

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 5759/I

Gli effetti dell'iscrizione nel registro delle imprese di delibere modificative dello statuto di società di capitali: il nuovo art. 2436 quinto comma c.c.

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 24 marzo 2006

1. Introduzione

Il problema che si vuole affrontare è quello delle possibili interpretazioni del quinto comma dell'art. 2436 c.c. novellato: "La deliberazione non produce effetti se non dopo l'iscrizione" .

Il campo di applicazione della norma va *da un lato* esteso dalle Spa anche alle Srl ⁽¹⁾, alle Sapa ed alle Cooperative (in virtù, per queste ultime, del richiamo operato dall'art. 2545 c.c.) e *dall'altro* ristretto alle sole delibere modificative dello statuto (si vedano la rubrica dell'articolo in commento ed il suo primo comma) e tra queste a quelle cui la legge non accordi un peculiare regime pubblicitario con disposizioni speciali (ad esempio trasformazione, fusione e scissione).

L'indagine riguarderà inoltre le sole delibere modificative destinate a produrre immediatamente i propri effetti, con l'esclusione di quelle la cui efficacia sia stata dall'assemblea (o comunque dall'organo statutariamente competente ad adottarle) espressamente condizionata o sottoposta a termine iniziale ⁽²⁾.

Si vuole procedere per gradi, innanzitutto tentando di sgombrare il campo dall'idea che la pubblicità delle delibere modificative sia divenuta, con la riforma, pubblicità costitutiva ⁽³⁾, per poi approdare ad una soluzione di diversi problemi di grande rilevanza pratica tra loro connessi: quello della efficacia della iscrizione rispetto alla efficacia della delibera modificativa; quello del rapporto tra il quinto comma dell'art. 2436 novellato con la norma (che potrebbe ritenersi di generale applicazione) dell'art. 2448 c.c.; quello della ammissibilità dell' esecuzione, sia all'interno della società ⁽⁴⁾ che all'esterno ⁽⁵⁾, di una delibera modificativa non ancora iscritta.

E' di tutta evidenza la vastità della possibile casistica ⁽⁶⁾: si cercherà di dar conto almeno di una delle fattispecie pratiche più ricorrenti.

2. Il regime precedente alla Riforma

Come si ricorderà nel vigore della normativa precedente alla Riforma:

- il vecchio art. 2436 c.c., (originariamente rubricato "Deposito e iscrizione delle modificazioni", e, dopo il Dpr 1127 del 1969 di attuazione della prima direttiva CEE, "Deposito, iscrizione e pubblicazione delle modificazioni"), nel testo modificato dal DPR 1127 del 1969 ⁽⁷⁾, non conteneva una disposizione specifica sull'efficacia della iscrizione e rimandava all'art. 2411 c.c., primo, secondo e terzo comma, circa le modalità procedurali. Argomentando sulla base del mancato richiamo al quarto comma dell'art. 2411 c.c. ("La deliberazione non può essere eseguita se non dopo l'iscrizione"), dottrina e giurisprudenza, pur divise sul punto dell'efficacia sospensiva o risolutiva dell'omologazione (e poi del controllo notarile) ⁽⁸⁾, erano concordi sulla dichiaratività della iscrizione ⁽⁹⁾;
- si discuteva sul rapporto tra "efficacia" e "eseguibilità" della delibera, concludendosi che, mentre l'eseguibilità non coincide con l'efficacia della deliberazione all'opposto l'ineseguibilità equivale all'inefficacia ⁽¹⁰⁾;
- il procedimento pubblicitario della delibera modificativa era più articolato e complesso rispetto a quello attuale e si snodava attraverso le diverse fasi, successive alla verbalizzazione notarile, della omologazione giudiziaria, della iscrizione e della pubblicazione nel Bursari: solo dopo la pubblicazione nel Bursari la modifica era opponibile ai terzi, secondo la disciplina dettata dal precedente art. 2457 *ter* c.c.

3. La tesi della pubblicità costitutiva

Dopo la Riforma, principalmente dal tenore letterale del nuovo quinto comma dell'art. 2436 c.c., alcuni interpreti ⁽¹¹⁾ hanno voluto ricavare la conclusione che anche la pubblicità delle delibere modificative dello statuto fosse divenuta pubblicità costitutiva ⁽¹²⁾, fungendo l'iscrizione sia come momento dal quale la delibera diviene opponibile ai terzi ⁽¹³⁾ sia come momento a partire dal quale la delibera diviene efficace nei rapporti tra i soci e tra i soci e gli organi sociali ⁽¹⁴⁾. Secondo questa tesi, in altre parole, la esecuzione della pubblicità fungerebbe da elemento costitutivo della fattispecie.

