

**PAGINE SAGGIO
PER GENTILE CONCESSIONE
DELL'EDITORE**

■ 2 L'atto costitutivo di una s.r.l.: prima fase negoziale del procedimento di costituzione

2.1 Aspetti generali

Il punto di maggior forza della riforma, per quanto riguarda le s.r.l., è rappresentato dall'ampia autonomia statutaria riconosciuta ai soci che rappresenta sicuramente un'opportunità per gli stessi e anche una sfida, perché è necessario dedicare più tempo per progettare l'architettura societaria. L'apertura concessa dal legislatore all'autonomia privata consente sia di dare vita ad una società completamente nuova, molto diversa dalla s.r.l. alla quale eravamo abituati, sia, all'estremo opposto, di mantenere il tutto pressoché invariato: la flessibilità, infatti, può essere sfruttata anche per riprodurre esattamente le vecchie regole, con il solo limite del rispetto delle norme inderogabili. È proprio in base a tali considerazioni che deve formare oggetto di approfondita riflessione la prevista possibilità di adozione, che si muove in spazi di grande libertà, di strumenti idonei a dare attuazione agli interessi dei soci al momento della costituzione di una s.r.l.: nel momento, cioè, in cui le regole, che in astratto sono duttili e snelle, diventano le regole che disciplinano concretamente e permanentemente, salvo modifiche, il nuovo soggetto e i suoi rapporti con i soci. Scompare del tutto, infatti, o perlomeno si riduce drasticamente, l'idea che pervadeva la disciplina preesistente, del "tipo legale" al quale, sia pure con le modeste varianti ammesse, era obbligatorio conformarsi, e si sostituisce l'idea opposta di uno *schema libero nel quale solo pochissime regole sono inderogabili* perché devono presidiare interessi ritenuti comunque meritevoli di una tutela forte. Questo ha comportato che il controllo di legalità, che prima era affidato ai giudici e che ora dalla riforma viene confermato quale attribuzione rientrante nella competenza notarile, più che esplicitarsi con riferimento al tipo disegnato dal legislatore, deve tendere piuttosto ad accertare la conformità ai principi dell'ordinamento, oltre che naturalmente alle norme imperative che, peraltro, sono molto limitate.

Le **linee-guida** perseguite dal legislatore della riforma sono le seguenti:

- favorire la *competitività* delle imprese;
- valorizzare il *carattere imprenditoriale* delle società e definire con chiarezza e precisione i compiti e le responsabilità degli organi sociali;
- *semplificare* la disciplina delle società;
- ampliare gli ambiti dell'*autonomia statutaria*, tenendo conto delle esigenze di tutela dei diversi interessi coinvolti;
- adeguare la disciplina dei modelli societari alle *esigenze delle imprese*;
- prevedere *due modelli* societari;
- disciplinare forme partecipative di società in *differenti tipi associativi*;
- disciplinare i gruppi di società secondo *principi di trasparenza* e di contemperamento degli interessi coinvolti.

segue

L'autonomia privata è uno degli elementi centrali della riforma e si ispira al principio di sussidiarietà della regola rispetto al libero dispiegamento degli interessi e si declina secondo principi di:

- flessibilità,
- proporzionalità,
- trasparenza.

Nella tabella 2.1 sono indicate le tappe più significative che portano all'entrata in vigore della riforma:

Tabella 2.1 Le tappe della riforma

1° gennaio 2004	⇒	La normativa nel suo complesso è entrata in vigore.
30 giugno 2004	⇒	Entro questa data il Ministro delle Attività produttive predisporrà un albo delle società cooperative.
30 giugno 2004	⇒	Fino a questa data non si applicherà la disposizione che prevede la possibilità di recesso del socio in ipotesi di approvazione di una delibera che preveda la eliminazione di una delle cause di recesso previste al comma 2 dell'art. 2437 c.c. o dallo statuto.
30 settembre 2004	⇒	Termine ultimo per l'adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti societari alla nuova disciplina.
31 dicembre 2004	⇒	Termine ultimo per l'adeguamento degli statuti delle società cooperative.
31 dicembre 2009	⇒	Scadrà la proroga automatica della durata dei patti di sindacato stipulati anteriormente all'entrata in vigore della riforma.

