

■ Studi di Impresa

Studio n. 50-2009/I

La condizione e il termine nell'atto costitutivo delle società di capitali e nelle deliberazioni modificative (*)

Approvato dalla Commissione studi d'Impresa il 19 marzo 2009

Sommario: 1. Premessa. – 2. Atto costitutivo ed elementi accidentali. – 3. Clausole dell'atto costitutivo condizionate e a termine. – 4. La successione delle norme statutarie nel tempo. – 5. Le deliberazioni con presupposto condizionato. – 6. La pubblicità degli eventi dedotti in condizione o del decorso del termine. – 7. Prime conclusioni.

1. Premessa.

Nella pratica notarile e societaria è da tempo avvertito come particolarmente rilevante il problema delle così dette deliberazioni sottoposte a termine o condizione. Si tratta di un tema che, tuttavia, non ha ricevuto altrettanta considerazione sul piano della riflessione teorica ⁽¹⁾.

Che si tratti di questione di grande rilevanza pratica lo testimoniano a sufficienza le svariate "massime" di diversa provenienza, che vi alludono. Ricordo, senza pretesa di fare una rassegna completa, una "massima" in tema di omologazione del Tribunale di Milano del 1998 ⁽²⁾, alcuni degli orientamenti della Commissione società del Consiglio notarile di Milano (in particolare quello sulle c.dd. deliberazioni a cascata e quello sul rapporto tra sottoscrizione del capitale e suo aumento ⁽³⁾, un buon numero di "massime" del Comitato del Triveneto ⁽⁴⁾, e, infine, la recente "massima" dell'Osservatorio sulla riforma del diritto societario in tema di "procedura di deposito ed iscrizione di delibere di società di capitali adottate sotto condizione sospensiva" ⁽⁵⁾. Inoltre, è veramente notevole il numero dei quesiti che vengono ogni anno sottoposti all'Ufficio studi del Consiglio nazionale del notariato relativi a questioni di diritto societario che in un modo o nell'altro implicano o presuppongono di prendere posizione sul rapporto tra atti sociali (ricorro volutamente a una espressione generica) e termine o condizione.

La sproporzione tra percezione della rilevanza pratica delle questioni appena

evocate e la riflessione che la scienza giuridica vi ha dedicato sembra giustificare l'esigenza preliminare – che perlomeno io avverto fortissima – di cercare di mettere ordine nella miriade di ipotesi, casi e situazioni che si tende a ricostruire e risolvere considerando l'atto sociale come sottoposto a termine o condizione. Per far questo e per poi tentare di fornire anche qualche indicazione operativa limiterò le mie osservazioni alla sola realtà degli atti costitutivi (-statuti) delle società di capitali. Ne discende che mi occuperò solo di condizione e termine dell'atto costitutivo e delle sue deliberazioni modificative. Non si parlerà, invece, dell'atto costitutivo di società di persone e neppure si parlerà delle deliberazioni diverse da quelle di modificazione dell'atto costitutivo e degli atti che precedono o seguono una deliberazione (come ad esempio, la sottoscrizione di un aumento di capitale sociale o il versamento in conto di un futuro aumento del capitale).

2. Atto costitutivo ed elementi accidentali.

Per quanto attiene all'atto costitutivo delle società di capitali nel suo complesso, a una prima analisi non era sembrato possibile ragionare indistintamente di ogni termine e condizione ⁽⁶⁾.

Un problema di ammissibilità non pareva porsi per il *termine finale*, che coincide con l'elemento della durata, espressamente previsto dall'art. 2328, n. 13 cod. civ. tra gli elementi dell'atto costitutivo; e neppure si poneva per la *condizione risolutiva*, la quale ben può costituire, ed anzi tipicamente è, una delle altre cause di scioglimento previste dall'atto costitutivo, di cui espressamente discorre il n. 7 dell'art. 2484 cod. civ. ⁽⁷⁾. Quello che però merita di essere sottolineato con riferimento a "termine finale" e "condizione risolutiva" dell'atto costitutivo è che – a ben vedere e proprio in ragione della particolare natura di detto atto – si tratta di elementi che non possono affatto essere equiparati agli omologhi dei comuni contratti o negozi; essi infatti non sono che regole di funzionamento della società, che con l'accertamento da parte degli amministratori del verificarsi di quella condizione o della scadenza di quel termine passerà dallo stato di normale operatività allo stato di liquidazione (art. 2484, comma 3, cod. civ.) ⁽⁸⁾. Lo dimostra, d'altro canto, anche la circostanza che, modificate quelle regole, la liquidazione può essere revocata. Il termine finale e la condizione risolutiva non fanno dunque venire meno gli effetti dell'atto costitutivo, ma contribuiscono a comporre la disciplina del rapporto sociale. In questo senso risulta confermato come essi debbano in sostanza equipararsi alle singole regole statutarie condizionate o a termine di cui ci dovremo occupare tra poco.

