

LUIGI SALAMONE

COSTITUZIONE: ATTO COSTITUTIVO;
PROCEDIMENTO



giuffrè editore - 2011

Estratto al volume:

s.r.l. commentario

a cura di

Aldo A. Dolmetta - Gaetano Presti

con la collaborazione di

P. Beltrami - V. Cariello - A. Daccò - V. De Stasio - C. Frigeni

E. Ginevra - U. Minneci - P.F. Mondini - A. Perrone - L. Purpura

M. Rescigno - A. Sciarrone Alibrandi

Costituzione: atto costitutivo; procedimento

L. Salamone

Sommario: I. Atto costitutivo e procedimento di costituzione: natura; formazione; forma; interpretazione; pubblicità [1]. - II. Atto costitutivo e contenuti [2-39].

I. Atto costitutivo e procedimento di costituzione: natura; formazione; forma; interpretazione; pubblicità

1| Da queste pagine sono escluse tematiche generali, non esauribili in un discorso (tipologicamente concentrato) sulla S.r.l. e sul relativo procedimento di costituzione, rispetto al quale l'atto costitutivo, in quanto atto e in quanto documento, poi caratterizzato per certe prescrizioni di forma e di contenuto, rappresenta il momento iniziale della sequenza. Non pare pertanto legittimo scindere l'esposizione tra atto costitutivo e procedimento costitutivo: il rispetto del dato normativo impone di esaminare l'uno dapprima come elemento dell'altro (poi, quale atto di autonomia privata, quale atto d'impulso del procedimento, quale documento) e, successivamente, nei suoi contenuti regolativi del rapporto sociale. Non ci si occuperà inoltre, né di temi trasversali al diritto delle società (quali, ad es. il regime giuridico dell'atto costitutivo unilaterale ovvero l'oggetto del c.d. controllo notarile), né delle ricadute ulteriori alla costituzione (ad es. legittimità e tipologia di singole clausole, incidenti ad es. sull'organizzazione dell'ente o sulla remunerazione dei soci), per analizzare invece quali indicazioni siano dovute e quali conseguenze producono le mancate indicazioni (un approccio che si condivide con SCIUTO [2009], 659). Ciò premesso, l'atto costitutivo della S.r.l.:

a) in quanto atto (di autonomia privata), può assumere, alternativamente, natura di **contratto** o di **atto unilaterale** (art. 2463, co. 1, c.c.), come già prima della riforma societaria del 2003 (introdotta con d.lgs. 17.1.2003, n. 6, e successive modifiche e integrazioni) ed a seguito della trasposizione nel nostro ordinamento della XII direttiva di armonizzazione del diritto societario; regola ora estesa sia tipologicamente sia quantitativamente, perché adesso si applica – sotto il primo profilo – alla S.p.A. (v. art. 2325, co. 2, c.c.; art. 2328, co. 2, *incipit*, c.c.) e – sotto il secondo – risulta accresciuta la casistica nella quale l'unico socio conserva il beneficio della limitazione del rischio (v. dapprima d.lgs. 3.3.1993, n. 88; v. ora art. 2462, co. 2, c.c. – sul punto si rinvia al relativo commento);

b) in quanto (primo) atto della sequenza costitutiva, è soggetto a **formazione** esclusivamente « simultanea »: usualmente – per metonimia – si allude al procedimento in luogo del contratto, ma il carattere istantaneo del perfezionamento è a predicarsi di questo e non di quello. Ciò sia perché, testualmente, non risulta disciplina di costituzione per pubblica

sottoscrizione; sia perché, tipologicamente, la S.r.l. è esclusivamente destinata ad iniziative che attingano a capitali di rischio « nominati » (SPADA [2003]), come dimostra l'art. 2468, co. 1, c.c., secondo il quale « le partecipazioni dei soci non possono essere rappresentate da azioni né costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari » (PRESTI/Comm. BP [2006], 41);

c) in quanto documento, riveste necessariamente **forma di atto pubblico** (art. 2463, co. 2, *incipit*, c.c.). La prescrizione di forma ha già generato, tuttavia, contrastanti interpretazioni in conseguenza della “caduta” della regola, tradizionalmente attestata nel diritto della S.p.A. (tuttavia sensibilmente modificata anche per questa: v. art. 2328, co. 3, c.c., comparando testo vigente e testo originario), della distinzione di regime tra **atto costitutivo** e **statuto** e la espressa previsione che questo, ora, sia a tutti gli effetti parte integrante del primo (art. 2463, co. 2, n. 7, c.c.): la nuova legge ragionevolmente non dovrebbe più generare dubbi sulla identità di rigori, nel senso che, nella S.r.l. di oggi, potrebbe, al più, considerarsi legittimo il rinvio ad un allegato, ma senza attenuazione né degli oneri di forma né degli obblighi di lettura incombenti sul notaio rogante – aprendo però nuovi scenari problematici in tema di interpretazione, stante la più che dubbia applicabilità dell'art. 2328, co. 3, c.c. (in questo senso v. persuasivamente, v. PRESTI/Comm. BP [2006], 42; SCIUTO [2009], 668; ma in senso opposto, generando notevoli perplessità, v. anche TASSINARI [2005], 1739; CAGNASSO [2007], 63; FERRARA jr-CORSI [2009], 930), plausibilmente da risolversi attraverso una ragionata applicazione delle regole comuni (per le quali v. appena più sotto) –. Non pare sostenibile, nella sostanza, che dopo la riforma del 2003 « nulla sia cambiato » (SCIUTO [2009], 667-668, testo e nt. 16, ove peraltro bibliografia di letteratura “conservatrice”, anche alimentata da documenti di lavoro del notariato; nello stesso senso v. già MONTAGNANI [2003], 17; LOFFREDO [2004], 1413 ss.; v. anche *ultra* il commento di E. BARCELLONA);

d) ancora in quanto documento, l'atto costitutivo di S.r.l. – ove per i profili organizzativi formalmente non distinto dallo statuto, neppure in forma d'allegato – una volta escluso in radice il soccorso dell'art. 2328, co. 3, c.c. è soggetto a regole comuni di **interpretazione**, poi **oggettiva**, pur tra i necessari adeguamenti dipendenti da particolari effetti scaturenti dal contratto (o dall'atto unilaterale) di società (OPPO [1943], 178; LOFFREDO [2004], 1414-1415) e/o da **varianti tipologiche** della S.r.l., più marcatamente « contrattualistiche », che orientano verso l'interpretazione **soggettiva**, basata sulla « comune intenzione delle parti » ex art. 1362 c.c. (così, in ipotesi di compagini sociali ridottissime e stabilizzate da vincoli familiari o da clausole di intrasferibilità della partecipazione sociale, SCIUTO [2004], 289 ss.; itinerario più di recente percorso anche da ZANARONE [2010], 215 ss., articolando soluzioni opposte per S.p.A. e S.r.l. attraverso la comparazione dei regimi circolatori della partecipazione sociale – in quest'opera v. anche *sub* Tipo, DOLMETTA);

e) sempre in quanto documento, nella sequenza costitutiva della società è soggetto ad **iscrizione nel registro delle imprese**; formalità a) supponente il soddisfacimento di tre fondamentali presupposti che, nel rinvio al diritto della S.p.A., debbono tuttavia adattarsi – sotto il profilo documentale – al diverso ambiente normativo della S.r.l. e b) condizionale, poi, il riconoscimento ordinamentale della personalità giuridica alla società (art.

2463, co. 3, c.c.). Non si può non osservare come il rinvio che l'art. 2329, n. 2, c.c. in tema di S.p.A. opera agli articoli 2342, 2343 e 2343-ter c.c. debba piuttosto intendersi, in materia di S.r.l., i) come rispetto delle condizioni di cui agli artt. 2464 e 2465 c.c. (PRESTI/Comm. BP [2006], 50); ii) come onere di allegare la diversa relazione giurata di cui all'art. 2465 c.c., per i conferimenti di beni in natura e di crediti; iii) come inammissibilità di qualsiasi richiamo alla disciplina della valutazione del conferimento senza relazione giurata di stima ai sensi dell'art. 2343-ter c.c.; iv) ragionevolmente, nel silenzio della legge scritta, come necessità di allegare all'atto costitutivo i documenti da cui risultino le garanzie (o le cauzioni) prestate per i casi di conferimento in denaro "rinviato" ovvero di conferimento di prestazioni d'opera o di servizi (art.2464, commi 4 e 6, c.c.) – in quanto « condizioni di legalità » dei medesimi (ONZA [2008], 171, 181 ss.) e, plausibilmente, dello stesso atto costitutivo (benché incerto ne sia il quadro sanzionatorio – responsabilità professionale del notaio a parte – dubbia restando l'applicazione dell'art. 2332, co. 1, n. 3, c.c.) – ove si ritenga tale ultimo conferimento « non in contanti » non soggetto a stima attraverso perizia giurata ai sensi dell'art. 2465 c.c. (SCIUTO [2009], 676 ss.; diversamente opinando, vale anche per questo quanto si afferma *sub ii*): in questo diverso senso MONTAGNANI [2003], 18; OLIVIERI [2008], 67 ss., benché quest'allegazione non dovrebbe esonerare dall'altra, dei documenti comprovanti garanzie o cauzioni). Da risolvere in termini identici al diritto della S.p.A. rimane il problema se l'osservanza delle condizioni dell'art. 2329 c.c. (per cui si rinvia al commento ad art. 2463 relativo a « il capitale e le condizioni per la costituzione della S.r.l. ») debba precedere la stipulazione dell'atto costitutivo o possa legittimamente seguirla e precedere invece solo il deposito dell'atto per l'iscrizione (*ex art.* 2330 c.c.). Problema nato sotto la vigenza del regime di omologazione delle società di capitali – che induceva a distinguere tra condizioni della stipulazione e condizioni dell'omologazione –, sembra ora superato con la soppressione del regime omologatorio, avvenuta con legge 340/2000; così parendo plausibile che le condizioni dell'art. 2329 c.c. – con l'eccezione delle speciali autorizzazioni da chiedersi dopo la costituzione (n. 3, stesso articolo) – debbano di norma tutte preesistere alla stipulazione dell'atto e non soltanto precederne l'iscrizione (CAMPOBASSO [2009], 161; ZANARONE [2010], 255 ss.; ma per la tesi contraria, ribadita sotto il diritto vigente, v. MONTAGNANI [2003], 18; v. anche *ultra* GINEVRA e GHIONNI CRIVELLI VISCONTI);

f) infine, a chiusura del discorso (*lato sensu*) sul procedimento costitutivo, va osservato che la disciplina della S.r.l., diversamente che per la S.p.A., resta silente in punto di **patti para-sociali**. Ma a questa importante lacuna occorre rinviare alla *sedes materiae* (v. *ultra* MARANO).