Oltre, come detto, al tenore letterale della norma, due sono essenzialmente gli argomenti giuridici sui quali si è fondata questa conclusione: *da un lato* il terzo

comma dell'art. 2436 c.c. dispone che, qualora gli amministratori, ai quali il notaio abbia comunicato di non ritenere adempiute le condizioni di legge per l'iscrizione della delibera modificativa, nei trenta giorni successivi non convochino l'assemblea o non ricorrano al giudizio omologatorio del Tribunale, "la deliberazione è *definitivamente inefficace*"; dall'altro la norma transitoria dell'art. 223 *bis* sesto comma attribuiva alle società già esistenti al 1 gennaio 2004 la facoltà di adottare clausole conformi alle novità della Riforma anche prima del 1 gennaio 2004, con efficacia tuttavia differita al momento, successivo al 1 gennaio 2004, in cui tali delibere fossero state iscritte nel registro delle imprese ⁽¹⁵⁾. Inoltre, e l'argomento mi pare di carattere fattuale, si è giustificata la pretesa scelta del legislatore ⁽¹⁶⁾ considerando che, da quando il controllo di legalità degli atti societari è passato dal Tribunale al notaio, la contrazione dei tempi tra verbalizzazione e controllo di legittimità e iscrizione ha fatto venir meno le ragioni della immediata eseguibilità delle delibere modificative non ancora iscritte ⁽¹⁷⁾.

Infine è stato anche detto che la soluzione adottata dal legislatore "è coerente con il valore costitutivo della iscrizione nel registro imprese del contratto costitutivo di società" ⁽¹⁸⁾

4. Tentativo di confutazione della tesi della costitutività

Mi sembra che occorra preliminarmente intendersi sulla costitutività ⁽¹⁹⁾.

Se il termine è inteso con riferimento al perfezionamento della delibera modificativa (la delibera *non si perfeziona e non produce nemmeno effetti interni alla società* se non è iscritta nel registro delle imprese) mi pare che si possa tentare di respingere la tesi della pubblicità costitutiva per varie ragioni:

- interpretare il terzo comma dell'art. 2436 come prova della volontà del legislatore di attribuire all'iscrizione efficacia costitutiva appare tautologico. Infatti non sembrerebbe viziata da contraddizione la diversa ricostruzione secondo la quale mentre dal terzo comma si evince che, nel caso in cui gli amministratori, debitamente notiziati dal notaio verbalizzante, non si siano attivati nei modi e termini di legge, *la delibera diviene definitivamente inefficace*, il quinto comma starebbe a significare che *dopo l'iscrizione la delibera diventa definitivamente efficace, senza possibilità di revoca alcuna da parte dell'organo sociale che la ha adottata* ⁽²⁰⁾;
- il ricorso all'art. 223 *bis* sesto comma d'altro canto appare inconferente, se solo si consideri l'eccezionalità della norma, diretta a regolamentare il periodo transitorio: non si vede come una delibera di adeguamento alla nuova disciplina, adottata prima del 1 gennaio 2004 (in data anteriore all'entrata in vigore della Riforma) avrebbe potuto essere considerata efficace, sia pure ai soli

fini "interni", prima della vigenza della novella.

Né considerare il quinto comma dell'art. 2436 novellato come indice, secondo la ricostruzione "sistematica", della volontà del Legislatore della Riforma di assecondare la tendenza generale alla maggior stabilità degli effetti degli atti societari al fine di tutela della sicurezza dei traffici, appare argomento decisivo. Mi pare si debba all'opposto considerare che il principale spunto ricavabile dall'esame della normativa riformata è quello del *favor* per il funzionamento più agile (*id est* svincolato da eccessivi limiti procedurali) dell'organismo societario ⁽²¹⁾.

Infatti altri riferimenti normativi consentono perlomeno di dubitare della pretesa sistematicità della nuova disposizione.

Per quanto riguarda la immediata produzione di effetti "interni" alla società:

- sembra conferente, anche se non decisivo, il parallelo con le previsioni in tema di scioglimento della società. L'art. 2484 novellato, che al terzo comma recita: "gli effetti dello scioglimento si determinano.....alla data dell'iscrizione....." è disposizione analoga a quella del quinto comma dell'art. 2436. Si deve considerare in proposito che, indiscutibilmente, tra gli effetti dello scioglimento deve ricomprendersi anche l'obbligo, ex art. 2486 secondo comma posto a carico degli amministratori, "di gestire la società ai soli fini della conservazione e della integrità del patrimonio sociale", ma l'art. 2486 primo comma novellato ricollega tale dovere "al verificarsi di una causa di scioglimento" e non all'iscrizione nel registro imprese della dichiarazione di accertamento degli amministratori o della delibera di scioglimento anticipato: dunque almeno in questo caso la pubblicità è dichiarativa e gli effetti della delibera sono slegati dalla esecuzione della pubblicità legale;
- l'art. 2379 *bis* secondo comma espressamente accorda efficacia "dalla data in cui è stata presa" e dunque immediata (salvi i diritti dei terzi che in buona fede ignoravano la deliberazione) alla delibera assunta ma non verbalizzata, qualora la verbalizzazione sia eseguita prima dell'assemblea successiva: la norma è applicabile, si deve ritenere, anche alle delibere di modifica dello statuto;
- gli artt. 2443 secondo comma c.c. e 2420 *ter* secondo comma c.c. limitano il periodo massimo di durata della delega agli amministratori per l'aumento del capitale e, rispettivamente, per l'emissione di obbligazioni convertibili, ai "cinque anni dalla data della deliberazione" (e non ai cinque anni dalla data dell'iscrizione della deliberazione), con ciò lasciando intendere che gli amministratori ben potrebbero deliberare in esecuzione della delega ricevuta anche prima della iscrizione della delibera di delega che modifica lo statuto.