Per quanto riguarda, invece, il *termine iniziale* e la *condizione sospensiva* non sembra in vero possibile subordinare lo svolgimento del procedimento di costituzione della società e tanto meno la produzione dei suoi effetti tipici alla maturazione di

un termine o all'avverarsi di una condizione. Stipulato l'atto costitutivo, che in ipotesi contenga termine iniziale o condizione sospensiva, i tempi del procedimento saranno comunque scanditi inderogabilmente dalla legge (art. 2330 cod. civ.), che prevede le varie fasi come *dovute* ⁽⁹⁾; e, una volta iscritto l'atto costitutivo nel registro delle imprese, il suo effetto (previsto dall'art. 2331 cod. civ.) non potrà essere condizionato dai detti elementi accidentali: un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche sarà venuto ad esistenza e la sua attività sarà vincolante nei confronti dei terzi.

Particolarmente significativa al riguardo risulta la previsione del secondo periodo del quarto comma dell'art. 2331 cod. civ., per cui, se entro novanta giorni dalla stipulazione dell'atto costitutivo la sua iscrizione nel registro delle imprese non ha avuto luogo, le somme depositate a titolo di conferimento sono restituite ai sottoscrittori e "l'atto costitutivo perde efficacia". Il che significa, se non mi inganno, che anche l'ipotesi di perdita integrale degli effetti, per così dire, interni del negozio costitutivo è esclusivamente regolata dalla legge.

Ovviamente la sospensione di efficacia degli effetti può viceversa essere ottenuta condizionando sospensivamente o munendo di termine iniziale il contratto preliminare di società per azioni o di società a responsabilità limitata: il contratto preliminare manca infatti di quel rilievo organizzativo e non produce quegli effetti reali che rendono incompatibile la sottoposizione a termine o a condizione dell'atto costitutivo di società di capitali ⁽¹⁰⁾.

Quanto appena affermato non è contraddetto, ma è semmai confermato, da quanto disposto dagli artt. 2504-*bis* e 2506-*quater* cod. civ. Come è noto, queste disposizioni consentono che possa prevedersi che la fusione o la scissione abbiano effetto da una data successiva a quella dell'iscrizione dell'ultimo atto di fusione o dell'atto di scissione nel registro delle imprese. Ma tale possibilità, oltre a essere espressa, il che appare già in sé significativo, è riconosciuta solo qualora non si tratti di fusione propria o di scissione mediante costituzione di società nuove; ne discende che quelle previsioni normative confermano, appunto, che è sottratta all'autonomia privata la possibilità di apporre un termine iniziale alla costituzione di *società nuove*, mentre ciò non è precluso in caso di operazioni di riorganizzazione che coinvolgono *società esistenti*.

La conclusione che propongo è dunque che la costituzione di una società non può essere subordinata alla maturazione di un termine o all'avverarsi di una condizione.

Conclusioni analoghe a quelle appena enunciate per la vicenda costitutiva valgono per la trasformazione di società, dal momento che anche in questi casi esistono precisi vincoli testuali che impongono di ricondurre l'efficacia della operazione di trasformazione solo alla condizione legale costituita dal perfezionamento dell'ultimo

degli adempimenti pubblicitari richiesti dalla legge (art. 2500, comma 3, cod. civ.; ovvero, nella ipotesi di trasformazione eterogenea, al decorso, in assenza di opposizione dei creditori legittimati, del sessantesimo giorno dall'ultimo di tali adempimenti, e sempre che non consti il consenso dei creditori o il pagamento di quelli non consenzienti: 2500-*novies* cod. civ.).

