionamento della società », invece, va innanzitutto premesso che si tratta di « regole » statutarie *meramente eventuali* (posto che per via testuale od ordinamentale è comunque rintracciabile, nella legge, la disciplina del funzionamento della società⁽⁶²⁾); benché immediatamente dopo vada pur constatato come, nella prassi (ieri come oggi, ed oggi verosimilmente più di ieri), largo sia l'esercizio dell'autonomia statutaria nel prevedere tali norme.

Il riferimento all'autonomia statutaria già informa, di per sé, che essa può sì esercitarsi liberamente, però soltanto all'interno di un perimetro da essa non « scelto », bensì « trovato »: un perimetro cioè tracciato dalla legge, seguendo il principio dell'impossibilità di dettare norme che incidano su posizioni soggettive estranee a chi quelle norme subisca. Più semplicemente — anche se un po' più approssimativamente — stabilendo che le norme sul « funzionamento della società » più o meno liberamente configurabili potranno riguardare solo i cd. « rapporti interni » fra soci.

Ciò detto, e quindi chiarito che ci si muove — in principio — in una definita area di libertà, sarebbe semplicistica la conclusione di ritenere che, sia pure entro tale area, tutto sia concesso. Infatti: tanto che la legge preveda norme che essa dichiarì espressamente come dispositive; quanto che preveda norme non dichiarate espressamente come tali, ma rispetto alle quali ci siano forti indizi che tali le facciano ritenere⁽⁶³⁾; quanto che

Zielsetzung als Inhalt von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, in *NfW*, 1970, 449 ss.; H.J. MERTENS, *Politisches Programm in der Satzung der Aktiengesellschaft*, in *NfW*, 1970, 1718 ss.; K. SCHMIDT, (nt. 2) 79 ss. V. anche *La « mancanza dell'atto costitutivo »* (nt. 20), 169, nt. 51; M. STELLA RICHTER jr (nt. 11), 275 ss. e 306 ss. Sul particolare valore del « preambolo », v. F. FERRO-LUZZI, *Del preambolo del contratto. Valore ed efficacia del « premesso che » nel documento negoziale*, Milano, 2004.

⁽⁶¹⁾ Cfr. nt. 31; nonché, di recente, C. SCHMIDT-LEITHOFF (nt. 2), § 3, *Rn.* 2.

⁽⁶²⁾ Sulla « credenza » o « dogma » della completezza del sistema (che come credenza, dunque, deve per certi aspetti ritenersi frutto di un'opzione di vertice consapevolmente aprioristica), e quindi sulla conseguente inconfigurabilità di lacune vere e proprie, cfr. *supra*, nt. 4 e testo corrispondente, nonché G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, vol. I, t. 2, Milano, 1980, 357 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, nel medesimo *Trattato*, vol. I, t. 1, Milano, 1998, 246 ss.

⁽⁶³⁾ Cfr., C. IUBA, *In tema di autonomia statutaria e norme inderogabili*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto societario*, Atti del Convegno di Padova del 5 e 6 giugno 2003, Padova, 2004, 143 ss.

nulla preveda in ordine a talune vicende societarie, che pure però reclamino una qualche disciplina, la quale allora, in virtù di tale silenzio, potrebbe anch'essa supporre rimessa all'autonomia statutaria⁽⁶⁴⁾; ebbene, in tutti questi casi, senza nette differenze qualitative, non sarebbe esegeticamente corretto concludere che limiti all'autonomia privata non sussistano; dovendo piuttosto l'interprete, caso per caso, dedurre dal sistema l'ambito (che come si vedrà nell'analisi delle singole fattispecie quasi mai risulta illimitato) concesso alla libertà autoorganizzativa.

Tutto ciò per dire che:

i) non ha probabilmente molto senso, se non per gusto classificatorio, indulgere su articolate categorizzazioni di clausole sul funzionamento della società (ad esempio: che derogano a norme dispositive; che integrino una pretesa « lacuna » della legge; che si ritengano « obbligatorie » nell'*an* ma non nel contenuto; o, viceversa, che si ritengano libere nell'*an*, ma a contenuto vincolato se poi si sia scelto di introdurle; che siano obbligatorie o facoltative, e poi fra queste che siano complementari o sostitutive della disciplina legale⁽⁶⁵⁾; etc.⁽⁶⁶⁾), quando in realtà, come si diceva poc'anzi, si tratterà pur sempre di rinvenire caso per caso — nel « sistema », nelle norme dispositive, nei limiti espressi e financo nei silenzi della legge — la risposta a due costanti e fondamentali quesiti: a) se vi sia la possibilità di intervenire su un certo profilo dell'organizzazione societaria; b) entro quali limiti ciò sia possibile;