Infine si deve considerare che:

- la tesi della costitutività *tout court* non tiene nel dovuto conto l'art. 2448 no-

vellato, che sembra essere norma di applicazione generale, espressione del principio in base al quale la regola è quella dell'efficacia dichiarativa della pubblicità degli atti societari (e più in generale della pubblicità commerciale: vedi art. 2193 primo comma): ritenerlo non applicabile alle delibere modificative dello statuto significherebbe svalutarne drasticamente la portata ⁽²²⁾, a meno di volere ritenere che le due norme operano su piani diversi, la prima (quella del quinto comma dell'art. 2436 c.c.) concernendo il perfezionamento della fattispecie e la seconda (quella dell'art. 2448 c.c.) riguardando invece la opponibilità ai terzi ⁽²³⁾;

- su un diverso piano, "l'inefficacia assoluta della deliberazione di modificazione non iscritta, ricavabile dal testo legislativo e non neutralizzata dal sistema, è di dubbia razionalità e controproducente. E' di dubbia razionalità perché la disapplicazione della regola generale dell'art. 2377 c.c. (ciò che si delibera vincola tutti i soci) ed il rinvio dell'efficacia (di questa inefficacia indefettibile) all'evento futuro ed incerto dell'iscrizione potrebbero legittimarsi in ragione di un controllo di legalità del deliberato, preordinato alla tutela degli interessi dei soci stessi. Sennonché: il controllo da espletarsi da parte dell'ufficio del registro è di mera "regolarità formale della documentazione" il controllo di legalità del deliberato essendo implicito nell'adempimento dei doveri professionali del notaio tenuto al deposito per l'iscrizione; e non è accettabile per un ordinamento democratico che i tempi di un procedimento dell'Autorità ridondino a carico del privato (persona od ente) che l'intervento dell'Autorità deve sollecitare. Appare *controproducente*, quando si tenga conto del dato empirico dei ritardi, anche di mesi, di molti Uffici nel dar seguito alle richieste di iscrizione e del conseguente ostacolo all'esercizio dell'impresa sociale." ⁽²⁴⁾.

Ciò non esclude che, al fine della produzione di determinati effetti (*diversi da quelli di cui all'art. 2448*) della delibera modificativa, sia necessaria la iscrizione, che dunque diviene, *limitatamente alla produzione di tali effetti*, costitutiva. Mi riferisco al decorso dei termini previsti dalla legge per l'impugnazione della delibera modificativa invalida (la delibera annullabile è impugnabile entro novanta giorni dall'iscrizione *ex art. 2377* sesto comma, la delibera nulla è impugnabile entro tre anni dalla sua iscrizione *ex art. 2379* primo comma ⁽²⁵⁾); ai termini per l'esercizio del diritto di recesso da parte dei soci (nelle spa e nelle sapa, entro quindici giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera che lo legittima *ex art. 2437 bis* primo comma; nelle srl nei termini fissati dall'atto costitutivo *ex art. 2473* primo comma); alla esecuzione della delibera di riduzione del capitale, che *ex art. 2445* terzo comma può attuarsi solo dopo novanta giorni dall'iscrizione, sempre che i creditori non abbiano proposto opposizioni.

In questi casi, come già prima della riforma, "la società infatti non è ammessa

a provare in assenza dell'iscrizione, l'effettiva conoscenza della delibera da parte dell'impugnante o del recedente" ⁽²⁶⁾.