Resterebbe ancora da aggiungere – e così ci si avvia verso le ulteriori ipotesi che ci si è prefissi di analizzare – che un significato alquanto minore potrebbe comunque essere riconosciuto a *termine iniziale e condizione sospensiva*, a questo punto *non* più *dell'atto costitutivo, ma contenuti nell'atto costitutivo*. Si potrebbe cioè intendere quegli elementi come riferiti alla attività della società (un po' come si è fatto per termine finale e condizione risolutiva), quasi che si trattasse una sorta di implicita specificazione dell'oggetto sociale, con la conseguenza di intenderli come una istruzione data dall'atto costitutivo agli organi sociali, e segnatamente all'organo amministrativo, di non intraprendere l'attività economica di cui all'oggetto sociale prima della scadenza del termine o dell'avveramento del fatto dedotto in condizione ⁽¹¹⁾. In questo senso l'apposizione del termine iniziale o della condizione sospensiva non dovrebbe essere interpretativamente riferita all'intero atto, ma ad una sua parte.

Da queste prime osservazioni possono trarsi alcune implicazioni di carattere più generale:

(i) già in sede di costituzione della società è non solo possibile, ma necessario distinguere tra atto costitutivo e suo contenuto;

(ii) l'atto costitutivo è un momento del procedimento di costituzione e come tale – e a prescindere dalla sua natura giuridica (di contratto, di atto negoziale unilaterale, di atto normativo o amministrativo, e quindi non negoziale) – non tollera la apposizione degli elementi accidentali del negozio giuridico;

(iii) il suo contenuto (se vuolsi la parte durevole del suo contenuto, cioè lo statuto) si compone di regole e almeno alcune di queste regole presuppongono o possono presupporre la fissazione di termini e condizioni.

3. Clausole dell'atto costitutivo condizionate e a termine.

Condizioni e termini possono dunque essere riferiti, implicitamente o esplicitamente, solo a singole regole statutarie e non all'atto costitutivo nel suo complesso.

Se si concorda su questo, è agevole fare un ulteriore passaggio e convenire che, se certe regole o clausole statutarie tollerano la condizione o il termine in sede di costituzione, tali elementi possono essere introdotti anche successivamente, per il tramite di una modificazione dell'atto costitutivo, cioè di un cambiamento delle regole medesime. Ci si dovrebbe allora chiedere quali siano le regole dello statuto

che tollerino l'apposizione di una condizione o di un termine.

Prima di fare ciò, sollevo tuttavia un ulteriore quesito e mi domando che senso abbia considerare una regola sottoposta a condizione o a termine. La risposta che tenderei a fornire è la seguente: è un modo di descrivere il contenuto della regola e della norma in linea con la teoria del negozio giuridico; ma sottoporre una regola a condizione o termine non è altro che un modo di articolarne la fattispecie. Tutte le regole, e quindi anche quelle dell'atto costitutivo (dello statuto di una società), devono potersi scomporre – è ovvio – in una fattispecie e in una disciplina, in un presupposto e in una conseguenza. Prescrivere che "la società è denominata Alfa per azioni" significa dire che, se l'amministratore-legale rappresentante della società compirà un atto in nome di Alfa, la fattispecie si imputerà a quel centro di imputazione identificato come Alfa.

Cosa significa allora dire che quella stessa clausola è sottoposta, ad esempio, a termine? Null'altro che, ai fini del concretizzarsi del presupposto della regola, avrà rilievo anche il decorso di un certo tempo. E' solo un modo rapido, comodo e sintetico per enunciare molteplici nessi tra antecedenti e conseguenti. E resto ancora per un attimo sull'esempio della clausola della denominazione che allora potrebbe, con l'introduzione del termine, suonare così: "La società è denominata Alfa per azioni fino al 31 dicembre 2010 e Beta per azioni dal 1° gennaio 2011". Ciò significa che il meccanismo di imputazione delle situazioni giuridiche presuppone fino ad una certa data la spendita di un nome (Alfa) e dopo tale data quella di un altro nome (Beta).

Analoghi ragionamenti possono farsi con riguardo alla clausola statutaria condizionata. Tanto nell'un caso quanto nell'altro, condizione e termine sono, a ben vedere, *modi* di distinguere le fattispecie e quindi *per "duplicare" le discipline, prevenendone la loro successione nel tempo*. Ciò che quindi risulta essenziale in presenza di un termine o di una condizione è che a ogni fattispecie corrisponda una disciplina. Le discipline potranno ovviamente essere desunte sia direttamente dall'atto costitutivo(-statuto) sia dalla legge; l'importante è che a ogni situazione che il termine o la condizione discrimina corrisponda una regola, almeno fino a che la regola sia necessaria.