ii) l'unica distinzione prospettabile, certo lapalissiana, risultando allora quella fra clausole (che prevedono « regole ») legittime e non;

iii) distinzione operabile, in definitiva, solo con concreto riferimento alla singola clausola, riguardata alla luce della disciplina legale delle materie su cui si va di volta in volta ad insistere (ed all'analisi delle quali, allora — se non si vuole esorbitare da una teoria generale dell'atto costitutivo — non può che farsi rinvio)⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁴⁾ Come ad esempio occorrerà ritenere rispetto al silenzio della legge in ordine a talune vicende del rapporto amministrativo (requisiti di eleggibilità, rieleggibilità, sostituzione, cessazione degli amministratori), sino a ieri regolate se non altro mediante rinvio alla disciplina della s.p.a.; v. sul punto E. LOFFREDO (nt. 12), 35.

⁽⁶⁵⁾ Così F. SANCHEZ CALERO, *Escritura y estatutos sociales*, in *AA.Vv., La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, a cura di Lenzano-Mejias Gomez-Nieto Carol, Madrid, 1994, 131 ss., a 144 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. ad es. per un'articolatissima classificazione (ben undici « tipi » di clausole), R. CABANAS TREJO-R. BONARDELL LENZANO (nt. 18), 137 ss.; e, seppur in quantità minore, E. LOFFREDO (nt. 12), 19 ss.

⁽⁶⁷⁾ D'altra parte neppure sembra che possa postularsi, fuor di dubbio, l'esistenza di un inderogabile principio per cui la libertà negoziale concessa nel conformare l'atto costitutivo di s.r.l. sarebbe comunque maggiore, o almeno non inferiore, a quella concessa per la s.p.a. Basti

iv) E fermo restando — si ripete — che tutte le clausole che dettino « regole » sono, in principio, *eventuali* (potrebbero cioè non essere previste affatto senza generare lacune incolmabili o irregolarità di sorta), comprese quelle la cui enunciazione statutaria viene espressamente prevista dalla legge⁽⁶⁸⁾.

6. Il tema dell'interpretazione dell'atto costitutivo⁽⁶⁹⁾ propone questioni in parte già risolte nel passato con riferimento a tutte le società di ca-

pensare, ad esempio, al nutrito dibattito sulla questione, tutt'altro che marginale, relativa alla compatibilità o meno col tipo della s.r.l. di sistemi di amministrazione e controllo alternativi a quello « tradizionale », quali quello monistico o dualistico (ma poi non solo, potendosi immaginare di ulteriori, atipici), quantomeno nei casi in cui sia obbligatoria la nomina di un « collegio sindacale » ex art. 2477, commi 2 e 3, c.c. Potendosi discutere — come in effetti si fa — se in tale ipotesi la necessità di un « collegio sindacale » sia funzionalmente circoscritta al solo controllo legale dei conti; ovvero vincoli l'autonomia anche nella scelta del *nomen*, delle funzioni e della composizione (che in caso positivo risulterebbero quelle previste per il collegio sindacale dalla disciplina della s.p.a.: art. 2477, comma 4, c.c.) dell'istanza cui sia demandato il controllo sull'amministrazione. Per il surriferito dibattito, cfr. *ex multis*, S. FORTUNATO, *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 307; P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 440; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2475, in Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, III (artt. 2449-2510), Napoli, 2004, 1575 ss.; P. SPADA (nt. 3), 489 ss. Sembra invece dare per scontata l'adottabilità tanto del sistema dualistico che monistico nella s.r.l., G. RACUGNO, *Commento all'art. 2477, in Società di capitali. Commentario*, cit., 1615, nt. 27; per scontata la non adottabilità, invece, ASSOCIAZIONE DISIANO PRETTE, *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2004, 265. Escludono invece l'adottabilità del solo modello dualistico, E. LOFFREDO (nt. 12), 36, e S. AMBROSINI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁸⁾ Tali infatti — quand'anche si utilizzino enunciati apparentemente imperativi, ma poi rivelandosi sempre il carattere eventuale o la natura suppletiva — le clausole previste dai seguenti articoli del Codice Civile: 2464, commi 3 (oggetto del conferimento) e 6 (cauzione sostitutiva della polizza o della fideiussione); 2466, comma 2 (vendita all'incanto del socio moroso); 2468, comma 1 (misura della partecipazione sociale), 2 e 3 (particolari diritti e loro modificabilità); 2469, commi 1 e 2 (trasferibilità della quota); 2473, commi 1 e 2 (cause di recesso ed eventuale preavviso); 2475, commi 1 (riserva ai soci della carica di amministratore), 2 (amministrazione non collegiale) e 3 (codecisione per iscritto); 2475-bis (limiti ai poteri di rappresentanza); 2477, commi 1 (nomina del collegio sindacale) e 4 (organo incaricato del controllo contabile); 2478-bis, comma 1 (termine per la presentazione del bilancio); 2479, commi 1 (materie rimesse alla decisione dei soci), 3 (codecisioni per iscritto) e 6 (*quorum*); 2479-bis, commi 1 (convocazione dei soci), 2 (rappresentanza in assemblea), 3 (riunione dell'assemblea), 4 (presidente dell'assemblea); 2481, comma 1 (modificazioni dell'atto costitutivo attribuite agli amministratori); 2481-bis, comma 1 (aumento di capitale delegato agli amministratori); 2482-bis, comma 2 (dispensabilità della relazione degli amministratori e osservazioni dei sindaci sulla riduzione del capitale per perdite); 2483, comma 1 (possibilità di emettere titoli di debito e relativa competenza).