II. Atto costitutivo e contenuti

- 2| Dai contenuti dell'atto costitutivo deriva, si accennava, la disciplina del rapporto sociale, in quanto ordinamento di poteri funzionale ad un programma d'iniziativa specu-

lativa (o, rispettivamente con riguardo alle varianti associative del Libro quinto o del Libro primo del codice civile, mutualistica o devolutiva). Sono allora espressamente disposte le seguenti indicazioni:

« il cognome e il nome o la denominazione, la data e il luogo di nascita o lo Stato di costituzione, il domicilio o la sede, la cittadinanza di ciascun socio » (art. 2463, co. 2, n. 1, c.c.). Di tale, chiara, disposizione si è osservato come essa valga oggi a dissipare dubbi (già superabili, peraltro, sotto l'abrogato art. 2475, co. 1, n. 1 c.c., come ricorda STELLA RICHTER *jr* [2007], 282) intorno a ciò, che **soci di s.r.l.** possano legittimamente essere non soltanto persone fisiche, ma anche enti di diritto privato o di diritto pubblico, salve espresse esclusioni di legge (MANZO [2003], 32; LOFFREDO [2004], 1415; PRESTI/*Comm. BP* [2006], 43; TASSINARI [2007], 978; STELLA RICHTER *jr* [2007], 282; MARTINA [2009], 983; ZANARONE [2010], 222 ss.; GARILLI [2010], 1802). Privato di portata esclusiva è il riferimento alla « denominazione (sociale) » e non anche alla « ragione sociale »: sicché enti privati si intendono dotati e non di personalità giuridica, lucrativi e non (LOFFREDO [2004], 1415; MARTINA [2009], 984; GARILLI [2010], 1802). La formula dello « **Stato di costituzione** » (introdotta dall'art. 5, co. 1, lett. ii, D. Lgs. 6.2.2004, n. 37) si coordina con il criterio di individuazione della legge applicabile ai sensi dell'art. 25, co. 1, I periodo, legge 31.5.1995, n. 218, che fa riferimento allo « Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione » (Relazione ministeriale § 1.3; in dottrina v. LOFFREDO [2004], 1415; MAGLIULO [2007], 24 ss.; TASSINARI [2007], 978; CAGNASSO [2007], 64; MARTINA [2009], 984).

« La denominazione, contenente l'indicazione di società a responsabilità limitata, e il comune ove sono poste la sede della società e le eventuali sedi secondarie » (art. 2463, co. 2, n. 2, c.c.). Rispetto all'abrogato art. 2473 c.c. – una disposizione in tutto ricalcata sulla corrispondente dettata per la società per azioni (v. art. 2326 c.c., invariato) – la disciplina del **nome della società** è ora “rifusa” nei contenuti dell'atto costitutivo (si veda ancora l'abrogato art. 2475, co. 1, n. 2 c.c., che viceversa tra i contenuti richiamava la « denominazione »). L'innovazione non è esente da difetti redazionali, più o meno innocui: *a*) certamente innocua è una prima omissione, per cui nel nuovo diritto si parla « denominazione » in luogo di « denominazione sociale »; *b*) plausibilmente innocua è un'altra omissione, per cui, abbandonato lo stile della S.p.A., è caduta la formula « in qualunque modo formata », così inducendo a chiedersi – sul piano della disciplina del nome sociale, anziché della costituzione della società (certa essendo la sanzione dell'art. 2332, co. 1, n. 3, c.c. solo per le omissioni redazionali) – se il principio di libertà nella formazione della denominazione sia venuto meno dal nostro ordinamento. Ma, a parte che secondo la migliore interpretazione la formula oggi presente solo nel diritto della S.p.A. si ritiene evocativa soltanto della non obbligatorietà della indicazione del nome di uno o più soci – nessuno di questi essendo investito di sopportazione illimitata del rischio dell'iniziativa sociale (e l'investitura deve essere **istituzionale**; sicché non si fa eccezione in caso di S.p.A. o S.r.l. unipersonale: STELLA RICHTER [2008], 37; SCIUTO [2009], 671, nt. 24): lo si comprende attraverso raffronto con l'art. 2453 c.c. (ieri art. 2463 c.c., mutato soltanto nella numerazione e invariato per il resto) –, in assenza di previsioni testuali non si vede a quali vincoli dovrebbe sottostare la formazione della denominazione sociale (MONTAGNANI [2003], 14; LOFFREDO [2004], 1416; PRESTI/

Comm. BP [2006], 43; STELLA RICHTER [2008], 36; MARTINA [2009], 984; ZANARONE [2010], 225, nt. 51; GARILLI [2010], 1803). Sotto altro profilo, in questa sede si può solo brevemente ricordare la centralità della indicazione, nella denominazione sociale, del tipo di società prescelto dai soci ai fini della qualificazione della fattispecie e come l'omissione di qualsiasi indicazione della denominazione sociale provochi, dopo l'iscrizione, nullità della società *ex art.* 2332, co. 1, n. 3, c.c. (SCIUTO [2000], 72 ss.; ZANARONE [2010], 226).

- 5| Veniamo ora ad altra omissione, nella stessa disposizione qui commentata, favorevolmente salutata sin dai primi commenti come una misura di semplificazione. Si tratta della indicazione del comune (o dei comuni) in cui sono ubicate la **sede principale** e le (eventuali) **sedi secondarie**: la norma – rispetto all'art. 2475, co. 1, n. 2, c.c., abrogato – è ora esplicita nel non richiedere indicazione della via e del numero civico; sicché si ritiene comunemente 1) che una variazione di indirizzo all'interno del territorio del comune medesimo non richieda modificazione dell'atto costitutivo (MANZO [2003], 33; LOFFREDO [2004], 1416; PRESTI/*Comm. BP* [2006], 43; MARTINA [2009], 984; ZANARONE [2010] 227; GARILLI [2010], 1803) e 2) che l'indirizzo (comprensivo di via e numero civico) della sede sociale andranno precisati nella domanda di iscrizione al registro delle imprese e che in caso di successiva modificazione di tale indirizzo gli amministratori ne depositano apposita dichiarazione presso il registro delle imprese (art. 111-*ter* disp. att. trans. c.c.; LOFFREDO [2004], 1416; PRESTI/*Comm. BP* [2006], 43; STELLA RICHTER [2007], 283; CAGNASSO [2007], 65; MAGLIULO [2007], 27 ss.; TASSINARI [2007], 978; MARTINA [2009], 984; ZANARONE [2010], 227-228). Diversamente, per il trasferimento della sede principale ad altro comune (così come per l'istituzione, lo spostamento ad altro comune, la soppressione di sedi secondarie) occorrerà modificare l'atto costitutivo, attraverso deliberazione assembleare dei soci (v. art. 2479, co. 2, n. 4; art. 2479, co. 4, c.c.; non essendo praticabile – nella S.r.l. – una modificazione statutariamente delegata all'organo amministrativo – o del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione – ammessa invece nella S.p.A.: v. art. 2365, co. 2, c.c.: ZANARONE [2010], 227-228, testo e nt. 57).
- 6| « L'attività che costituisce l'oggetto sociale » (art. 2463, co. 2, n. 3, c.c.). Le censure mosse dai primi fino ai più recenti commenti alla tecnica redazionale della riforma del 2003 – che ha imposto un cambiamento di formule rispetto al diritto antecedente, che comandava soltanto l'indicazione dell'« oggetto sociale » nell'atto costitutivo (v. art. 2328, co. 1, n. 3; art. 2475, co. 1, n. 3; art. 2518, co. 2, n. 3, c.c., abrogati) – possono sintetizzarsi negli argomenti del disallineamento lessicale, della « cosmesi » delle formule, della occasione perduta. A) Il **disallineamento lessicale** è diffuso in tutto il codice civile. Osservando complessivamente il diritto societario, la **nuova formula statutaria** è adottata solo per S.p.A. e S.r.l.: oltre alla disposizione in commento si veda il nuovo art. 2328, co. 2, n. 3, c.c.; all'inverso, la vecchia formula persiste, ovviamente, per la S.n.c. – v. art. 2295, n. 5, c.c. – e, meno ovviamente, per le cooperative, alle quali tuttavia è imposto espressamente il richiamo documentale alla specificità dell'oggetto ed alla funzione mutualistica – v. il nuovo art. 2521, co. 3, n. 3, c.c.: « la indicazione specifica dell'oggetto sociale con riferimento ai requisiti e agli interessi dei soci ». Addentrandosi nel diritto della S.r.l., si intravede il disallineamento confrontando la disposizione in commento con l'art. 2332, co.