5. La tesi Angelici

Si è fatto cenno nella *nota 8* alla teoria, già sostenuta prima della Riforma ⁽²⁷⁾, secondo la quale la delibera modificativa è immediatamente eseguibile mentre la sua incidenza sull'assetto organizzativo della società è subordinata all'iscrizione nel registro imprese. L'Autore ha confermato la tesi anche dopo l'entrata in vigore della novella, sostenendo che l'art. 2436 quinto comma "se può incidere su prassi che si erano formate nel diritto previgente" non "modifichi in effetti il sistema. Esso nella stessa disciplina originaria del codice civile attribuiva all'iscrizione delle delibere di modificazioni statutarie un ruolo, se si vuol dire, "costitutivo": "costitutivo", cioè, del loro valore *in quanto* modificazione dello statuto organizzativo della società, quindi nel senso di modificare i meccanismi di azione e imputazione dell'azione societaria, e salva la possibilità che anche in un momento antecedente la delibera rilevi ad altri fini, per esempio per l'individuazione degli obblighi di comportamento degli organi sociali" e concludendo "che la soluzione ora espressamente accolta dal legislatore non sempre e necessariamente crea difficoltà nelle ipotesi in cui si manifesta l'esigenza di una immediata esecuzione della delibera, per esempio quando si modifica la composizione dell'organo amministrativo e si vogliono nominare gli amministratori secondo le nuove regole. A parte infatti la possibilità di avvalersi, come mi risulta accada nella prassi, di tecniche ispirate allo schema condizionale, mi sembra che, per riferirci all'ipotesi specifica, l'eventualità della nomina di amministratori in un momento in cui le norme statutarie non hanno ancora assunto il loro proprio rilievo organizzativo sia già ben presente nel sistema: mi riferisco, come evidente, alla nomina dei primi amministratori nell'atto costitutivo, quando ancora esso, secondo l'opinione di gran lunga prevalente, non assume quello specifico rilievo. Direi anzi che questo parallelismo, se condiviso, può convincere trattarsi non tanto di una condizione per il prodursi di un effetto giuridico, quanto di una vicenda procedimentale, nella quale pertanto il suo successivo svolgersi non impedisce una rilevanza dei singoli momenti di cui si compone, ma richiede che per la produzione dell'effetto finale, la rilevanza organizzativa della regola statutaria ed allora anche, nell'esempio considerato, della nomina in considerazione di essa effettuata, che l'intera vicenda si completi." ⁽²⁸⁾

Questa tesi, per quanto rileva ai fini che qui più ci interessano, considera immediatamente dovuti i comportamenti degli organi sociali in accordo alla delibera modificativa, pur in pendenza di iscrizione ⁽²⁹⁾. Tuttavia sembra rimanere privo di soluzione il problema, di grande rilevanza pratica, della produzione degli effetti finali

dell'attività svolta all'interno ed all'esterno dagli organi sociali a seguito della modifica, che secondo questa tesi rimangono sospesi fino all'iscrizione, e, pare di capire, senza alcuna possibilità di accordare all'iscrizione stessa efficacia retroattiva.

6. La tesi della *condicio iuris*.

E' stata anche sostenuta la tesi che la efficacia della delibera sia sottoposta alla *condicio iuris* dell'iscrizione ⁽³⁰⁾: secondo quest'orientamento l'iscrizione non incide sul perfezionamento, ma soltanto sull'efficacia della deliberazione di modifica statutaria.

L'argomento principale a favore di questa soluzione sembra essere quello della lettera dell'art. 2436 V e III comma dove si tratta rispettivamente di "effetti" e di "inefficacia".

Non è chiaro però se la condizione, una volta verificatasi, consenta di ritenere efficace la delibera già dal momento della sua adozione o se invece gli effetti si producano solo dal verificarsi della condizione, come per la *condicio iuris* sostiene gran parte degli Autori ⁽³¹⁾, in assenza di espressa previsione di legge e di un sistema di cautele del tipo di quello previsto dagli artt. 1356, 1357, 1358 c.c. per i contratti volontariamente condizionati. Esiste tuttavia la diversa tesi dottrina e giurisprudenziale che, distinguendo tra condizione legale di efficacia e condizione legale di validità ⁽³²⁾, accorda alla prima il medesimo regime di retroattività della condizione volontaria ⁽³³⁾.

In ogni caso, secondo i seguaci di questa tesi, da un lato "ammettere che l'efficacia della deliberazione di modifica statutaria sia soggetta *ex lege* alla condizione della iscrizione nel R.I., non esclude affatto la possibilità di ammettere, al contempo: a) gli effetti prodromici della deliberazione condizionata, sulla base degli artt. 1324 e 1356-58 c.c. (che spiegano agevolmente il dovere degli amministratori *ex art. 2486 c.c.* e, più in generale, quello di non compiere atti incompatibili con le deliberazioni assunte dall'assemblea); b) l'esecuzione anticipata della deliberazione condizionata, per gli aspetti endosocietari, non aventi rilevanza organizzativa, ma soltanto patrimoniale o finanziaria (si pensi alla sottoscrizione c.d. contestuale dell'aumento di capitale deliberato e al versamento immediato delle somme nelle casse sociali). La deliberazione modificativa, in altre parole, può ben essere "rilevante", prima di divenire "efficace" e dall'altro "configurando l'iscrizione nel R.I. come condizione legale d'efficacia, non v'è bisogno di dare specifica evidenza pubblicitaria alla sua verifica, che coincide temporalmente con la conoscibilità legale della delibera (a differenza di quanto potrebbe forse predicarsi con riferimento a un evento successivo all'iscrizione). Difatti, la deliberazione modificativa diviene conoscibile e opponibile *erga omnes* in virtù dello stesso fatto giuridico che la rende

efficace." ⁽³⁴⁾.

7. La tesi della dichiaratività anche post Riforma

Le ultime due tesi esposte (quella di Angelici e quella della *condicio iuris*) sono più convincenti di quella della efficacia costitutiva dell'iscrizione ed inoltre più coerenti con la soluzione che si dà in pratica a molti problemi.