⁽⁶⁹⁾ Si riproducono qui, in sintesi, considerazioni più ampiamente svolte ne *L'interpre-*

pitali, e in parte specifiche della società a responsabilità limitata, quantomeno se riguardata (non quale tipo legale, quanto piuttosto) quale tipo « reale », e cioè rispetto a come essa spesso si manifesta nella realtà empirica.

Dal primo punto di vista — come problematica condivisa *da tutte le società di capitali* — si è generalmente concordi nel ritenere che, almeno in principio, l'interpretazione dell'atto costitutivo debba essere guidata da criteri essenzialmente oggettivi, e cioè — per meglio dire — fondati esclusivamente sul testo contrattuale; così escludendosi, allora, la rilevanza di criteri che accordino rilievo alla comune intenzione delle parti, se non decisa all'interno del testo contrattuale, oppure al loro comportamento successivo alla conclusione del contratto (come « vorrebbe » l'art. 1362, c.c.). In altre parole, nessun rilievo potrebbe concedersi ai cd. materiali extrastatutari per rinvenire il senso delle previsioni statutarie.

Tutto ciò, in quanto si tratta di contratti soggetti *non solo* a pubblicità costitutiva, che in qualche modo escluderebbe la rilevanza del « non iscritto » (e men che mai del non iscritto che, in astratto, potesse addirittura condurre, per via interpretativa, alla riqualificazione complessiva del tipo contrattuale quale risultante dal *nomen* prescelto per l'iscrizione: lo si desume dalla disciplina della nullità della società, contenuta nell'art. 2332 c.c., a sua volta richiamato dal 2463, ultimo comma, c.c.); *ma anche e soprattutto* in quanto si tratti di testi destinati a valere nei confronti di una generalità indistinta di destinatari, composta sia da terzi — del tutto estranei alla vicenda negoziale costitutiva — sia da una compagine sociale tendenzialmente (cioè normalmente, secondo *l'id quod plerumque accidit*) numerosa e variabile, e perciò anch'essa potenzialmente estranea, in buona misura, al negozio originario; così fondandosi, rispetto a tutti costoro, un

tazione dell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 277 ss., ove numerosi altri riferimenti. Per la dottrina italiana, comunque, vanno qui ricordati quantomeno i fondamentali contributi di G. GORLA, *In tema di interpretazione degli statuti sociali*, in *Temi*, 1946, 143 ss.; G. ORPO, *Profili di interpretazione obbiettiva del negozio giuridico*, in *Scritti giuridici*, II, 1 ss. (spec. 174 ss.); C. ANGELICI, *Appunti sull'interpretazione degli statuti di s.p.a.*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, 2355 ss; nonché in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 807 ss.; Id., *Sulle clausole statutarie di « dubbia interpretazione »* (Nota a Trib. Casale Monferrato 25 gennaio 1991), in *Riv. not.*, 1992, 1279; C. IBA, *L'interpretazione degli statuti societari fra criteri oggettivi e criteri soggettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 525 ss.; e più di recente, U. TOMBARI, *L'interpretazione degli statuti di società. Profili di ermeneutica giuridica*, in *Diritto privato 2001*, Padova, 2003, 479 ss. (consultato sul sito http://www.notarlex.it/news/tombari_originale.pdf) In giurisprudenza, da ultimo, per un'apertura alla rilevanza di materiali extrastatutari (quale un « regolamento interno » assembleare di una società cooperativa) non solo in quanto recanti ad un'interpretazione *secundum* —, ma anche *praeter textum* (per questa distinzione, *infra*), v. Cass. 26 giugno 2007, n. 14791, in *Giust. civ.*, 2008, 2923.

generale affidamento sulle risultanze pubblicitarie, che non potrebbe restar deluso per iniziativa di quei pochi (i soci fondatori) che di tali risultanze invocassero un significato desumibile da fattori extrastatutari e perciò ignoti alla generalità.