1, n. 3, c.c., secondo cui la nullità della società discende da « mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante [...] l'oggetto sociale »: non era da menzionarsi nell'atto costitutivo, invece, l'« attività che costituisce l'oggetto sociale »? Ancora all'interno del diritto della S.r.l., si confronti la disposizione in commento con l'art. 2473, co. 1, c.c., che in tema di presupposti del recesso fa genericamente riferimento al « cambiamento dell'oggetto [della] società », anziché dell'« attività che costituisce l'oggetto sociale », iscritta nell'atto costitutivo e dalla cui modificazione l'esercizio del diritto di recesso prende avvio. Peraltro, non potrebbe essere più evidente il contrasto con le formule adottate in tema di S.p.A.: si veda l'art. 2437, co. 1, lett. a), c.c.: « la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società »; disposizione coordinata con quelle sui contenuti dell'atto costitutivo contrariamente all'omologa in tema di S.r.l. Dunque, se il legislatore avesse voluto esaltare la dimensione « contrattuale » della prima e quella « istituzionale » della seconda e così diversamente declinare in chiave tipologica la disciplina del recesso, perché riprodurre in modo identico le disposizioni sull'atto costitutivo? B) La censura di mera « cosmesi » delle formule (MONTAGNANI [2003], 13, della quale il virgolettato) è tutt'una con il rimpianto dell'« occasione perduta » (ancora MONTAGNANI [2003-I], 37 ss.; MONTAGNANI [2003], 14; LOFFREDO [2004], 1417): le già prospettate osservazioni in tema di disallineamento lessicale, da un lato, e la vaghezza della formula dell'« attività che costituisce l'oggetto sociale » inducono la corrente di pensiero più che maggioritaria a sostenere che poco o nulla sia cambiato rispetto al passato (MONTAGNANI [2003-I], 37 ss.; MONTAGNANI [2003], 14; LOFFREDO [2004], 1417; PRESTI/Comm. BP [2006], 43; MAGLIULO [2007], 29 ss.; MARTINA [2009], 984 ss.; GARILLI [2010], 1804; minoritaria sembra rimasta l'opinione di ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE [2009], 246; PRESTI-RESCIGNO [2007], 219; CAGNASSO [2007], 65, secondo i quali la nuova formula imporrebbe oggi maggiore analiticità, peraltro confermando – ad avviso di TASSINARI [2007], 979 – interpretazioni giurisprudenziali ante-riforma). Di conseguenza, non sembra registrarsi « un consapevole scostamento del legislatore della riforma rispetto alla tradizione, i cui problemi sono destinati a riaffacciarsi per intero » (ZANARONE [2010], 228, del quale il virgolettato). Se così è, si è sciupata una importante opportunità per imporre maggiore analiticità nella descrizione documentale dell'oggetto sociale, ferma restando la totale incertezza del quadro sanzionatorio, considerato che la nullità della società discende soltanto da « mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante [...] l'oggetto sociale » (art. 2332, co. 1, n. 3, c.c.; corsivo aggiunto), non invece da indicazioni generiche, la vaghezza potendo discendere tanto dalla reticenza quanto dalla prolissità della clausola. Altre opportunità sprecate si segnalano in materia di rigorosa distinzione tra oggetto sociale, attività (= impresa) costituente l'oggetto sociale ed oggetto del contratto.

Cercando di dare un valore conoscitivo alle distinzioni – del tutto vaga è quella tra oggetto e attività sociale nel testo legislativo –, parte della dottrina la respinge, ravvisando nel primo « sempre e necessariamente un'attività » e traendone la conseguenza che « nella sua descrizione un certo grado di genericità, oltre ad essere normale, sia anche necessario

[...] » (STELLA RICHTER [2007], 285); ferma restando, nella elasticità, l'esigenza di determinare i « settori specifici » (PRESTI/Comm. BP [2006], 44) nella determinazione dell'attività v. anche PRESTI/Comm. BP [2006], 43). Resterebbero da chiarire – sul piano normativo – differenze e interrelazioni basate su ciò, che mentre l'« **oggetto sociale** » evoca un programma (poi di investimento in attività imprenditoriali), l'« **attività** » richiama l'impresa della società (o l'attività occasionale, nel caso di società c.d. occasionali), dunque il primo si classifica fra le dichiarazioni, mentre la seconda tra i fatti. Di conseguenza, quando si afferma che un'attività non è permessa alla S.r.l. (es. bancaria, assicurativa, servizi ed attività di investimento, gestione collettiva del risparmio) ovvero le è consentita (es. intermediazione finanziaria ex art. 107 t.u.b.) si allude, non già al fatto in sé, bensì all'attività programmata, in vista di un controllo pubblico sulla compatibilità tipologica; controllo che, in quanto tale, non può che prendere le mosse dall'atto costitutivo come documento.

- 8| Tra **oggetto sociale e oggetto del contratto** oggi non pare più legittima una sovrapposizione concettuale, dell'oggetto sociale come “oggetto del contratto di società”. Nella prospettiva della società come organizzazione, certo oggi l'importanza dell'oggetto sociale pare diminuita nei rapporti con i terzi, solo che si consideri il superamento del vincolo per la riduzione facoltativa del capitale sociale (v. art. 2445; art. 2482 c.c.) e l'abrogazione dell'art. 2384-bis c.c. sugli atti c.d. *ultra vires* compiuti dagli amministratori (per i quali l'oggetto sociale oggi è solo più misura della correttezza dell'adempimento della funzione e dunque parametro di responsabilità, della giusta causa di revoca dalla carica e di altri rimedi di ordine personale, come si spera di avere dimostrato in SALAMONE [2008], 1095 ss.); questo non toglie, proprio in tema di disciplina dell'atto costitutivo, di chiedersi se ed in che misura le regole comuni del contratto siano applicabili; dubbi sollevandosi in tema di applicabilità del requisito della determinabilità ex art. 1346 c.c. (quale ipotesi subordinata alla determinatezza) in vista sia di specifiche disposizioni del diritto della S.r.l. che fanno espressamente riferimento alla « determinatezza » dell'oggetto sociale (art. 2473, co. 1; art. 2479, co. 2, n. 5, c.c.; ZANARONE [2010], 229; forse già PRESTI/Comm. BP [2006], 44) sia di insormontabili difficoltà di applicazione della disciplina comune dell'arbitraggio (art. 1349 c.c.) correlabili alla natura del contratto associativo – quel contratto che, individuata una « funzione », articola di conseguenza un ordinamento di poteri a rilievo metaindividuale – (STELLA RICHTER [2007], 285). L'importanza dell'oggetto sociale sta in ciò, che da questo si snoda la « funzione » che informa tutta l'attività sociale ed è così – oggi come ieri – che indicazioni eccessivamente generiche (quando cioè l'oggetto sociale pare documentalmente « tutto e niente » al tempo stesso), certamente non sanzionabili con la nullità della società ai sensi dell'art. 2332, co. 1, n. 3, c.c. (perché comunque non si traducono in una « mancanza » secondo SCIUTO [2010], 84), potrebbero forse esserlo attraverso lo scioglimento per impossibilità di raggiungimento dell'oggetto sociale – benché la proposta sia di dubbia tenuta, considerato che per il testo dell'art. 2484, co. 1, n. 2, c.c. l'impossibilità deve essere « sopravvenuta ».

Non si considera invece genericamente formulato l'oggetto sociale consistente in una **pluralità di attività economiche**, purché non genericamente indicata, a meno di previsione normativa di esclusività (PRESTI/Comm. BP [2006], 44; ZANARONE [2010], 231; ATLANTE [2010], 49; *contra* v. però BUONOCORE [2003], 147);

« L'ammontare del capitale, non inferiore a diecimila euro, sottoscritto e di quello versato » (art. 2463, co. 2, n. 4, c.c.). Si rinvia al commento ad art. 2463 relativo a « il capitale e le condizioni per la costituzione della S.r.l. » in quest'opera;

« I conferimenti di ciascun socio e il valore attribuito ai crediti e ai beni conferiti in natura » (art. 2463, co. 2, n. 5, c.c.). Non dovrebbe dubitarsi oggi che la disposizione debba interpretarsi nel senso della necessità: 1) di **descrivere analiticamente** tutti i conferimenti sottoscritti, sia in denaro sia in natura o crediti, indicandone analiticamente i soci sottoscrittori di ciascuno di essi: lo si desume leggendo il successivo n. 6 dell'art. 2463, co. 1 e l'art. 2468, co. 2, II periodo, c.c. che permettono il dimensionamento della partecipazione sociale sia in via proporzionale sia in via non proporzionale al conferimento, rendendo, in entrambi i casi, fondamentale la conoscenza del relativo valore, anche ai fini dell'interpretazione dell'atto costitutivo. Convinzione che esce rafforzata dal raffronto con l'art. 2475, co. 1, n. 5, c.c., abrogato, che in un sistema che faceva la scelta opposta (per il rigido dimensionamento della partecipazione sociale sul valore del conferimento) era più laconico (LOFFREDO [2004], 1418); 2) di indicare il **valore** dei conferimenti in natura o di crediti, come da valutazione effettuata ai sensi dell'art. 2465 c.c., la cui documentazione (perizia giurata) deve essere allegata all'atto costitutivo; 3) di **distinguere tra la parte da imputarsi a capitale da quella costituente soprapprezzo** (arg. *ex* art. 2464, co. 4; art. 2465, co. 1, II periodo, c.c.).

L'omissione totale – nel senso di: « mancanza » totale delle indicazioni non altrimenti desumibili dall'atto costitutivo (SCIUTO [2010], 83 ss.) – è certamente sanzionabile con nullità della società, ai sensi dell'art. 2332, co. 1, n. 3, c.c.; meno chiaro è se una « mancanza » relativa ad un singolo conferimento debba condurre alla stessa sorte: plausibile che sì, ove l'atto costitutivo ed i suoi allegati non offrano elemento alcuno per colmare la lacuna né risulti in alcun modo applicabile la regola suppletiva dell'art. 2342, co. 1, c.c. (richiamata dall'art. 2463, ultimo comma, c.c.), così da non potersi dire raggiunta la « parità contabile » tra conferimenti sottoscritti e capitale nominale (art. 2464, co. 1, c.c.).

Ma la disposizione in commento – benché più precisa nella sua formulazione rispetto alla omologa dettata in tema di S.p.A., che apparentemente ignora i conferimenti in denaro (v. art. 2328, co. 2, n. 6, c.c.) – genera un duplice, importante interrogativo: cosa ne è dei conferimenti di prestazioni d'opera e di servizi?; cosa ne è dei conferimenti non soggetti a capitalizzazione (per natura o per volontà delle parti)?