2.2 L'atto costitutivo

Definizione *S.r.l. pluripersonale e unipersonale*: si ha una società a responsabilità limitata pluripersonale quando alla sua costituzione partecipano due o più persone; al contrario, si ha una società a responsabilità limitata unipersonale quando alla costituzione partecipa un unico socio.

La s.r.l. pluripersonale è una società di capitali preordinata al fine di fornire alle imprese sociali di ridotte dimensioni, uno schema societario che permetta di fruire del beneficio della responsabilità limitata. La s.r.l. acquista la personalità giuridica con l'iscrizione nel registro delle imprese. La misura della partecipazione dei soci alla società è rappresentata dalle quote.

La s.r.l. unipersonale è disciplinata dal d.lgs. n. 88/93, che recepisce la XII direttiva CEE. Il d.lgs. n. 6/03 non solo ha confermato la possibilità di costituzione unilaterale delle s.r.l., ma ha esteso la relativa previsione anche alla s.p.a. (art. 2328 c.c.). Rimane immutata la responsabilità limitata dell'unico socio che, tuttavia, viene meno in presenza di taluni specifici presupposti.

Prima della riforma:

Art. 2475, comma 3, c.c.

“La società può essere costituita con atto unilaterale”

Dopo la riforma:

Art. 2463, comma 1, c.c.

“La società può essere costituita con contratto o con atto unilaterale”

Le nuove norme (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 - Art. 2463, comma 1, c.c.) Il primo comma dell'art. 2463 del Codice civile, non innovando il sistema precedente, conferma che la società a responsabilità limitata può costituirsi alternativamente:

- per contratto tra due o più persone;
- per atto unilaterale dell'unico socio¹.

2.2.1 La forma dell'atto costitutivo

Definizione *Atto pubblico*: è “il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato a dargli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato” (art. 2699 c.c.); e il successivo art. 2700 c.c., occupandosi della sua efficacia, aggiunge che esso “fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti”. La legge notarile a sua volta (art. 1) qualifica i notai come “ufficiali pubblici istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire pubblica fede, conservare il deposito, rilasciarne le copie, i certificati e gli estratti”.

La redazione di un atto pubblico, con qualsiasi mezzo idoneo a garantirne la conservazione nel tempo, è prevista dall'art. 7 del d.p.r. n. 445/00.

Il notaio riceve l'atto in presenza delle parti e dei testimoni, attesta la personale certezza dell'identità dei componenti, menziona che il documento è stato da lui redatto indicando numero di fogli e di pagine scritte, sottoscrive e fa sottoscrivere alle parti il documento in sua presenza e secondo rigorose prescrizioni temporali.

Va inoltre sottolineato che la forma pubblica dell'atto costitutivo non può essere equiparata sotto il profilo funzionale ad un'ordinaria forma negoziale richiesta a pena di nullità del contratto, in quanto l'imposizione dell'atto pubblico per la costituzione delle società di capitali è diretta ad assicurare, tramite il necessario intervento del notaio, una forma di controllo sulla regolarità del procedimento costitutivo antecedente al momento dell'iscrizione nel registro delle imprese, cioè al momento in cui la società viene ad esistenza.

¹ La possibilità della costituzione della società a responsabilità limitata per atto unilaterale era già prevista nell'art. 2475 c.c. e deriva dall'opzione a favore dell'ammissibilità della costituzione unilaterale della società a responsabilità limitata esercitata dal legislatore nazionale con il d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88, in sede di attuazione della XII direttiva comunitaria in materia societaria (dir. 89/667/CEE).

Prima della riforma:

Art. 2475, comma 1, c.c.

La società deve costituirsi per atto pubblico

Dopo la riforma:

Art. 2463, comma 2, c.c.