A parte l'impossibilità di riqualificare il tipo, che sembra valere in ogni caso, l'ultimo argomento or ora rappresentato — l'impossibilità di attribuire a singoli precetti del testo statutario un significato diverso da quello oggettivamente percettibile — sembra però al riparo da qualsiasi obiezione solo in quanto ne ricorra l'implicito presupposto appena ricordato: l'essere il testo statutario destinato a valere nei confronti di una generalità indistinta. Che tale potrà dirsi, certo e sempre, rispetto alla platea dei terzi che entrino in contatto con la società: a costoro, in effetti, materiali ermeneutici extrastatutari sembrano sempre inopponibili⁽⁷⁰⁾.

Di una generalità indistinta non sarà forse a parlarsi, però, per quelle compagini sociali rappresentate da un numero ristretto di soci fortemente coinvolti nella vita sociale e tendenzialmente — per espresso limite statutario oppure anche in via di mero fatto — destinati a non variare. Si tratterebbe in questi casi, dal punto di vista empirico, di società «chiuse» in cui spicca la connotazione personalistica delle partecipazioni; di contratti associativi, allora, rispetto ai quali apparirebbe in effetti legittimo, in occasione di una concreta lite fra soci, dubitare che ricorra una ragione sistematica — in assenza di espresse deroghe testuali — che escluderebbe l'applicazione dei criteri interpretativi cd. soggettivi previsti dal diritto generale dei contratti. Criteri applicabili, in via di principio e salva ragione contraria, a qualunque contratto.

Il dubbio, per quanto detto, si porrebbe quindi: i) esclusivamente per le clausole destinate ad incidere sui soli rapporti fra soci (ad esempio quelle che fissano *quorum* deliberativi o attribuiscono poteri decisionali), e non invece su quelli fra la società ed eventuali terzi (ad esempio quelle in materia di poteri rappresentativi, o di copertura del capitale sociale⁽⁷¹⁾); ii) esclusivamente in quanto vengano effettivamente coinvolti, in una data

⁽⁷⁰⁾ Salva tuttavia, almeno in un caso testualmente previsto, l'*exceptio doli*: stabilita dall'art. 2384 con riferimento allo specifico problema dei limiti statuari al potere di rappresentanza degli amministratori; ma che forse potrebbe considerarsi applicabile anche al di là di un tale ambito, se si ritenesse quella disposizione solo il punto di emersione normativa di un principio generale.

⁽⁷¹⁾ Ma già in tema di obblighi relativi alla misura in cui ciascun socio dovrà concorrere alla sua liberazione potrebbe percepirsi — parallelamente all'articolazione del problema (da questo punto di vista paradigmatica) posta dall'art. 2464 — il netto *discrimen* che può separare le previsioni relative ai rapporti esterni (copertura del capitale) da quelli interni (quanto effet-

lite, i soci partecipi dell'originaria vicenda negoziale⁽⁷²⁾; iii) nonché — si specificerebbe — in quanto in tal caso *tutti* i soci siano partecipi dell'originaria vicenda negoziale: ché altrimenti risulterebbe incongruo applicare un clausola, sulla base di una certa interpretazione da quella vicenda ricavata, una volta in un senso (per i soci partecipi a tale vicenda) e un'altra volta secondo altro senso (per i soci alla medesima vicenda estranei).

Ebbene, si dà il caso che la ricorrenza di tali circostanze (che in effetti privano di validi argomenti il principio di assoluta inutilizzabilità di dati extrastatutari per interpretare talune clausole del contratto) sia tutt'altro che infrequente nelle società a responsabilità limitata. Così come quando — ad esempio (quello più classico) — vi sia coinvolto un gruppo familiare, o comunque ristretto, al quale appartengano tutti gli attuali, pochi, soci, già a suo tempo fondatori⁽⁷³⁾: il che giustifica la concezione della società come «personalistica»⁽⁷⁴⁾.