A) Larga parte della dottrina, argomentando dalla svista redazionale nella trasposizione dell'abrogato art. 2475, co. 1, n. 5, c.c. nella nuova disposizione, ritiene comunque doversi includere l'indicazione e la valutazione del **conferimento di prestazioni d'opera e di servizi** (LOFFREDO [2004], 1419; PRESTI/Comm. BP [2006], 45; MAGLIULO [2007], 33; TASSINARI [2007], 979; STELLA RICHTER [2008], 37; MARTINA [2009], 986), immaginando di interpretare la formula « beni in

natura e crediti » nel più ampio senso di conferimenti « non in contanti » della Direttiva n. 77/91/CEE (così ZANARONE [2010], 239, nt. 87); ma l'argomento prova troppo, sia perché la Direttiva non si applica alla S.r.l., oggi neppure più per opzione nazionale, sia perché l'art. 7 della stessa espressamente esclude che « impegni di esecuzione di lavori o di prestazione di servizio » possano legittimamente concorrere a formare il capitale sottoscritto. Data per scontata l'opportunità della descrizione del conferimento di prestazioni d'opera e di servizi e della indicazione della relativa valutazione in atto costitutivo, occorre darsi meno sbrigativamente carico di verificarne l'obbligatorietà. Questa dovrebbe discendere dal sistema: quando si tratta di conferimenti soggetti a capitalizzazione, la *ratio* della disposizione in commento dovrebbe apprezzarsi in primo luogo nella direzione della formazione del capitale sociale e, più precisamente, della determinazione del raggiungimento della parità contabile (tra capitale nominale e conferimenti: v. nuovamente art. 2464, co. 1, c.c.). Si paleserebbe allora la incongruenza di una parità raggiunta, ma non documentata (in ragione di un conferimento inesplicitamente capitalizzato). Senza dire della difficoltà di accertare contabilmente la misura della liberazione del conferimento. Si dovrebbe considerare dunque come obbligatoria l'indicazione nell'atto costitutivo del conferimento d'opera e del relativo valore: fra l'altro, l'art. 2464, co. 6, II periodo, c.c., dispone per l'eventualità che si intenda sostituire la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa con una cauzione, « se l'atto costitutivo lo prevede ». Sarebbe davvero singolare che la legge prevedesse l'indicazione solo eventuale in atto costitutivo, a seconda del tipo di garanzia prestata, di un conferimento peraltro capitalizzato. Non sembra invece potersi legittimamente richiamare per *analogia legis* l'art. 2295, n. 7, c.c. (in quel senso però TASSINARI [2005], 1736), che invero richiede la sola indicazione delle prestazioni d'opera, ma non (necessariamente) del relativo valore, stante la diversa disciplina della formazione e poi della conservazione del capitale sociale nelle società di persone. Certo, quella del legislatore della riforma è un'omissione non da poco, neppure rimediata in occasione di due decreti correttivi, preceduti da un'altra cripto-correzione (lo sottolinea SCIUTO [2009], 677); ma tant'è. Quanto alla indicazione, dovrà allora descriversi in atto costitutivo la prestazione d'opera o di servizi promessa ed il tempo della sua esecuzione, per delimitare il periodo di ammortamento necessario ad accertare l'avvenuta o la mancata liberazione del conferimento. Quanto alla documentazione della valutazione, valga quanto affermato più sopra (cfr. *supra* n. 1): i) non vi è dubbio che all'atto costitutivo debba allegarsi la documentazione attestante la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa o la cauzione, trattandosi di condizione di legalità del conferimento e, plausibilmente, dello stesso atto costitutivo; ii) poi, chi aderisca alla idea – dibattuta – per cui anche il conferimento d'opera sia soggetto a stima attraverso perizia giurata dirà che pure questa dovrà essere allegata all'atto costitutivo ex art. 2465, co. 1, II periodo, c.c. A prescindere dalle asseverazioni formali (la sola garanzia od anche la perizia), però, il valore del conferimento da iscrivere nell'atto costitutivo è sempre quello deciso dal socio sottoscrittore: è questa una valutazione solo formale, perché la valutazione effettiva è legata alla misurazione della liberazione – come si è detto – ed è rinviata ad una fase successiva alla costituzione (ONZA [2008], 174 ss.).

B) Il secondo dei preannunciati interrogativi – se la disposizione in commento obblighi ad iscriverne nell'atto costitutivo anche i **conferimenti non capitalizzati** – finora ha ricevuto, a quanto consta e salvo errori, soltanto una risposta negativa, secondo cui – correlandosi la norma alla formazione del capitale – sarebbe ultroneo assoggettare allo stesso regime gli apporti fuori capitale (TASSINARI [2005], 1736). Vero è che qui non si pone un problema di raggiungimento della parità contabile tra conferimenti e capitale nominale; ma, come si intuisce facilmente, non è solo questa la finalità perseguita dalla disposizione che richiede di indicare i conferimenti in atto costitutivo. Una non meno importante funzione deve infatti ricercarsi nella prospettiva del dimensionamento della partecipazione sociale, che solo naturalmente è proporzionale al conferimento ed è fatto salvo il diverso criterio dell'atto costitutivo (v. nuovamente art. 2463, co. 1, n. 6 ed art. 2468, co. 2, II periodo, c.c., già ricordati). A questo proposito, è noto che il dimensionamento non proporzionale può essere sorretto dalle cause più diverse (sociali e non): fra le quali (benché non soltanto) il conferimento non capitalizzato (per scelta o per natura). Ora, la documentazione nell'atto costitutivo di questi apporti potrebbe acquisire un ruolo fondamentale anzitutto ai fini dell'interpretazione dello stesso (*supra* n. 1).

« La quota di partecipazione di ciascun socio » (art. 2463, co. 2, n. 6, c.c.). Questa indicazione – secondo la corrente di pensiero maggioritaria – si ritiene necessaria solo nel caso di **dimensionamento della quota non proporzionale** al valore del conferimento: nel silenzio dell'atto costitutivo (vale a dire: ove da questo una diversa previsione non sia desumibile), si applica, in ragione dell'art. 2468, co. 2, II periodo, c.c. **la c.d. regola plutocratica**, che della S.r.l. è il regime naturale e residuale della distribuzione del potere ai soci (da non confondere invece con il regime della misurazione del potere stesso: v. art. 2468, co. 2, I periodo, c.c.). Pur rinviandosi per un commento esauriente in quest'opera alla *sedes materiae*, va ricordato che l'abrogazione dell'art. 2474 c.c. (vecchio stile) legittima una interpretazione di più ampio respiro tipologico della disposizione secondo cui « le partecipazioni dei soci non possono essere rappresentate da azioni » (così ora l'art. 2468, co. 1, c.c.; v. anche art. 2472, co. 2, c.c., abrogato): nel senso che – consumato il divorzio dallo schema organizzativo della « piccola società per azioni senza azioni » – il precetto che ieri voleva plausibilmente dire divieto di cartolarizzazione delle partecipazioni sociali, oggi implica invece divieto di adozione della tecnica azionaria di misurazione della partecipazione sociale – in sintonia, fra le altre cose, con il principio della « rilevanza centrale » del socio, stabilito dalla legge delega (art. 3, co. 1, lett. a), legge 366/2001) – per fare della S.r.l. un tipo di società idoneo alla raccolta di capitali di rischio soltanto « nominati » (in tal senso, v. ancora l'art. 2468, co. 1, c.c., ove aggiunge, fra l'altro, che le partecipazioni sociali non possono « costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari »; SPADA [2003]). Ai fini di un discorso limitato ai contenuti dell'atto costitutivo ciò significa – redazionalmente – che la quota è più opportunamente da rappresentarsi attraverso una proporzione (1/3; 2/3, etc.) e/o una percentuale (30%; 60%; etc.); che nulla impedisce che la quota venga parametrata al valore del conferimento (es. 2.500,00 euro su 10.000,00 euro di capitale nominale sottoscritto), ma che quest'ultima modalità potrà legittimamente tener luogo solo in caso di opzione per

- il regime legale plutocratico, mentre delle modalità più sopra dette ci si può avvalere sia in caso di opzione plutocratica sia in caso di opzione diversa (fermo restando, come si è detto, che l'opzione plutocratica potrebbe discendere anche dal silenzio dell'atto costitutivo). Non è invece riproducibile, oggi, la standardizzazione delle partecipazioni sociali attraverso la tecnica (che direi pseudo-azionaria o surrogata) del valore nominale della quota pari ad un euro o ad un suo multiplo, tantomeno per tradurre in atto un dimensionamento della quota non proporzionale al conferimento (SCIUTO [2009], 674).
- 17| La disposizione in commento resta silente in punto di « **particolari diritti** » dei soci; ma, come si desume agevolmente dalla lettura dell'art. 2468, co. 3, c.c., un riscontro nell'atto costitutivo è necessario: trattandosi di opzione facoltativa, essa sarà un contenuto eventuale, da indicarsi ai sensi del n. 6 o, trattandosi di « diritti riguardanti l'amministrazione della società », anche del n. 7 dell'art. 2463 c.c.
- 18| È scomparsa, infine, la previsione delle « norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti » (v. art. 2475, co. 1, n. 6, c.c., abrogato), a differenza che nella S.p.A. (v. il vigente art. 2328, co. 2, n. 7, c.c.), perché, plausibilmente, assorbita nei più ampi regimi opzionali del dimensionamento della quota e dei diritti particolari (in questo caso: a contenuto patrimoniale).
- 19| È plausibile – ma sembra classificazione dal ricavo conoscitivo assai modesto – che le **clausole relative alla limitazione o alla esclusione della circolazione della partecipazione sociale** (art. 2469, co. 2, c.c.) siano contenuti eventuali dell'atto costitutivo da esprimersi ai sensi della disposizione in commento.
- 20| « Le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l'amministrazione, la rappresentanza » (art. 2463, co. 2, n. 7, c.c.) e « le persone cui è affidata l'amministrazione e l'eventuale soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti » (art. 2463, co. 2, n. 8, c.c.). Conviene, per le evidenti connessioni, commentare unitariamente le disposizioni dei nn. 7) e 8). Quanto ad amministrazione e rappresentanza, utilmente ricordando che con questa formula il legislatore rispettivamente evoca *a*) l'adozione delle decisioni di gestione dell'impresa sociale (ma anche delle decisioni di controllo) e poi *b*) la manifestazione a terzi di dichiarazioni a nome della società attuative di quelle decisioni, la disposizione del n. 7) comanda la espressione delle regole; della indicazione dei nominativi dei funzionari – non senza generare problemi, come si vedrà – si occupa invece il n. 8). Della classe di indicazioni del n. 7) si è già detto, affrontando il tema della « scomparsa » dello statuto: trova qui luogo la parte a contenuto organizzativo dell'atto costitutivo, con particolare riferimento – sicuramente ma non soltanto – alle regole concernenti amministrazione e rappresentanza.
- 21| Tra i contenuti eventuali, vi sono certamente le **clausole di arbitraggio** nei contrasti inerenti decisioni amministrative ai sensi dell'art. 37 d.lgs. n. 5/2003 (MONTAGNANI [2003], 15, ma senza precisa collocazione tra le indicazioni dell'atto costitutivo).
- 22| Vi saranno, poi, altri contenuti eventuali, non direttamente concernenti né l'amministrazione né la rappresentanza della società e tuttavia anch'essi costituenti « norme relative al funzionamento della società », quali ad es., senza pretesa di essere esaurienti: i proce-