L'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico (...)

Le nuove norme (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 - Art. 2463, comma 2, c.c.) Il secondo comma dell'art. 2463 ribadisce la forma dell'atto pubblico per la redazione dell'atto costitutivo. Detta forma è richiesta a pena di nullità (art. 2332, n. 1, c.c., richiamato dall'art. 2463, ultimo comma).

A quest'obbligo di forma corrisponde la rilevanza centrale che ha assunto il controllo di legittimità svolto dal notaio, dal momento che il d.lgs. n. 6/2003 ha confermato in tale fase la scomparsa del controllo omologatorio del giudice, come operata dall'art. 32 della legge n. 340/00 (art. 2330, richiamato dall'ultimo comma dell'art. 2463 c.c.). Infatti, al notaio che stipula l'atto è affidata, tra l'altro, la responsabilità di verificare la presenza di tutti i requisiti previsti dalla legge e la legittimità di tutte le clausole, prima di procedere all'iscrizione nel registro delle imprese.

2.2.2 L'atto costitutivo e lo statuto

Definizione *Atto costitutivo e statuto*: l'atto costitutivo contiene le volontà dei soci di costituire la società e i dati fondamentali dell'organizzazione societaria; lo statuto, invece, normalmente più analitico, contiene le regole legali e convenzionali relative al funzionamento della società.

La legge prevede per l'atto costitutivo un contenuto minimo necessario e un contenuto eventuale in cui possono essere inserite talune indicazioni per meglio adattare il funzionamento della società alle concrete esigenze dei soci.

La riforma societaria ha ampliato, a partire dal 1° gennaio 2004, le possibilità dei soci di prevedere liberamente nell'atto costitutivo le norme di funzionamento della società, riducendo i richiami alle norme inderogabili della s.p.a.

Le nuove norme (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) Il legislatore delegato ha apportato delle modifiche alla disciplina dell'atto costitutivo, tra le quali le più vistose appaiono la scomparsa di ogni riferimento letterale al termine "statuto".

Di norma l'atto costitutivo è composto, da un punto di vista strutturale, da due parti ben distinte. Da una parte ci sono gli accordi che riguardano la fase costitutiva della società, e comprendono essenzialmente:

- i dati anagrafici dei soci fondatori;
- l'esecuzione dei conferimenti;
- l'attribuzione ai soci delle partecipazioni;
- la nomina del primo organo amministrativo;

dall'altra parte sono invece contenute tutte le norme relative al funzionamento della società, che la accompagnano, salvo modifiche successive, per tutta la sua esistenza. Queste norme sono normalmente conosciute con il nome di "statuto".

Nel d.lgs. 6/03, in tema di società a responsabilità limitata, non viene fatta distinzione, come per le società per azioni, tra la redazione dell'atto costitutivo (inteso come contratto sociale che fa nascere l'impresa) e dello statuto (che contiene le regole di funzionamento della società), ma si parla unicamente di atto costitutivo. Il legislatore della riforma non ha ritenuto più necessaria tale formale distinzione, forse proprio in conseguenza dell'avvicinamento operato tra questo tipo di società e le società personali, e ha collocato nell'ambito del contenuto dell'atto costitutivo le norme relative al funzionamento della società, assoggettandole in tal modo a un maggior rigore formale.

Rimane solo il dubbio se sia ancora possibile allegare lo statuto all'atto costitutivo, come si è abituati a fare, oppure sarà necessario inserirlo direttamente nel corpo di questo, scrivendolo tutto di seguito. È comunque un problema formale, che non ha nessuna rilevanza pratica. Lo statuto continua ad esistere, anche se incorporato nell'atto costitutivo.