In questi casi non vi sarebbe probabilmente ragione per escludere un'interpretazione del contratto che, pur senza contraddirne il testo (interpretazione *secundum* —, o al limite anche *praeter*⁽⁷⁵⁾ — *textum*),

tivamente ciascun socio si sia impegnato a conferire per contribuire, insieme agli altri, a quella copertura).

⁽⁷²⁾ O comunque che, sia pure *ex post*, ne siano stati resi «partecipi», ritraendo la portata della clausola già presente: cosa ad esempio immaginabile quando una società unipersonale si «aprisse» ad un nuovo socio, il cui ingresso potrebbe essere negoziato fra i due a seguito di una complessiva intesa sulla portata del vigente assetto statutario. Tutto il contrario, insomma, della mera adesione, o sottomissione (altrove si parla di *Unterverfungsakt*: M. NITSCHKE, *Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft*, Bielefeld, 1970, 166; e nello stesso senso COING, *Zur Auslegung der Verträge von Personengesellschaften*, in *ZGR*, 1978, 659 ss., a 669; v. anche, più in generale, E. BÖTTCHER, *Gestaltungsrecht und Unterverfung im Privatrecht*, Berlin, 1964, *passim*) del nuovo socio o dei nuovi soci ad un testo preesistente come avviene nelle società «aperte».

⁽⁷³⁾ E, si può poi presumere, non «sottomessi» ad un testo da altri predisposto, bensì partecipando consapevolmente alla stipulazione dell'atto.

⁽⁷⁴⁾ E infatti occasionali e caute aperture, in Italia, verso l'utilizzabilità di criteri soggettivi nell'interpretazione dell'atto costitutivo di società di capitali si sono registrate, *pour cause*, proprio con riferimento alla s.r.l. «personalistica»: cfr. H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, München, 1980, 167 (ove citazioni giurisprudenziali); K. SCHMIDT (nt. 2) 87 ss.; B. GRUNEWALD, *Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen*, in *ZGR*, 1995, 85; C. ANGELICI (nt. 69), 808; E. LOFFREDO (nt. 12), 18; fuggevolmente, A. BARTALENA (nt. 12), 665.

⁽⁷⁵⁾ Problematico sarà al riguardo il valore da attribuirsi al silenzio dell'atto costitutivo su una materia disciplinata dispositivamente dalla legge; ed essenzialmente, poi, se orientare l'integrazione di una pretesa lacuna attraverso l'immediato ricorso alla norma legale, ancorché dispositiva, ovvero — come pare preferibile — tentando in prima battuta di rinvenire la regola non espressamente prevista dallo statuto attraverso una sua interpretazione integrativa (e cioè

orienti quantomeno l'individuazione di *uno dei possibili* significati di quel testo attingendo anche a dati da questo non direttamente risultanti. Ad esempio, gli accordi sottintesi alla formulazione di una certa clausola (la comune intenzione dei contraenti), circa la portata che essa avrebbe dovuto avere; ovvero la definizione di siffatta portata attraverso il modo in cui il precetto statutario ha trovato, *durante societate*, protratta esecuzione⁽⁷⁶⁾.

A maggior ragione tali conclusioni varranno poi per clausole statutarie il cui carattere « personalistico » già emerge dalla stessa natura o tenore del precetto che contengono. Così, sembra: per le clausole (i) solo « formalmente » statutarie (v. *supra*, § 3), ma in realtà avente valore *parasociale*⁽⁷⁷⁾ (ad esempio, spesso⁽⁷⁸⁾, la clausola che regoli il rapporto di servizio di un certo amministratore, o che riconosca particolari diritti ai suoi familiari⁽⁷⁹⁾)⁽⁸⁰⁾; nonché poi — per altro verso ed al limite valutando caso

desumendo la presumibile volontà delle parti dalle altre previsioni statutarie: *ergänzende Vertragsauslegung* prevista del resto dall'art. 1565). Per l'applicazione di un'interpretazione *praeter textum*, rifacendosi a materiale extrastatutario come un regolamento assembleare interno (in tema di poteri del Presidente del consiglio di amministrazione di una cooperativa), v. la già citata Cass. 26 giugno 2007, n. 14791.