dimenti decisionali dei soci mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto (art. 2479, co. 3, c.c.); le regole in deroga a quelle legali (là dove derogabili) circa il procedimento deliberativo assembleare (art. 2479-bis c.c.); l'attrazione alla competenza decisionale dei soci di materie espressamente indicate (art. 2479, co. 1, c.c.); la delega agli amministratori del potere di aumentare il capitale (art. 2481 c.c.: su quest'ultimo punto, ritiene correttamente che la delega possa legittimamente essere espressa già originariamente nell'atto costitutivo GIANNELLI [2009], 292); il potere e le modalità di emissione dei titoli di debito (art. 2483 c.c.); etc.

In linea di principio, le **regole decisionali** – se omesse – conducono all'applicazione del regime legale residuale, consistente *I)* in caso di indicazione di un unico funzionario, all'amministrazione monocratica; *II)* in caso di indicazione di più funzionari, all'amministrazione pluripersonale di tipo collegiale (c.d. consiglio di amministrazione: art. 2475, co. 3, c.c.). Sotto il profilo del procedimento decisionale, infatti, si dà tanto una disciplina residuale, quanto regimi opzionali, alcuni dei quali espressamente previsti dalla legge. Come è noto, le varianti rispetto all'amministrazione pluripersonale collegiale debbono essere espressamente richiamate e, se del caso, regolamentate nell'atto costitutivo: alcuni modelli decisionali, si diceva, sono previsti dalla legge come regimi opzionali (ad es., sistemi di amministrazione delle società di persone – artt. 2257 e 2258 c.c., cui rinvia l'art. 2475, co. 3, II periodo, c.c. –; procedimenti deliberativi basati sulla consultazione scritta o sul consenso espresso per iscritto: art. 2475, co. 4, c.c.); altri non (ad es., il coinvolgimento, più o meno intenso, dei soci in decisioni inerenti l'impresa sociale *ex* art. 2479, co. 1, c.c., quali – ma non soltanto – i piani strategici e la c.d. alta amministrazione; è peraltro aperto il dibattito se l'intera materia gestoria possa essere legittimamente devoluta alla competenza dei soci: v. in senso favorevole, fatto comunque salvo quanto prevede l'art. 2476 c.c., CIAN [2009], 35 ss.; ancora, l'adozione opzionale del c.d. sistema dualistico di amministrazione, ove ritenuta ammissibile: in senso favorevole v. ONZA [2009], 147 ss. e, successivamente, Trib. Roma, 24.5.2010, in RDS, 1/2011, 143).

Quanto alla **selezione dei funzionari** – e qui passiamo ad occuparci delle indicazioni dovute ai sensi del n. 8 – vale ancora la regola suppletiva, per cui in difetto di norma contraria dell'atto costitutivo l'amministrazione « è affidata a uno o più soci » (art. 2475, co. 1, c.c.); regola che tuttavia non giunge a rendere amministratori tutti i soci nel silenzio dell'atto costitutivo, come invece l'art. 2257 c.c., perché la lettera della disposizione appena citata non prevede automatismi nella designazione, diversamente, come si vedrà, dall'art. 2475-bis, co. 1, c.c. in tema di rappresentanza (SPADA [2003], 496-497, nt. 11; MOZZARELLI [2004], 733 ss.). Sul versante della opportunità, quindi, non può che raccomandarsi un'adeguata disciplina dell'amministrazione – attribuita a soci o non –: senza necessariamente richiamare le regole decisionali degli artt. 2257 o 2258 c.c., l'atto costitutivo può stabilire sia un modello di amministrazione « per persone » – cioè selezionare funzionari a tempo indeterminato, con ciò (certamente) assoggettando la revoca al regime procedimentale delle modificazioni dell'atto costitutivo (IOZZO [2008], 426) e (plausibilmente) subordinandone l'efficacia alla sussistenza di una giusta causa (c.d. stabilità reale: art. 2259, co. 1, c.c.) in analogia alla disciplina delle società di persone (PRESTI/Comm. BP [2006], 47) –, sia « per uffici » – retta cioè da un regime *a)* di rinnovo periodico della carica; *b)* di stabilità solo

personale dell'amministratore, revocabile anche in assenza di giusta causa (salvo risarcimento del danno) e senza l'osservanza delle regole procedurali sulla modificazione dell'atto costitutivo (art. 2259, co. 2, c.c.; art. 2383, co. 3, c.c.)–. Nulla impedisce neppure modelli misti, sempre previa espressa previsione dell'atto costitutivo, basati ad es. sulla designazione di uno o più amministratori da parte di soci titolari di diritti particolari ex art. 2468, co. 3, c.c.; ovvero di amministratori nominati a tempo indeterminato, ma revocabili anche in assenza di giusta causa e senza modificazione dell'atto costitutivo (ABRIANI [2008], 310; ZANARONE [2010], 962 ss.). Venendo però al regime residuale di legge, certo è che il reclutamento degli amministratori è disciplinato in maniera lacunosa e testualmente scoordinata: se l'art. 2475, co. 1, c.c. induce a pensare ad una regola di rinnovo periodico delle cariche, l'art. 2479, co. 2, n. 2 c.c., sotto altro versante, pare esprimersi per la nomina a tempo indeterminato, in difetto di diversa previsione dell'atto costitutivo. Sotto il profilo tipologico, però, la nomina a tempo indeterminato pare incoerente con il « modello corporativo », anche se « attenuato » (scelta legale residuale), e coerente invece con il modello dell'amministrazione « per persone » (opzione statutaria). Nonostante ciò, la legge nulla dice sulla cadenza dei rinnovi, come invece per la S.p.A. (art. 2383, co. 2, c.c.): regola che non dovrebbe risultare applicabile neppure per analogia, perché armonica ad un modello corporativo che non è quello legale della S.r.l., fatto salvo l'espresso richiamo da parte dell'atto costitutivo, peraltro raccomandabile soprattutto in unione ad una opzione verso un'amministrazione « per uffici » attribuibile anche ad estranei e/o a persone giuridiche. Non resta allora che affidarsi all'autointegrazione degli istituti della S.r.l. – fedelmente alla dimensione tutta « contrattuale » della stessa, la cui organizzazione tipologicamente dovrebbe sempre riconoscere il primato ai « rapporti » tra i soci e alla « rilevanza centrale » del socio (v. nuovamente art. 3, co. 1, lett. a), legge delega n. 366/2001: ZANARONE [2010], 68 ss.) – ed immaginare che gli amministratori scadano dalla carica al momento della presentazione ai soci del bilancio di esercizio, secondo la tempistica stabilita per questo, ai sensi dell'art. 2478-bis, co. 1, c.c. Si tratta di soluzione che certo non premia la continuità della gestione (ma un contrappeso è nella ridotta contendibilità del controllo della S.r.l.: v. art. 2469 c.c.); che avvicina l'amministrazione della S.r.l. a quella del condominio degli edifici (art. 1129, co. 2, c.c.); ma che colma una lacuna nella maniera tipologicamente meno insoddisfacente (*contra* v. ad es. MOZZARELLI [2004], 738, necessitato a motivare affermando che il regime legale della S.r.l. è l'amministrazione « per persone »: v. a 746 ss.; PRESTI-RESCIGNO [2007], 242; CAGNASSO [2007], 232; CARCANO [2008], 567; G.F. CAMPOBASSO [2009], 576; RUSSO [2010], 1959, secondo i quali il silenzio dell'atto costitutivo è supplito dalla nomina a tempo indeterminato; soluzione che però genera l'esigenza della specifica elencazione nell'atto costitutivo delle cause di cessazione dalla carica e della regolamentazione dei conseguenti provvedimenti, esigenza peraltro avvertita da un attento seguace dell'indirizzo qui criticato: SANTONI [2005], 251 ss.). Ove invece statutariamente la S.r.l. adotti il modello di amministrazione « per persone », non pare incoerente immaginare amministratori a tempo indeterminato, in difetto di espressa clausola dell'atto costitutivo che orienti verso il rinnovo periodico della carica. Forse questa lettura può recuperare razionalità alla disposizione (altrimenti

estravagante) dell'art. 2479, co. 2, n. 2 c.c., nel senso che: quando il rinnovo periodico della carica non appartenga al modello prescelto, avendo l'atto costitutivo optato per una diversa configurazione, il rinnovo *a*) deve essere espressamente previsto e *b*) è di competenza dei soci (SPADA [2003], 497, nt. 11).