Due modelli alternativi per la redazione di atto costitutivo e statuto

Dal punto di vista tecnico-operativo potremmo raffigurare sostanzialmente due modelli alternativi per la redazione di atto costitutivo/statuto, in pratica conformi a quanto già elaborato dalla prassi consueta:

1. il primo modello è rappresentato da un *unico atto e documento*, in cui riportare tutti i contenuti previsti dall'art. 2463 c.c. e di seguito elencati:
 - il cognome e il nome o la denominazione, la data e il luogo di nascita o lo Stato² di costituzione, il domicilio o la sede, la cittadinanza di ciascun socio;
 - 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;
 - l'attività che costituisce l'oggetto sociale;
 - l'ammontare del capitale (non inferiore a diecimila euro) sottoscritto e di quello versato;
 - i conferimenti di ciascun socio e il valore attribuito ai beni e crediti conferiti in natura;
 - la quota di partecipazione di ciascun socio;
 - le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l'amministrazione, la rappresentanza;
 - le persone cui è affidata l'amministrazione e gli eventuali soggetti incaricati del controllo contabile;

² Con il decreto legislativo 6 febbraio 2004, n. 37 si è modificato l'art. 2463, comma 2, n. 1, c.c., prevedendo, in analogia a quanto disposto dall'art. 2328 c.c. per le società per azioni, che tra i requisiti da indicare nell'atto costitutivo vi sia anche lo Stato di costituzione, al fine di individuare la disciplina internazionale-privatistica applicabile

– l'importo globale, almeno approssimativo, della spese per la costituzione poste a carico della società.

I contenuti sopra elencati vi possono essere riprodotti in maniera più o meno distinta: anche, ad esempio, con la previsione di due parti, una per il tradizionale atto costitutivo, la seconda per lo statuto;

2. il secondo modello può rinvenirsi in un *atto costitutivo*, di regola contenente le indicazioni essenziali alla creazione dell'ente, *al quale allegare un altro documento che riporti le norme di funzionamento della società*, ossia quelle che ne connotino l'aspetto organizzativo (il tradizionale statuto). Ciò al fine di voler rendere tale scrittura in qualche modo più facilmente separabile e circolante rispetto al resto dei dati richiesti.

Proprio questa naturale ricomprensione delle norme sul funzionamento dell'ente nell'atto costitutivo fa sì che in ogni caso nei confronti di tale regole, che facciano parte o meno di un distinto documento, andranno assolti adempimenti quali il controllo di legalità e la lettura richiesti per l'atto pubblico, a differenza degli allegati allo stesso dalla cui lettura alle parti il notaio può essere normalmente dispensato.

2.2.3 Il contenuto dell'atto costitutivo

Per quanto riguarda il contenuto dell'atto costitutivo il legislatore delegato, pur non inserendo novità di vera e propria rottura con il precedente sistema, ha provveduto ad integrare comunque alcuni profili dello stesso che si erano rilevati lacunosi, e ha fornito soluzione ad alcune questioni dibattute sotto la precedente disciplina che avevano portato a posizioni dottrinarie e a risultati giurisprudenziali contrastanti.

Il secondo comma del nuovo art. 2463 c.c. (che corrisponde al precedente art. 2475, secondo comma) riporta il contenuto necessario dell'atto costitutivo; ma la legge ora, come già affermato, concede all'autonomia privata un'accresciuta e più vigorosa capacità grazie alla previsione di ulteriori norme facoltative.

Studiando il profilo negoziale della nascita della società si deve necessariamente partire dal riconoscimento della naturale *valenza organizzativa* dell'atto costitutivo. La principale conseguenza prodotta da tale atto non è la costituzione, la modifica o l'estinzione dei rapporti giuridici facenti capo alle parti, quanto piuttosto il prevedere le regole a carattere strumentale dirette a disciplinare lo svolgimento dell'attività sociale; nell'atto costitutivo, cioè, si pongono le regole di organizzazione dell'attività che sarà svolta dalla società.

Per dare un'idea generale di come la riforma abbia incrementato le prerogative rimesse alla volontà dei soci, alcune di queste nuove potenzialità vengono richiamate, seppur brevemente, nelle note che seguono, con riferimento agli elementi che devono essere indicati nell'atto costitutivo in base all'art. 2463 del Codice civile.