⁽⁷⁶⁾ Sulla rilevanza dell'*immergesellschaftliche Übung*, H. WIEDEMANN (nt. 74), 168; B. GRUNEWALD (nt. 74), 70; COING, *Zur Auslegung der Verträge von Personengesellschaften*, ZGR, 1978, 667; REUTER, *Die Änderung des Vereinszwecks*, in ZGR, 1987, 475 ss., a 477 (con riferimento al *Verein*); K. SCHMIDT (nt. 2) 90, il quale peraltro (insieme alla B. GRUNEWALD (nt. 74), 83) correttamente puntualizza come l'unica *Übung* rilevante nella prospettiva in cui qui ci si muove possa essere quella dei soci, e non certo, ad esempio, quella degli amministratori, come tali incapaci di incidere, seppure in via interpretativa, sulla portata del contratto sociale. Per un'applicazione di un consimile criterio, con riferimento alla lingua utilizzabile nella vita sociale, v. anche M. STELLA RICHTER jr (nt. 11), 185.

⁽⁷⁷⁾ Il rinvio d'obbligo è a H.J. PRIESTER (nt. 26), 681 ss.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. nt. 30.

⁽⁷⁹⁾ Esempio tratto da K. SCHMIDT (nt. 2) 89; cfr. ancora nt. 30.

⁽⁸⁰⁾ Problema delicato, in particolare, è quello della possibilità di prevedere *diritti di terzi* nello statuto; problema al quale può qui però solo accennarsi, limitandosi a segnalare che un'espressa, ancorché isolata, previsione legale è al riguardo « comparsa » nell'art. 2469, comma 2, c.c. (gradimento al trasferimento della quota rimesso, appunto, a terzi), e a convenire, in via generale, con l'opinione maggioritaria (V. BEUTHEN-A. GÄTSCH, *Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter*, in ZHR, 1992, 459; IJEM, *Einfluß Dritter auf die Organbesetzung und Geschäftsführung bei Vereinen, Kapitalgesellschaften und Genossenschaften*, in ZHR, 1993, 483 ss.; P. ULMER, *Begründung von Rechten für Dritte in die Satzung der GmbH?*, in *Festschrift für Werner*, 1984, 911 ss.; CR. WEBER, *Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht*, Tübingen, 2000), secondo cui in definitiva un limite non va tanto individuato nella impossibilità assoluta di riconoscere qualsiasi « potere » amministrativo ad eventuali terzi (ciò che in talune circostanze potrebbe anche giustificarsi, ad esempio in quanto si rientri in « logiche » di gruppo: così per l'assunzione della qualità di membro degli organi sociali, o

per caso — per le clausole (ii) che a norma dell'art. 2476 c.c. attribuiscono *diritti « particolari » a « singoli » soci*. E ciò non tanto perché a tali clausole debba riconoscersi — come pure l'apparenza potrebbe indurre a fare — carattere « individuale », ché esse, a ben vedere, meritano di essere considerate come « corporative » a pieno titolo, se non altro in quanto regolamentino « poteri » sociali, la cui attribuzione a taluno non può non ridimensionare le congeneri prerogative degli altri⁽⁸¹⁾ e quindi riguardare, complessivamente, il « funzionamento della società »⁽⁸²⁾. Quanto perché esse, pur essendo non « individuali » per « funzione », si manifestano tali per « struttura », che è tendenzialmente *bilaterale*⁽⁸³⁾: sono cioè il frutto non di una convergenza di tutti su di una regola che realizzi lo scopo comune (un « atto collettivo », si potrebbe pur dire⁽⁸⁴⁾), bensì di una negoziazione fra due « parti » contrapposte, dove da una lato sta un socio — che del resto rimane *nominativamente individuato* nel precetto statutario — e d'altro lato tutti gli altri (quasi un contratto « commutativo », in questa prospet-

del potere di dare indicazioni più o meno vincolanti agli organi stessi), quanto piuttosto nella loro radicale esclusione dalla possibilità di incidere sull'ordinamento statutario (restando in effetti lo statuto la fonte che, in definitiva, può « dare » o « togliere » tali diritti), che deve restare riservato ai soci (può così escludersi così, ad esempio, che possa riconoscersi a terzi il diritto di voto in assemblea).

⁽⁸¹⁾ Soprattutto in tal senso — mi sembra — deve cogliersi la valenza organizzativa di siffatte clausole, e non piuttosto nel regime della loro modificabilità, che anzi, richiamando la regola dell'unanimità, potrebbe semmai suggerire una diversa valutazione (soprattutto a partire da questo secondo aspetto argomenta invece M. PERRINO, *La « rilevanza del socio » nella società a responsabilità limitata: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 810 ss., a 831-832, per sostenere la natura organizzativa delle clausole qui in discusse, di cui, peraltro, ben coglie la natura di « regole d'azione »). Vero mi sembra piuttosto che la regola del consenso di tutti i soci, e in special modo del titolare dei diritti particolari che si vorrebbe modificare, sembra discendere dalla struttura « bilaterale » del negozio sulla cui base i particolari diritti furono a suo tempo introdotti.