Il discorso deve completarsi nella direzione dei **controlli**. Il sistema legale, come è noto, si articola 1) sul controllo sull'amministrazione dei soci non amministratori (*ex art.* 2476, co. 2, c.c.) e 2) sulla nomina obbligatoria del collegio sindacale con attribuzione della revisione legale dei conti nei casi di cui all'art. 2477 c.c. Fuori da questa casistica, è l'atto costitutivo che può articolare regole e selezionare funzionari preposti *a*) al controllo sulla gestione (magari affidandolo ad un ufficio, quale anche il collegio sindacale, fatta salva l'inderogabilità – ad avviso di chi scrive – del diritto di controllo del socio non amministratore, complementare, nella logica del modello corporativo attenuato, al diritto di *voce* ai sensi dell'art. 2479, co. 1, c.c.); *b*) alla revisione legale dei conti. Anzi, la proposta più equilibrata pare proprio quella secondo cui la disposizione in commento obblighi ad indicare nell'atto costitutivo i componenti del collegio sindacale, ove la nomina risulti obbligatoria per legge (ZANARONE [2010], 245). |25

Maggiori difficoltà sorgono invece con riguardo alla **rappresentanza (organica) della società**. Meritano di essere affrontati congiuntamente i problemi generati dalla difettosa formulazione dei nn. 7) e 8): il primo comanda che fra i contenuti dell'atto costitutivo si includano le regole prescelte sull'esercizio del potere dichiarativo, il secondo tace sulla selezione dei funzionari della dichiarazione (mentre esige che siano nominati quelli della decisione). E tuttavia non può ignorarsi che, per l'art. 2475-bis, co. 1, c.c., « gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società ». Il compendio dei contenuti risulta così essenzialmente riassumibile: 1) individuazione dei funzionari della dichiarazione; 2) individuazione delle regole sulle modalità di esercizio della funzione dichiarativa, in caso di affidamento pluripersonale; 3) individuazione di eventuali limiti al potere rappresentativo ulteriori a quelli legali. |26

Al primo quesito – **individuazione dei funzionari della dichiarazione** – è dato rispondere in maniera circostanziata, non essendo legittimo dissociare del tutto la soluzione in tema di rappresentanza da quella adottata dalla legge o dall'atto costitutivo in tema di amministrazione. Dato per scontato che l'individuazione possa avvenire **nominativamente** (es. Tizio piuttosto che Caio) oppure **indirettamente** (o *per relationem*, in uno con le regole sull'amministrazione: ad es. la rappresentanza spetta al presidente del consiglio di amministrazione; o al consigliere delegato; etc.), occorre dire, in principio, che in difetto di indicazione dell'atto costitutivo il potere di rappresentanza spetta indistintamente a tutti gli amministratori, ai sensi dell'art. 2475-bis, co. 1, c.c. A favore di una tale soluzione milita il diverso tenore testuale di questa disposizione e della omologa dettata in tema di S.p.A., nell'art. 2384, co. 1, c.c.: per quest'ultima, il potere di rappresentanza deve formare |27

oggetto di un'attribuzione (poi: statutaria; assembleare o delegata *ex art.* 2365, co. 2, c.c.), nel qual caso esso ha carattere « generale »; nella S.r.l. (tutti) gli amministratori (già) sono intestatari del potere di rappresentanza (salva diversa disposizione dell'atto costitutivo), con carattere parimenti « generale » (critico, ma senza motivare, CAGNASSO [2007], 234). Merita tuttavia esaminarsi una casistica particolare.

- 28| a) Invero, il problema neppure si pone in caso di **amministrazione monocratica**, la rappresentanza sociale spettando in questo caso all'amministratore unico *ex art.* 2475-*bis*, co. 1, c.c.
- 29| b) In caso di **amministrazione collegiale con delega** ad uno o più consiglieri, il buonsenso suggerisce (all'autonomia statutaria) di attribuire conseguentemente la titolarità del potere di rappresentanza al/ai consigliere/i delegato/i. In difetto di disposizioni dell'atto costitutivo, però, il sistema non sembra condurre alla stessa soluzione. Il tema risultava già dibattuto, come è noto, prima della riforma, sotto il profilo della « sfasatura » tra poteri amministrativo e rappresentativo (Cass. 5468/2001; con nota critica di CERRATO; più di recente ABRIANI [2008], 315). Oggi tuttavia le conclusioni non possono sorreggersi sui medesimi argomenti per la S.p.A. e per la S.r.l. (né sono in larga parte recuperabili per la S.p.A. le ragioni articolate sotto il diritto anteriore, essendone mutato il quadro normativo). Per la prima, infatti, la sfasatura – e con questa la non immediata riferibilità al consigliere delegato di simmetrici poteri rappresentativi in assenza di indicazioni statutarie – è ora desumibile dagli artt. 2380-*bis*; 2384, co. 1; 2365, co. 2, c.c. (là dove si prevede che lo statuto possa attribuire all'organo amministrativo o al consiglio di sorveglianza varie facoltà, tra cui l'indicazione di quali tra gli amministratori hanno la rappresentanza della società: in questo senso MALBERTI [2005], 187; disposizione peraltro assente nel diritto antecedente); mentre per la seconda, addirittura, la differente lettera dell'art. 2475-*bis*, co. 1, c.c. potrebbe indurre ad una diversa declinazione della sfasatura: secondo una interpretazione “estremista” ma testualmente plausibile, potrebbe ipotizzarsi che, a prescindere dalle deleghe, il potere rappresentativo spetti – in difetto di espressa opzione statutaria – « agli » amministratori, cioè a tutti i consiglieri. Il problema per la S.r.l. resta dunque urgente, ché non si intravede la via d'uscita di una disposizione paragonabile all'art. 2365, co. 2, c.c. (sul punto v. anche *infra* n. 35); sicché gli operatori sono chiamati a fare buon uso dell'autonomia statutaria; volendo, anche accentuando la sfasatura dei poteri, per realizzare un gioco di *checks and balances* (es. rappresentanza al presidente del consiglio d'amministrazione, ovvero all'intero consiglio congiuntamente, pur in presenza di consigliere delegato). Per inciso, impregiudicata restando qualsiasi valutazione di ammissibilità dell'amministrazione delegata – contro cui non sono state mosse, dal 2003 in avanti, contestazioni (per tutti RIVOLTA [2007], 527) – va ricordato che questa è del tutto assente dalle disposizioni della S.r.l., neppure per rinvio al diritto della S.p.A., a meno di intravederla nell'art. 2475, ult. comma c.c., ovviamente nella versione precedente agli errata corrige / avvisi di correzione apparsi in Gazzetta Ufficiale nell'estate 2003, ove compariva la locuzione « consiglio di amministrazione », in luogo di quella che compare adesso (« organo amministrativo »). Sta di fatto che, diversamente che per quest'ultima, per la prima l'amministrazione delegata è mero accidente statutario; il

che giustifica allora una particolare prudenza nella « intestazione » della titolarità dei poteri rappresentativi (incoraggiata, d'altro canto, dal tenore letterale dell'art. 2475-bis, co. 1, c.c.).

c) Quando l'atto costitutivo sottragga l'**amministrazione pluripersonale** alla regola della collegialità (c.d. consiglio di amministrazione) per sottoporla alla disciplina prevista per le **società di persone** (artt. 2257 e 2258 c.c.: v. art. 2475, co. 2, II periodo, c.c.), coerenza organizzativa tra modello decisionale e dichiarativo della « società di persone a responsabilità limitata » – in altri termini: coerenza tipologica – sembra indurre l'applicazione, nel silenzio dell'atto costitutivo, del principio dell'art. 2266, co. 2, c.c., per cui « la rappresentanza spetta a ciascun socio amministratore ». La soluzione, peraltro, non cambierebbe granché richiamando (anche) l'art. 2475-bis, co. 1, c.c. (*supra* n. 27). |30

d) Resta da esaminare allora il caso più delicato, del **regime residuale**, vale a dire del consiglio di amministrazione istituito dall'atto costitutivo senza indicazione alcuna di titolari del potere rappresentativo. In questa ipotesi non è dato colmare la lacuna ancora attraverso il ricordato art. 2266, co. 2, c.c., norma a misura di organizzazione non corporativa, bensì attraverso l'art. 2475-bis, co. 1, c.c. (nel quale la dottrina intravede ora una regola analoga: PARRELLA [2003], 112; MARTINA [2009], 987; ZANARONE [2010], 245), secondo cui in difetto di indicazioni dell'atto costitutivo, ogni consigliere è investito del potere di rappresentanza (*supra* n. 27). Va ricordato – in questa sede – come la nomina degli amministratori successivi ai primi debba necessariamente attestare i titolari del potere di rappresentanza (v. art. 2383, co. 4, richiamato dall'art. 2475, co. 2, c.c.): la lacuna dell'atto costitutivo potrebbe – anzi dovrebbe – di volta in volta essere colmata dagli atti di nomina (a questo proposito, benché la più plausibile interpretazione dell'art. 2383, co. 4, c.c. inclini per sottoporre all'onere pubblicitario la dichiarazione di accettazione dell'amministratore anziché l'atto di nomina, non credo che la norma possa mai leggersi come una facoltà di « autoinvestitura » nei poteri di firma). Ma il problema è se nel silenzio dell'atto costitutivo viga per la nomina la più ampia libertà di indicazione degli amministratori rappresentanti; ovvero se la stessa sia vincolata ai principi ordinamentali inesprensamente richiamati dal contratto sociale. Sul punto, riterrei più persuasiva la seconda soluzione, investendo materia di rilievo organizzativo rimessa all'atto costitutivo o, nel silenzio di questo, alla legge e diversamente declinabile solo attraverso una rituale modificazione del primo. |31