Per restare sempre sul solito esempio, non si potrebbe prevedere semplicemente che "la società è denominata Alfa per azioni fino al 31 dicembre 2010"; perché, se in ipotesi la società avesse un termine di durata più lungo, mancherebbe un elemento (quello appunto della denominazione sociale) per disciplinare il meccanismo di imputazione dopo il 31 dicembre 2010. Viceversa si potrebbe prevedere che "la società a responsabilità limitata Gamma è amministrata disgiuntamente dagli amministratori fino al 31 dicembre 2010", dal momento che per il proseguo opererebbe il regime dispositivo di funzionamento dell'organo amministrativo pluripersonale previsto dall'art. 2475, comma 3, cod. civ.

In definitiva, è a dirsi che le clausole dell'atto costitutivo che prevedono termini e condizioni non sono altro che disposizioni che pongono una pluralità di regole tra loro alternative e che ne disciplinano altresì la successione (certa, nel caso del termine, o eventuale, nel caso della condizione) nel tempo: propongo perciò di chiamare tali clausole *norme (statutarie) temporanee* ⁽¹²⁾.

Questa prospettiva ricostruttiva consente di spiegare agevolmente come non abbia molto senso distinguere, ai fini del discorso che ci interessa, tra termine iniziale e condizione sospensiva, da un lato, e termine finale e condizione risolutiva, dall'altro. Infatti, se il termine o la condizione contenuti in una clausola statutaria sono gli elementi di diverse fattispecie normative, e cioè i meccanismi per stabilire quale regola, tra due alternative, applicare, è evidente che con riferimento all'una regola il termine – lo stesso termine – sarà finale e con riferimento all'altra sarà iniziale; e la condizione con riferimento alla prima regola sarà risolutiva e con riferimento alla seconda regola sarà sospensiva.

4. La successione delle norme statutarie nel tempo

Non è mio compito stabilire il grado di utilità delle norme statutarie temporanee. E' vero infatti che, essendo l'atto costitutivo modificabile a maggioranza, successivi adattamenti sarebbero sempre possibili. Tuttavia potrebbe essere conveniente ed economico (se non anche in taluni casi necessario) prevedere *ex ante* due regole tra loro alternative stabilendone i presupposti, certi o eventuali, di successione.

D'altra parte, le *norme statutarie temporanee* sono in alcuni casi *espressamente menzionate e autorizzate dal legislatore*.

Si pensi, ad esempio, all'art. 2380, comma 2, cod. civ., dove si allude alla possibilità di disporre dei tempi di successione dalla vigenza di un sistema di amministrazione e controllo ad un altro; il che appunto significa che fino ad un certo termine varranno le norme su di un sistema di amministrazione e controllo e dopo quelle relative ad un diverso sistema ⁽¹³⁾.

La previsione di termini e condizioni di applicazione di una certa regola societaria sono poi espressamente consentiti dalla legge nei casi: di recesso dalla società per azioni contratta a tempo indeterminato (artt. 2328, comma 1, n. 13, e 2437, comma 3, cod. civ.); di recesso ai sensi dell'art. 2469, comma 2, cod. civ.; di azioni che incorporano un diritto di vendere (*put*) a certe condizioni; di azioni riscattabili (ovvero con un diritto di *call*) al ricorrere di determinate condizioni (art. 2437-*sexies* cod. civ.) ⁽¹⁴⁾; di "azioni con diritto di voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni" (art. 2351, comma 2, cod. civ.); di "azioni con voto subordinato all'effettuazione di un'offerta" pubblica di acquisto (e alla autorizzazione assembleare di cui all'art 104 T.U.F.), che costituiscono una sottospecie della categoria di a-

zioni precedentemente menzionata; ecc.