Per una distinzione — inverò di discutibile utilità applicativa — fondata sul carattere più (*höchstpersönlich*) o meno personale dei diritti particolari riconosciuti ai soci, per attribuire a quei diritti, anche a fini « circolatori », carattere individuale o corporativo, cfr. C. SCHMIDT-LEITHOFF (nt. 2) § 3, *Rn.* 44 e 50.

⁽⁸²⁾ Qualche dubbio in più, da questo punto di vista, emerge per le clausole che riconoscano diritti agli utili, trattandosi in tal caso di un tipico diritto « individuale »; ma proprio per ciò, se non altro, vi sarà anche qualche dubbio in meno quanto alla loro soggezione ai tradizionali canoni ermeneutici, anche soggettivi.

⁽⁸³⁾ La bilateralità non essendo forse coincidente, in questa prospettiva, con la sinallagmaticità: per un cenno, v. P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976 (ristampa inalterata dell'ed. del 1971.), 3, nt. 4.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*⁸, München, 1997, *sub* § 23, 443 ss.

tiva). Non sembra allora che rispetto ad una regola scaturente da una siffatta negoziazione — di cui lo stesso atto costitutivo conservi l'impronta, mediante il riferimento alla «parte» cui il diritto è stato riconosciuto — l'interprete potrebbe del tutto disinteressarsi delle circostanze «storiche» entro cui quella negoziazione si sia sviluppata; dovendo piuttosto egli indagare — eventualmente anche al di là delle risultanze documentali, e a loro migliore intelligenza — quale fosse stata la «comune intenzione delle parti» (e che cosa, in particolare, fosse stato concretamente convenuto che dovesse spettare al socio — e che cosa non — secondo la regola che si andava inserendo nel testo statutario).

7. Se tutto quanto sinora rilevato consente dunque di accordare una qualche rilevanza interpretativa — almeno nelle società a responsabilità limitata «chiuse» (e anzi, a ben vedere, più in generale, in tutte le società «chiuse», nei termini sopra ricordati) — alle clausole dell'atto costitutivo che dettino regole destinate ad esaurire i loro effetti nei confronti dei soli soci (e di tutti i soci), va pur evidenziato ora che una siffatta rilevanza deve ritenersi, in principio, limitata ai soli casi in cui il procedimento interpretativo conduca all'accertamento di una regola che non contrasti espressamente col testo statutario. Quindi, di una regola *compatibile* con uno dei possibili significati attribuibili a quanto la lettera dell'atto costitutivo prevede (interpretazione secondo il testo) o, al limite, di una regola che, pur di fronte al silenzio dell'atto costitutivo, possa ritenersi con esso armonica, ricavandola da una sua interpretazione integrativa (cioè interpretando le clausole «le une per mezzo delle altre»: art. 1363).

Ben più difficile da sostenersi sarebbe invece la possibilità di un'interpretazione del «contratto sociale» che, sulla base dei dati extrastatutari, *contraddica* quelli statuari. E ciò perché risulterebbero altrimenti trasgrediti i precisi vincoli che la legge impone in tema di forma e di procedimento formativo e modificativo dell'atto costitutivo. Si finirebbe cioè con l'accordare prevalenza, anche modificativa, ad eventuali accordi, precedenti o successivi alla stipulazione dell'atto costitutivo, che di questo né hanno assunto la forma, né hanno seguito il procedimento formativo o modificativo. Trova con ciò ingresso, è ormai evidente, il tema dei rapporti fra parasociale e sociale, e della possibilità (per quanto detto da negarsi in principio) che il primo possa addirittura arrivare ad incidere, e a prevalere, sul secondo⁽⁸⁵⁾.

(85) Il problema si porrebbe in termini probabilmente diversi — per certi aspetti più

E tuttavia, fermo tutto ciò in linea di principio, neppure può trascurarsi che nella realtà giurisprudenziale, laddove ricorrano i presupposti ai quali sin qui si è condizionata un'eventuale rilevanza ermeneutica dei materiali extrastatutari [e cioè, si ripete: i) trattarsi di società *chiuse*; ii) trattarsi di clausole — e in questo caso di accordi extrasociali — incidenti sui soli rapporti fra soci; iii) trattarsi di clausole — e in questo caso di accordi extrasociali — alla cui stipulazione abbiano partecipato *tutti* i soci attuali], *non appare del tutto improbabile che una concreta lite venga decisa accordando una qualche rilevanza anche a quegli accordi*.