Veniamo così al secondo quesito – **individuazione delle regole sulle modalità di esercizio della funzione dichiarativa, in caso di affidamento pluripersonale** –. Una qualche indicazione sul punto l'art. 2463 c.c. pare in questo caso comandare, se si considera che il n. 7) richiede di esplicitare « le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti (...) la rappresentanza ». Formula – come si vedrà – molto più vaga di quella richiesta per gli atti di nomina degli amministratori successivi ai primi (*infra* n. 34). In prima battuta occorre chiedersi quali conseguenze producano le lacune dell'atto costitutivo sul punto. |32

- 33| A) Che le lacune dell'atto costitutivo siano da risolversi secondo i principi espressi nel diritto delle **società di persone**, allorché la S.r.l. sia declinata nel senso dei relativi modelli di amministrazione, pare del tutto ragionevole. Ora, non risulta sia stato mai posto in discussione che l'art. 2266, co. 2, c.c. sia « norma di chiusura » nella misura nella quale, in difetto di diversa disposizione contratto sociale, essa si proponga di individuare i) funzionari; ii) modalità dei poteri funzionali; iii) estensione dei poteri funzionali; i dubbi ricorrendo piuttosto sotto il profilo (appena evocato *sub ii*) della ricerca del regime residuale della rappresentanza. Come è noto, il dibattito oscilla tra una tesi che sostiene che il regime residuale sia quello della legittimazione disgiunta, a prescindere dalle opzioni espressamente effettuate in punto di amministrazione (M. GHIDINI [1972], 440; FOTSE BOLAFFI [1975], 399 ss.; TASSINARI [1993], 101); ed una tesi secondo cui il regime residuale della rappresentanza si ricava per simmetria con quello dell'amministrazione (artt. 2257-2258 c.c.), dovendosi intendere il riferimento testuale a « ciascun socio amministratore », in uno, come individuazione a) tanto del funzionario quanto b) della modalità dei poteri funzionali (così ampia letteratura manualistica: G.F. CAMPOBASSO [2009], 93; FERRARA jr - CORSI [2009], 276-277; FERRI jr [2010], 290; ZANARONE [2010], 996-997). La seconda lettura sembra più convincente, sembrando poco o punto probanti tutti gli agganci testuali richiamati dalla prima corrente di pensiero: non offrono solide basi di argomentazione né l'art. 2297, co. 2, c.c. (scritto per una società non iscritta nel registro delle imprese, per quale verosimilmente – benché non necessariamente – non esiste neppure un contratto sociale formalizzato che abbia espresso regole amministrative e rappresentative diverse da quelle residuali, eventualità peraltro fatta salva dal II periodo dello stesso art. 2297, co. 2, c.c. sotto il profilo dell'opponibilità), né l'art. 2203, co. 3, c.c. (che non riguarda la rappresentanza organica di società e che si integra semmai nel sistema dell'agire per conto altrui: v. infatti coerentemente l'art. 1716, co. 2, c.c.).
- 34| B) Più difficoltoso è trovare una **soluzione nel modello legale della S.r.l.** Il problema rimanda allora ad una materia da lungo tempo dibattuta nella letteratura del diritto delle società: sotto il diritto anteriore alla riforma erano andati formandosi due orientamenti contrastanti, il primo favorevole alla soluzione della legittimazione disgiunta, desunta dal diritto ora delle società di persone (art. 2266, co. 2; art. 2257 c.c.), ora dell'agire per conto altrui (art. 1716, co. 2; art. 2203, co. 3, c.c.) (G.F. CAMPOBASSO [2009], 378, nt. 52; LIBONATI [2009], 522; PICCIAU [2004], 248; CACCAVALE [2007], 522; FIORIO [2008], 562 ss.; RUSSO [2010], 1981) – modelli normativi troppo lontani però dall'organizzazione delle società di capitali –; il secondo per la legittimazione congiunta, fedele ad una simmetria con il potere decisionale, che nel consiglio di amministrazione si forma collegialmente e, dunque, unitariamente (ABBADessa [1975], 154-155; CALANDRA BUONAUURA [1991], 131 ss.; Di SABATO [2005], 340), senza tuttavia trovare un espresso radicamento testuale nel diritto antecedente al 2003, per non parlare delle possibili disfunzioni della organizzazione corporativa (SCIUTO-SPADA [2004] 56 ss., testo e nt. 84). Si è già detto come soltanto la legge, non l'atto di nomina né tantomeno l'atto di accettazione della stessa, possa colmare una lacuna dell'atto costitutivo (art. 2383, co. 4, c.c.: *supra n. 32*); del pari, anche un silenzio in punto di modalità d'esercizio del potere dichiarativo non

può trovare che una soluzione legale, scontato che non si tratti di « mancanza » censurabile attraverso l'art. 2332 c.c. Già, ma quale? A tale quesito, sembra doversi rispondere attraverso una sequenza di argomenti: i) non viene in aiuto l'art. 2266, co. 2, c.c., dettato per un diverso codice organizzativo. Infatti, per le società di persone si tratta di decidere di radicare la regola della rappresentanza tra sistema disgiuntivo o congiuntivo, in simmetria all'amministrazione; per le società di capitali, si tratta di individuare una regola coerente al sistema decisionale collegiale; ii) viene in aiuto invece l'art. 2475-bis, co. 1, c.c., il quale – alla luce soprattutto della differenza testuale con l'art. 2384, co. 1, c.c. ed immaginandolo riferito ad un tempo ai funzionari e alle funzioni – sembra svolgere un ufficio di « norma di chiusura » del tutto simile a quello dell'art. 2266, co. 2, c.c. per le società di persone (*supra* n. 33), nel senso di ii^a) intestare il potere rappresentativo a tutti gli amministratori; ii^b) codificare una regola di simmetria tra modalità della decisione e modalità della dichiarazione, beninteso salvo diverse disposizioni dell'atto costitutivo; ii^c) disegnare l'estensione dei poteri. Da parte il terzo profilo, alla regola di formazione della decisione secondo il principio di collegialità non può che corrispondere, dunque, la regola della **legittimazione congiunta** alla spendita del nome dell'ente (sempre salva diversa disposizione dell'atto costitutivo), per una corrispondenza strutturale tra organizzazioni della decisione e della dichiarazione quale regola suppletiva comandata dall'art. 2475-bis, co. 1, c.c. Una soluzione, si dirà, « costosa » sul piano della gestione, ma poco « rischiosa » sul piano dell'interesse della società. Un bilanciamento suppletivo che l'autonomia statutaria può senz'altro riposizionare invertendo la gerarchia dei valori. Non sembra casuale, a contrario, che chi intravede nella legittimazione disgiunta la regola residuale può solo richiamarsi a disposizioni variamente collegate a decisioni non collegiali: art. 1716, co. 2; art. 2203, co. 3, c.c. (né pare persuasiva l'opinione – per la verità costruita sul diritto della S.p.A. – secondo cui la regola residuale della legittimazione congiunta farebbe sempre salva una diversa indicazione sulle modalità di esercizio del potere rappresentativo previa deliberazione del consiglio di amministrazione: MALBERTI [2005], 186; soluzione non solo di dubbia tenuta sul piano sistematico, perché una deliberazione dell'organo amministrativo non può legittimamente modificare una opzione organizzativa che, pur inespressa, deve farsi risalire all'atto costitutivo; ma soprattutto sfornita di agganci sul piano testuale, potendo – nel diritto della S.p.A. e non in quello della S.r.l. – farsi luogo, previa apposita clausola statutaria di autorizzazione, ad una deliberazione dell'organo amministrativo diretta ad indicare quali, tra gli amministratori, abbiano il potere di amministrazione, ma non le regole da seguire nell'esercizio dello stesso). Invero, la precarietà degli argomenti della lettura criticata trova spiegazione sistematica in ciò, che « la dichiarazione (è) funzionalmente subalterna alla decisione » (v. art. 1391, co. 1, c.c. sulla insindacabilità degli stati soggettivi del rappresentante allorché si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato), salvo che per espressa previsione di legge la gerarchia sia ribaltata, come avviene nel diritto delle società di capitali (che impedisce di opporre divergenze tra dichiarazione e decisione al terzo non in dolo: art. 2384, co. 2; art. 2475-bis, co. 2, c.c.). Si comprende allora che « la procura intersoggettiva collettiva è naturalmente disgiuntiva » perché « il

rappresentato può incondizionatamente opporre i limiti della rappresentanza (cioè le sue decisioni precostituite) »; mentre ove il rappresentato non possa opporre i limiti della procura, è reciprocamente auspicabile – ove una scelta di conformazione dell'ufficio di dichiarazione manchi (come nel caso di lacuna del documento-atto costitutivo) – che la « rappresentanza sia naturalmente congiuntiva per compensare il deficit di protezione del rappresentato »: « optare per la conformazione disgiuntiva (chiunque degli amministratori dichiara in nome della società la impegna) comporta un ulteriore depotenziamento della decisione – depotenziamento che già è in controtendenza rispetto al diritto comune » (SPADA, in un carteggio con lo scrivente, donde i virgolettati). Legittimazione congiunta che deve pertanto intendersi **alla unanimità**, considerato che la regola maggioritaria nella dichiarazione pare il frutto di una sovrapposizione tra due piani concettuali: la regola maggioritaria presiede alla decisione, mentre la dichiarazione è un fatto dipendente dalla, e successivo alla decisione (senza dire della instabilità, nei confronti dei terzi, dei soggetti muniti del potere di firma sociale. La tesi della legittimazione congiunta a maggioranza – da vedere poi se coincidente o meno con la maggioranza che ha espresso la decisione – risale ad ABBADessa [1975], 154-155 ed è ora ripresa da ZANARONE [2010], 998).