Vorrei però interrogarmi sulla possibilità di concludere in altro modo, svalutando la portata letterale dell'art. 2436 quinto comma c.c.

Premesso che la Riforma ha risolto la antica questione ⁽³⁵⁾ della funzione dell'omologa ⁽³⁶⁾ (e quindi della successiva iscrizione) rispetto alla produzione di effetti della delibera modificativa verso i terzi, fissando il principio che sono sospensivamente condizionati all'iscrizione ⁽³⁷⁾, si potrebbe prospettare la seguente soluzione: la delibera modificativa dello statuto produce immediatamente effetti vincolanti per i soci e per gli organi sociali, anche in assenza di iscrizione, mentre gli effetti esterni alla società (e dunque essenzialmente l'opponibilità ai terzi) si produrranno solo dopo l'iscrizione in registro imprese, *a meno che la società provi che i terzi fossero a conoscenza aliunde della delibera modificativa medesima* (come prescrive il primo comma dell'art. 2448 c.c. novellato, con disposizione applicabile genericamente agli atti societari per i quali il codice prescrive l'iscrizione in registro imprese e dunque anche alle delibere modificative).

Oltre alla lettera della norma, potrebbe ostare all'accoglimento di questa tesi anche la considerazione che se l'iscrizione fosse meramente dichiarativa, la delibera dovrebbe continuare a produrre regolarmente effetti (diversi dall'opponibilità ai terzi) anche nel caso di mancata iscrizione o di rifiuto di iscrizione.

Tuttavia meritano una riflessione le considerazioni che:

- la valutazione della conformità a legge della delibera modificativa spetta al notaio: si potrebbe allora pensare *da un lato* ad una tecnica che consenta al notaio verbalizzante di attestare in chiusura di verbale la legittimità della delibera appena assunta e l'inesistenza di motivi ostativi alla sua iscrizione e *dall'altro* all'equiparazione, almeno ai fini che qui ci interessano, della *richiesta di iscrizione* trasmessa dal Notaio all'Ufficio *all'iscrizione* che successivamente viene eseguita dal medesimo Ufficio ⁽³⁸⁾;
- la mancata iscrizione o il rifiuto di iscrizione da parte del Registro delle imprese sono difficilmente ipotizzabili, in quanto all'Ufficio è consentito di rigettare l'iscrizione solo nel caso di carenza di documentazione e non per motivi riguardanti la contrarietà a legge della delibera.

8. Conseguenze applicative

Le possibili conseguenze applicative della scelta dell'una o dell'altra delle tesi prospettate sono evidentemente notevoli.

Si pensi ad esempio alla fattispecie procedimentale composta da: *i)* delibera che modifica lo statuto per consentire la composizione dell'organo amministrativo non più solo collegiale ma anche monocratica; *ii)* delibera immediatamente successiva che nomina l'amministratore unico; *iii)* stipula da parte dell'amministratore unico neo nominato di una compravendita immobiliare in nome e per conto della società.

In questo caso, ovviamente, *nulla quaestio* se delibera modificativa e delibera di nomina sono immediatamente iscritte nel registro imprese prima della stipula della compravendita.

Resta il problema (ancora oggi piuttosto frequente nella pratica) della necessità di stipulare la compravendita prima che le iscrizioni siano state effettuate (o per ipotesi, prima che siano anche solo richieste).

La scelta di ognuna delle soluzioni teoriche indicate influenza evidentemente la soluzione del problema:

- ove si reputi che la pubblicità delle delibere modificative sia divenuta pubblicità costitutiva, non sembra possibile ritenere il nuovo amministratore in carica prima che sia stata iscritta la delibera modificativa (con conseguenze perverse non solo per quanto riguarda la stipulabilità della compravendita, quanto per la intera gestione della società nelle more dell'iscrizione: chi la amministra se il nuovo amministratore non è in carica e se i vecchi, per ipotesi, si rifiutino o siano impossibilitati a farlo? E perché i soci dovrebbero subire, nelle more dell'iscrizione eventualmente imputabili ai ritardi dell'Ufficio, la gestione dei "vecchi" amministratori?) ⁽³⁹⁾;
- la tesi Angelici e quella della *condicio iuris* aiutano a risolvere il problema, ma ricorrendo a meccanismi condizionali che si riflettono inevitabilmente sulla efficacia stessa della compravendita ⁽⁴⁰⁾;
- la tesi della pubblicità dichiarativa consentirebbe alla società di immediatamente e validamente adottare anche delibere connesse o conseguenti a quella modificativa dello statuto non ancora iscritta, senza ricorso alla figura della delibera condizionata ⁽⁴¹⁾ e con efficacia anche all'esterno, *purché ne sia fornita adeguata prova al terzo contraente con la società*. Anche in pendenza di iscrizione, al neo amministratore, immediatamente in carica, spetterebbero pieni ed incondizionati poteri per contrattare in nome e per conto della società con un soggetto terzo.