Ciò potrebbe avvenire — come in effetti è avvenuto⁽⁸⁶⁾ — argomentando, per lo più⁽⁸⁷⁾, sulla base di una rilevanza del principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione dei rapporti contrattuali: se non altro nei limiti dell'impossibilità, talora, di venire contro il fatto proprio laddove si invocasse la portata di una clausola statutaria che regoli i rapporti fra soci (al

semplici (quanto ai necessari oneri di forma e procedimento), per certi aspetti più complessi (per analizzarne le interferenze sui precetti aventi carattere autenticamente «sociale») — laddove fosse la legge stessa ad istituire una sorta di equivalenza, o se si vuole indifferenza, fra sociale e parasociale consentendo espressamente che l'atto costitutivo di società a responsabilità limitata possa ospitare «qualunque patto», dunque anche — diremmo in Italia — parasociale: così ad esempio l'art. 12, comma 3, della spagnola *Ley de Sociedades de responsabilidad Limitada*, che prevede: «En la escritura se podrán incluir todos los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada»; cfr. R. CABANAS TREJO-R. BONARDELL LENZANO (nt. 18), 134.

(86) Cfr. soprattutto i casi (tedeschi, ma di vasta eco) decisi da *BGH*, 20 gennaio 1983, in *NJW*, 1983, 1910 ss., e *BGH* del 27 ottobre 1986, in *NJW*, 1987, 1890 ss.; nonché, ancor prima, *BGH* 12 marzo 1959, in *BGHZ* 29 (1959), 385 ss., spec. 392, ove si sostiene la quasi rilevanza sociale di un patto stipulato fra tutti i soci, nei termini di «opponibilità del patto alla persona giuridica», della cui distinzione dai soci si riprova appunto l'abuso. Sulla scia di tali decisioni anche in Italia è in effetti accaduto che un Collegio arbitrale (Portale-Bianchi-Sacchi), almeno in quanto richiesto di giudicare secondo equità, si sia espresso nel senso sopra evidenziato, espressamente richiamando la giurisprudenza tedesca innanzi menzionata ed invocando la «valenza tipologica» del «carattere personalistico» della società a responsabilità limitata: se ne legga il Lodo (7-12 giugno 2000) in *Giur. it.*, 2001, I, 1208 ss., spec. 1210; cfr. in proposito V. V. CHIONNA, *Patto parasociale stipulato tra i soci di una s.r.l. e opponibilità alla società*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, 15 ss. Per converso, in altro lodo (Benatti-Portale-Sacchi), si è stabilito (cfr. *Riv. dir. soc.*, 2007, n. 2, 171 ss., con nota di A. Tucci) che il trasferimento della quota di un pacisciente, se libera quest'ultimo dal patto, non determina il subingresso automatico in esso dell'acquirente (sulla giurisprudenza, e per ulteriori riferimenti, in materia, v. E. LORFREDO-G. RACUONO (nt. 7) 249 ss.).

(87) Varie sono state infatti le argomentazioni con cui si è tentato di giustificare un tale esito applicativo; ma forse la più equilibrata appare quella riportata nel testo; per ulteriori indicazioni, v. comunque *L'interpretazione dell'atto costitutivo di s.r.l.* (nt. 69), 301.

fine, ad esempio, di annullare una deliberazione assembleare di per sé contraria a quella clausola), quando tutti costoro abbiano al contempo convenuto diversamente, sia pure senza adempiere agli oneri di forma e procedimento richiesti per la modificazione dell'atto costitutivo⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾ Né è detto, nella realtà empirica, che quando a tali oneri ci si sottragga lo si faccia deliberatamente per imprimere all'accordo una portata e un regime alternativi a quello « sociale »; potendosi farlo, più semplicemente, perché, nella reciproca concordia e fiducia, si voglia effettivamente modificare la regola statutaria ma risparmiando i « costi » di una formale modificazione dell'atto costitutivo; oppure perché di questa non si comprenda la diversa portata e natura rispetto ad un accordo informale; cfr. H. WIEDEMANN (nt. 74), 171, discorrendo di *Bequemlichkeit* oppure di *Unkenntnis oder Vergessen des Vertragstextes*. Diversa fattispecie — di cui solitamente non si dubita della legittimità — è invece quella delle cd. *Satzungsdurchbrechungen*, cioè delle deliberazioni consapevolmente assunte da tutti i soci in modo contrario all'atto costitutivo *solo in via occasionale*, cioè *una tantum* ma fermo restando il consenso di tutti sulla vincolatività della clausola statutaria per il prosieguo dell'attività sociale.