- 35| C) La ricostruzione – potrà obiettarsi – pare contraddire quanto si è affermato in caso di **amministrazione collegiale con delega**, sotto il profilo della titolarità dei poteri rappresentativi (*supra* n. 29): se l'art. 2475-bis, co. 1, c.c. veramente codificasse un principio di simmetria, si direbbe, dovrebbe condurre non solo ad attribuire il potere solo ai delegati, con esclusione degli altri consiglieri, ma (altresi) alla legittimazione disgiunta dei consiglieri delegati e congiunta ai membri del comitato esecutivo. Non va dimenticato, però: *a*) che l'amministrazione delegata è uno speciale procedimento decisionale diretto ad abbattere i costi del c.d. metodo collegiale, pur sempre innestato sul tronco di quest'ultimo; *b*) che nella S.r.l. l'amministrazione delegata è assente dal diritto scritto, è mero accidente statutario (*supra* n. 29); *c*) che la (qui asserita) regola di simmetria tra modalità della decisione e modalità della dichiarazione espressa dall'art. 2475-bis, co. 1, c.c. è indissolubile dalla regola di intestazione della titolarità del potere dichiarativo. Pare così ragionevole, in difetto di diversa opzione dell'atto costitutivo, non estendere il principio di simmetria oltre i regimi di amministrazione espressamente previsti dalla legge: quello residuale, dell'amministrazione collegiale (art. 2475, co. 3, I periodo, c.c.); quelli opzionali, dell'amministrazione disgiuntiva o congiuntiva (art. 2475, co. 3, II periodo, c.c.). Ne deriva pertanto un duplice ordine di conseguenze: *i*) in difetto assoluto di previsioni dell'atto costitutivo circa la rappresentanza, tutti i consiglieri sono muniti di firma sociale, vi siano o meno deleghe, sicché la soluzione non può essere che quella della disciplina residuale dell'amministrazione collegiale (= legittimazione congiunta dell'intero organo); *ii*) in caso di attribuzione statutaria del potere di rappresentanza a due o più consiglieri delegati o ad un comitato esecutivo, senza determinazione della modalità, seguirà rispettivamente una legittimazione disgiunta ovvero congiunta, i consiglieri non delegati non essendo muniti di firma sociale (solo a queste condizioni paiono recuperabili i risultati cui si giungeva prima della riforma per il caso di pluralità di deleghe di eguale estensione: CALANDRA BUONAURA [1991], 131 ss.).

Non pare invece il caso soffermarsi sulle espressioni dell'autonomia statutaria in punto di limitazioni al potere rappresentativo degli amministratori, di per sé inopponibili dalla società ai terzi, salvo prova che costoro abbiano agito intenzionalmente a danno della società (art. 2475-bis, co. 2, c.c. – c.d. *exceptio doli*): il terzo quesito inizialmente delineato (**individuazione di eventuali limiti ulteriori a quelli legali**). Sotto questo profilo, il (nuovo) diritto della S.r.l. non manifesta deviazioni rispetto ai principi affermati dalla I direttiva di armonizzazione del diritto delle società (direttiva 9.3.1968, n. 68/151/CEE); sicché possono tenersi per valide sul punto la giurisprudenza e la elaborazione scientifica formatesi dal d.p.r. 29.12.1969, n. 1127 di trasposizione in avanti. In particolare, è opinione corrente che clausole dell'atto costitutivo che impongano la legittimazione congiunta siano opponibili dalla società a terzi anche in assenza di dolo del terzo (argomentandosi dall'art. 9, par. 3, direttiva n. 68/151/CEE, ma non del tutto persuasivamente, perché questa disposizione non impone, bensì facoltizza i legislatori degli Stati membri a dettare una disciplina *ad hoc* di opponibilità di una particolare clausola statutaria; facoltà non esercitata dal nostro legislatore nazionale, rendendo di dubbia tenuta l'interpretazione che ne hanno dato i nostri giudici, quasi si trattasse di norma *self executing*: nel senso criticato v. tuttavia Cass. 2664/1977; Cass. 16376/2004; ABBADESSA [1975], 153 ss.; CALANDRA BUONAURO [1991], 149 ss., secondo il quale l'art. 9, par. 3, direttiva n. 151/68/CEE deve intendersi trasposto nel nostro ordinamento attraverso l'art. 2383, co. 6, c.c., testo abrogato, oggi rifiuto nell'art. 2383, co. 4, c.c. – ma con una forzatura, che mentre la disposizione comunitaria si riferisce a clausole dello statuto, quella nazionale ha riguardo ai contenuti dell'atto di accettazione della nomina dell'amministratore: in questo diverso senso v. ZANARONE [2010], 1001 –; in senso opposto v. Cass. 12420/1995. Ad avviso di chi scrive, l'opponibilità di cui si dice non dovrebbe mai raggiungersi in assenza di « copertura » statutaria conforme); diversamente, quando la legittimazione congiunta sia richiesta solo per alcune categorie di atti, pare corretto ritenere che l'opponibilità torni subordinata alla *exceptio doli* (art. 2475-bis, co. 2, c.c.; Cass. 5468/2001; Cass. 13442/2005, con nota adesiva di FANTI). A conclusioni non dissimili dovrebbe poi giungersi allorché si dia un eventuale riparto delle competenze gestorie (es. amministrazione delegata disgiuntamente a più funzionari, con limiti di delega distinti per ciascun funzionario) con conseguenti limitazioni del potere rappresentativo, inopponibili salvo il caso di *exceptio doli*.

« L'importo globale, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società » (art. 2463, co. 2, n. 9, c.c.).

Un particolare richiamo al diritto della S.p.A. (v. art. 2463, co. 3, che rinvia ad art. 2341 c.c.) integra i contenuti espressamente imposti all'atto costitutivo di S.r.l.: si tratta dei limiti posti ai **benefici riservati ai soci fondatori** (privato di significato nella S.r.l. restando il riferimento alla costituzione per pubblica sottoscrizione), nella misura « di una partecipazione agli utili non superiore complessivamente a un decimo degli utili netti risultanti dal bilancio e per un periodo massimo di cinque anni ». Rispetto al diritto della S.p.A. manca nell'articolo in commento una disposizione analoga a quella dell'art. 2328, co. 2, n. 8, c.c.; ma una norma di segno simile esiste anche qui: in prima battuta, è indiscutibile che il richiamo normativamente valga ad integrare la disciplina dell'art. 2463, co. 2, c.c. sui contenuti dell'atto costitutivo (ZANARONE [2010], 265, nt. 154). Resta da chiedersi se, ed in che

misura, il rinvio (« superfluo » secondo i primi commentatori: MONTAGNANI [2003], 18; MANZO [2003], 30; LOFFREDO [2004], 1421) all'art. 2341 c.c. conservi nel diverso ambiente normativo della S.r.l. un senso precettivo forte, ove si consideri la legittimità dell'attribuzione statutaria a singoli soci di diritti speciali aventi per oggetto la distribuzione di utili (*ex art.* 2468, co. 3, c.c.), che certamente non soffre di limitazioni altrettanto restrittive. Così, più di recente si ritiene, forzando il dato testuale per conservare una distinzione di regime tra benefici e diritti speciali, che mentre quelli possano legittimamente persistere in assenza della qualità di socio (per avere il fondatore alienato la propria quota), questi ne siano indissolubili (MAGLIULO [2007], 68 ss.; PRESTI/*Comm. BP* [2006], 50; ZANARONE [2010], 265). Quanto al contenuto dei benefici riservati ai fondatori *ex art.* 2341 c.c., il riferimento ora circoscritto al co. 1 dell'art. 2340 c.c. dopo la riforma del 2003 apre una inquietante lacuna, che induce un autore a pensare che questi non siano più necessariamente di ordine patrimoniale, ma anche amministrativo (MONTAGNANI [2003], 18), in questo secondo caso senza limitazione temporale. Potrebbe allora originare – sotto questa forma – un elemento destabilizzante del contratto di società, degli equilibri tra organizzazione ed investimento in capitale di rischio (ad es. garantendo un diritto di veto al fondatore, ovvero di nominare un amministratore, destinato a persistere senza limiti alla cessione della partecipazione). Preferibile pensare allora, anche qui con una forzatura testuale, che il limite quinquennale dell'art. 2340, co. 1, c.c. valga indipendentemente dalla natura patrimoniale o non del beneficio riservato (sul punto in quest'opera v. *ultra* GHIONNI CRIVELLI VISCONTI).

- 39| Nulla richiede, infine, l'art. 2463 c.c. in materia di **durata della società**. La lacuna è solo apparente, perché in caso di omissione del termine di durata della società questa dovrà intendersi come contratta a tempo indeterminato, cosicché al socio spetterà il diritto di recesso previo preavviso ai sensi dell'art. 2473, co. 2, c.c. (SALANITRO [2005], 9-10; FERRARA *jr* CORSI [2009], 929). E dunque: nel sistema legale, la S.r.l. è ora una società a tempo indeterminato, salva diversa pattuizione. Il problema riposa invero su altro versante: ci si chiede se siano consentite nella S.r.l. clausole limitative del diritto di recesso per il caso di società contratta a tempo indeterminato, come ammesse dalla disciplina della S.p.A.: ebbene, mentre per questa è dato indicare nell'atto costitutivo un termine entro il quale il recesso non può essere esercitato (comunque non superiore all'anno: v. art. 2328, co. 1, n. 13), c.c.), la disposizione sulla S.r.l. con enfasi assai maggiore e tutt'altro che casuale anche rispetto all'art. 2437, co. 3, c.c., precisa che « il recesso compete al socio in ogni momento » (corsivo aggiunto). Il vero è che, mentre per la S.p.A. si tratta stemperare un limite al principio di circolazione della partecipazione azionaria, nella S.r.l. la circolazione della partecipazione sociale essendo condizione solo naturale risulta razionale una disciplina più garantista del recesso; sicché, secondo il modesto avviso di chi scrive, il diritto in questione non potrà legittimamente essere compresso per via statutaria – come invece nella S.p.A. – e, in ultima analisi, anche sotto questo profilo sembra accrescersi il divario tipologico tra i due modelli capitalistici (PRESTI/*Comm. BP* [2006], 48).