9. Conclusioni.

Quale che sia la tesi che si voglia adottare nel risolvere questioni pratiche, il notaio dovrà sempre tenere conto della novità della norma rispetto al passato e soprattutto della assenza, almeno in questa fase di prima sua applicazione, di soluzioni giurisprudenziali sul punto.

Ne consegue che, perlomeno nei casi in cui oltre agli interessi della società e dei soci entrino in gioco anche interessi preponderanti di terzi, si dovrà considerare con più attenzione la opportunità di ricorrere a meccanismi condizionali espressi, tanto nelle delibere modificative quanto nei successivi negozi che vedano coinvolti i soggetti terzi, al fine di meglio tutelare tutti gli interessi in gioco.

Nicola Atlante

-
- 1) Poiché la norma riguarda le sole modifiche dello statuto, anche nella Srl la decisione sarà necessariamente adottata "mediante deliberazione assembleare ai sensi dell'art. 2479 *bis*" ex art. 2479 novellato.
 - 2) Per l'iscrizione nel registro delle imprese di atti condizionati o a termine differito si rimanda a Tassinari, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti ad efficacia sospesa o differita*, in Riv. Not. 1996, p. 83 ss.; Ibba, *Gli effetti dell'iscrizione*, in Marasà e Ibba, *Il Registro delle Imprese*, Torino 1997, p. 224. Fa esplicitamente riferimento a "tecniche ispirate allo schema condizionale", per risolvere i problemi applicativi legati all'interpretazione letterale del quinto comma dell'art. 2436 novellato Angelici, *Note in tema di procedimento assembleare*, in Riv. Not. 2005, pp. 705 ss.
 - 3) In questo senso sembra orientata una parte dei primi commentatori: ad esempio Salamone, *Commento all'art. 2448*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, p. 1287; Petrazzini, *Commento all'art. 2436 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, Artt. 2409 *bis*-2483, Bologna 2004, p. 1387; De Angelis, *Osservazioni sull'invalidità della trasformazione*, in *Le società* 2003, p. 1438; Benassi, *Commento all'art. 2436*, in *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 aggiornato al D.Lgs. 28 dicembre 2004 n. 310*, a cura di Maffei Alberti, vol II, pp. 1469 ss.; Ferroni e Preite, *L'efficacia costitutiva dell'iscrizione delle delibere di modifica dell'atto costitutivo*, in *Vita Not.* 2004, pp. 1767 ss..
 - 4) Mi riferisco soprattutto alla possibilità per gli organi sociali di adottare nuove delibere che trovino il loro fondamento sulla (precedente) delibera modificativa non ancora iscritta.
 - 5) Mi riferisco in particolare all'attività svolta in nome e per conto della società con soggetti terzi da amministratore nominato previa delibera modificativa dello statuto (che consenta tale nomina) non ancora iscritta. Parlano di effetti "interni" e di effetti "esterni" alla società Guerrera, *Commento all'art. 2436 c.c.*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1102 ss. e Romano, *Commento all'art. 2448*, in *La Riforma delle società*, Commentario a cura di Sandulli e Santoro, Torino 2004 p. 1036, in nota 8

- 6) Circa la casistica, per tutti segnalo gli scritti di G. Scognamiglio, *Brevi note sulle deliberazioni in attesa di omologazione*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, IV, Milano 1991, specialmente a pp. 235 ss. e, dopo la Riforma, di Magliulo, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in Caccavale, Magliulo, Maltoni, Tassinari, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, Milano 2003, p. 418.
- 7) Il testo originario recava al secondo comma la espressa previsione che "le modificazioni dell'atto costitutivo, fino a che non sono iscritte, non possono essere opposte ai terzi, a meno che si provi che questi ne erano a conoscenza.": la norma è analoga a quella dell'attuale primo comma dell'art. 2448 c.c....
- 8) Nel senso che la delibera fosse immediatamente efficace indipendentemente dall'esito dell'omologazione, tra gli altri, Tantini, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Padova 1973, p. 142; Belviso *Le modificazioni dell'atto costitutivo delle società per azioni*, in *Trattato Rescigno*, XII, Torino 1985, p. 77 ss.; Trib. Milano 26 aprile 1990 in *Giur. It.* 1991, I, 2, p. 108; nel senso che la delibera fosse sospensivamente condizionata all'omologazione tra gli altri, Marasà, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato Colombo e Portale*, VI, 1, Torino 1993, p. 57 ss.; Corapi, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano 1971, p. 296; Cass. 29 agosto 1995 n. 9066 in *Riv. Not.* 1996, p. 256; infine nel senso che la delibera fosse immediatamente efficace, ma sottoposta alla condizione risolutiva della mancata omologazione, Campobasso, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino 2002, p. 483, Cass. 12 giugno 1996 n. 5416 in *Riv. Not.* 1996, p. 1507. Peculiare è la tesi di Angelici, *Modificazioni dell'atto costitutivo e omologazione*, in *Giur. Comm.* 1994, I, p. 621, secondo il quale la delibera è immediatamente eseguibile mentre la sua incidenza sull'assetto organizzativo della società è subordinata all'iscrizione nel registro imprese: se ne tratterà più diffusamente in seguito.
- 9) Segnalo che la Relazione al c.c. n. 992, in maniera piuttosto contraddittoria, da un lato evidenziava che si era "ritenuto eccessivo porre una norma rigida, che attribuisse alla registrazione delle modificazioni all'atto costitutivo la stessa efficacia costitutiva riconosciuta alla registrazione dell'atto costitutivo, soprattutto in considerazione degli inconvenienti pratici che ne sarebbero derivati" mentre dall'altro apoditticamente asseriva che "l'efficacia delle deliberazioni modificative dell'atto costitutivo resta però in ogni caso subordinata sia di fronte ai soci sia di fronte ai terzi all'omologazione giudiziaria".
- 10) G. Scognamiglio, op. cit., p. 230. Prima ancora Oppo, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. Dir. Civ.* 1966, p. 157.
- 11) Vedi l'elenco alla nota 3 che precede.
- 12) Si utilizza il termine *costitutiva* nel senso di pubblicità che "concorre al perfezionamento dell'atto o comunque incide anche sugli effetti *inter partes*", contrapposta alla *pubblicità notizia* "la quale rende l'atto iscritto conoscibile ma non incide sulla sua efficacia o validità né tanto meno sul suo perfezionamento" e alla *pubblicità dichiarativa* "che rende l'atto iscritto opponibile ai terzi; incide cioè sulla sua efficacia, ampliandone l'estensione": i passi tra virgolette sono di Ibba, *op.cit.*, p. 209 ss..
- 13) Dunque la norma speciale del quinto comma dell'art. 2436 c.c. costituirebbe eccezione alla regola generale dettata dall'art. 2448 c.c. in tema di opponibilità ai terzi: sul punto si rimanda a Salamone, op. cit., p. 1288, ove si legge che "l'art. 2448 ...non può concernere che fattispecie già perfezionate, i cui effetti nei confronti dei terzi siano subordinati all'adempimento pubblicitario".
- 14) Da tale momento, in altre parole, la norma statutaria modificata diviene norma dell'ordinamento societario e la legge del rapporto sociale cambia.
- 15) Così Petrazzini, op. loc. cit..
- 16) Si deve tener conto che la Relazione di accompagnamento tace sul punto.
- 17) Così Benassi, op.cit. pp. 1469 ss..
- 18) Ferroni e Preite, op. cit. p. 1773.

- 19) Ibba, *op. cit.*, p. 237, sulla scorta di una dottrina risalente, distingue tra efficacia totalmente o parzialmente costitutiva.
- 20) Sulla revoca delle delibere assembleari è ancora attuale Chiomenti, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano 1969.
- 21) Si vedano ad esempio nel secondo senso, sia pure in senso critico, D'Alessandro, "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". *Ovvero: esiste ancora il diritto societario?* In Riv. Soc. 2003, pp. 34 ss.; Rossi e Stabilini, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in Riv. Soc. 2003 p. 1 ss.
- 22) La norma oggi è riferita solo al deposito o all'iscrizione nel registro imprese e non più, come era in passato, alla pubblicazione nel Busarl.
- 23) Così Salamone, *op. cit.*, p. 1288. Peraltro la differenza poteva essere giustificabile quando i due effetti (preteso perfezionamento della fattispecie e opponibilità ai terzi) derivavano dall'esecuzione della pubblicità in diversi registri (il registro delle imprese, *rectius* la cancelleria commerciale del Tribunale e rispettivamente il Busarl); mentre oggi tutta la pubblicità delle delibere modificative si attua con l'iscrizione in registro imprese.
- 24) Le parole sono di Spada, contenute in un breve scritto non pubblicato.
- 25) A meno che si tratti di modifica dell'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, nel qual caso la delibera è impugnabile senza limiti di tempo *ex medesimo art. 2379* primo comma.
- 26) Ibba, *op. cit.*, p. 244.
- 27) Angelici, *Modificazioni dell'atto costitutivo e omologazione*, cit.
- 28) Angelici, *Note in tema di procedimento assembleare*, cit., p. 722.
- 29) Anche se il parallelo con la nomina dei primi amministratori non appare del tutto conferente: si veda la disciplina speciale contenuta nell'art. 2331 c.c. che non pare applicabile in alcun modo all'attività svolta in nome e per conto della società da amministratori nominati sul presupposto di una delibera modificativa dello statuto non ancora iscritta.
- 30) La soluzione è stata ad esempio prospettata da P.G. Marchetti, *Gli aumenti di capitale*, in *Il nuovo ordinamento delle società, Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano 2003 p. 268 ss. e da Guerrera, *Commento all'art. 2436*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, p. 1102 ss.. Nello stesso senso Magliulo, *Il ruolo del registro delle imprese nella riforma societaria*, in *Notariato* 2005, p. 50 ss.
- 31) Tra gli altri, in senso contrario alla retroattività, si vedano: Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1985, p. 197; Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1979, p. 324; R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, Milano 1980, p. 197.
- 32) La differenza è chiarita da Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli 1990, p. 859: "Deve escludersi che costituisca *condicio juris* in senso tecnico ogni evento a cui dipende non già l'efficacia dell'atto ma il suo stesso perfezionarsi".
- 33) In dottrina Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino 1958, p. 193 e ss.. In giurisprudenza, Cass. 2027 del 4 giugno 1976.
- 34) Così Guerrera, in un breve scritto non pubblicato.
- 35) Per la quale, oltre agli autori ed alla giurisprudenza citati alla precedente nota 8, si rimanda anche a Morera, *L'omologazione degli statuti di società*, Milano 1988, pp. 284 ss..
- 36) Non mi pare che la legge 340 del 2000, che ha soppresso, nei limiti ben noti, l'omologa giudiziaria delle delibere modificative valga a spostare i termini della questione.
- 37) Nel senso che l'abbia risolta per la sospensione degli effetti esterni della delibera modificativa fino all'avvenuta iscrizione Luccarelli, *Commento all'art. 2436*, in *La riforma delle società- Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, a cura di Sandulli e Santoro, 2, I, Torino, 2003, p. 874; Santosuosso, *Il nuovo diritto societario*, Milano 2003, p. 79.
- 38) Non mi riferisco alla protocollazione (che è attività dell'Ufficio competente a ricevere la domanda, ovviamente successiva alla ricezione della domanda medesima) ma già all'invio della domanda te-

lematica che parte dallo studio del notaio. Sul punto ancora Spada, nello scritto citato alla precedente nota 24, conclude: "appare non incompatibile con il testo dell'articolo una lettura che ne ricavi la noma seguente: 1. La deliberazione di modificazione dello statuto produce gli effetti coesenziali al suo essere deliberazione (vincolante per i soci – cfr. art. 2377 I c .c.c) dal momento in cui il Notaio ne chiede l'iscrizione; 2 La deliberazione è assolutamente priva di effetti se il notaio non provvede alla richiesta di iscrizione (ritenuta la insussistenza delle condizioni di legge); 3. L'inefficacia assoluta è irreversibile se gli amministratori non si attivano tempestivamente; 4. Se gli amministratori si attivano tempestivamente ("mandano in omologa" la deliberazione come si dice in gergo), l'efficacia propria ad ogni deliberazione si produce dal momento in cui il Tribunale omologa (o il notaio chiede l'iscrizione della deliberazione assembleare come emendata dall'assemblea convocata dagli amministratori); 5. Ogni altro effetto della deliberazione (e tra questi l'effetto nei confronti dei terzi ignari) è differito all'iscrizione". Sulle modalità tecniche di attuazione della pubblicità, e sui problemi teorici cui danno luogo, si rimanda al breve scritto di Pavone La Rosa, *L'attuazione del registro delle imprese : una svolta storica nel regime italiano della pubblicità commerciale*, in Il Registro Europeo delle Imprese, Padova 2003, p. 24 ss.

- 39)** Benassi, op. cit. p. 1470, conclude infatti che la scelta effettuata dal legislatore "indubbiamente impedisce che possa essere in assemblea adottata una delibera e che contestualmente possa essere ad essa data attuazione."
- 40)** Sul punto si vedano le considerazioni di Ferroni e Preite, op.cit. pp. 1766 e 1767, secondo i quali, "applicare i principi del negozio condizionato, in riferimento alle delibere assembleari, consente di ammettere delibere contestuali" con la conseguenza che il notaio può procedere ad un'unica verbalizzazione di più delibere ma che l'efficacia della seconda delibera rimane condizionata non solo alla sua iscrizione ma anche all'iscrizione della prima. Così anche Guerrera, nello scritto non pubblicato citato alla superiore nota 34: "in caso di deliberazioni approvate contestualmente dall'assemblea, ma legate da un vincolo di dipendenza, sembra ancora attuale e condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale (v. p.es. T. Torino, 1°-12-1995; T. Bologna, 6-12-1995) che negava la possibilità di una "omologazione parziale", valorizzando l'intenzione dell'assemblea o, meglio, il collegamento funzionale obbiettivo fra i suoi deliberati, quantunque formalmente distinti."
- 41)** Sia che l'organo deliberante sia per legge o per statuto già competente prima della modifica, sia che invece all'organo deliberante tale competenza sia stata attribuita dalla delibera modificativa dello statuto (non ancora iscritta): la Commissione istituita presso il Consiglio Notarile di Milano per l'elaborazione di principi uniformi in tema di società (massima n. 19, in Riv. Not. 2004 p. 1082 e nel volume pubblicato da Ipsoa nel 2005, Le massime del Consiglio Notarile di Milano, a p. 78), è conforme sulla prima fattispecie mentre è discorde sulla seconda.

(Riproduzione riservata)