In altri casi è la prassi statutaria a fare normalmente ricorso a questo tipo di norme. Ciò, ad esempio, accade: quando si prevede che una società a responsabilità limitata nominerà il collegio sindacale con certe modalità ove si superino i parametri che rendono obbligatoria la presenza di tale organo (art. 2477 cod. civ.); quando si prevede la scelta alternativa, in base alla deliberazione dell'assemblea, tra l'attribuzione del controllo contabile al collegio sindacale, al revisore o alla società di revisione ⁽¹⁵⁾; quando si prevede alternativamente un organo amministrativo a struttura monocratica o collegiale a seconda della scelta di volta in volta compiuta in sede di nomina ⁽¹⁶⁾; quando si prevedono regole di elezione di un organo sociale alternative al ricorrere di certe condizioni relative alla composizione della compagine sociale ⁽¹⁷⁾; ovvero quando, in vista della futura (eventuale) quotazione della società, si dettano altre regole relative al sistema di amministrazione e controllo della stessa, subordinandone l'entrata in vigore alla effettiva ammissione a quotazione delle sue azioni ⁽¹⁸⁾.

Tuttavia non è questo della utilità il punto sul quale mi posso e mi voglio trattenere. Qualche considerazione merita invece la questione della legittimità.

Al riguardo è anzitutto a dirsi che prevedere clausole statutarie condizionate o a termine non pone un problema di rispetto del *diritto di recesso*. Se è infatti vero che il passaggio, in virtù del meccanismo della condizione o del termine, dalla vigenza di una regola alla vigenza dell'altra regola può costituire una modificazione dell'atto costitutivo (legalmente o statutariamente) rilevante ai fini dell'esercizio del diritto di recesso, nondimeno è vero che ciascuna delle due alternative è stata approvata e in quella occasione ai soci non consenzienti deve essere riconosciuto il diritto di recedere (nel termine previsto dalla legge o dallo statuto). Coloro che successivamente avessero acquistato le partecipazioni sociali non saranno invece legittimati a recedere e ciò anche se la condizione o il termine, che mette in vigore la regola statutaria che (in astratto) costituisce una modificazione rilevante ai fini del recesso, intervenisse successivamente al loro acquisto: infatti può ben dirsi che nel momento dell'investimento in quella società era possibile valutare le due norme temporanee che sarebbero state alternativamente in vigore e quindi anche la rispettiva incidenza sul rischio dell'investimento.

Si arriva così ad accennare alla questione veramente centrale: quali siano le regole statutarie che possano diventare tra loro alternative in ragione di un termine o di una condizione. Questo interrogativo rileva anzitutto in sede di redazione dell'atto costitutivo e in sede di controllo (notarile o giudiziario) della sua modificazione. A me pare che comunque si tratti sempre di una valutazione di legittimità da effettuare alla stregua del generale principio di conformità allo statuto legale del tipo sociale prescelto. La particolarità di questi casi è che ciò di cui si deve valutare la

conformità è tanto l'assetto statutario risultante dalla applicazione della prima regola quanto quello risultante dalla applicazione della seconda regola; dal che sembrerebbe doversi logicamente desumere che la valutazione di conformità delle due regole alternative presupponga la costanza del tipo sociale.

5. Le deliberazioni con presupposto condizionato

Così impostato il problema del controllo di legittimità delle norme statutarie temporanee e quindi la questione della ammissibilità delle singole clausole, risulta definitivamente confermato che non si può giungere a differenti valutazioni in sede di costituzione della società e in occasione di successiva modificazione dell'atto costitutivo.

D'altra parte per lo stesso procedimento di modificazione dell'atto costitutivo vale quanto detto con riguardo all'atto costitutivo o meglio al procedimento di costituzione, e cioè che i tempi e gli effetti previsti dalla legge (art. 2436 cod. civ.) per il procedimento non sono disponibili dalla autonomia delle parti, neanche per mezzo di termini o condizioni. E' questo il principale significato che attribuirei alla pure molto discussa disposizione dell'art. 2436, comma 5, cod. civ.; una disposizione che, tuttavia, non impedisce affatto di riconoscere anche prima della iscrizione nel registro delle imprese efficacia, per così dire, interna alla deliberazione modificativa e quindi una efficacia ai fini della sua esecuzione ⁽¹⁹⁾. Non è quindi impedito agli organi sociali di porre in essere ulteriori deliberazioni in esecuzione di una modificazione dell'atto costitutivo non ancora iscritto, anche se tutti gli effetti delle deliberazioni assunte sul presupposto della modificazioni statutaria in tanto potranno prodursi in quanto questa abbia a sua volta acquisito piena efficacia e sia cioè stata iscritta nel registro delle imprese (art. 2436 cod. civ.) ⁽²⁰⁾.

6. La pubblicità degli eventi dedotti in condizione o del decorso del termine.

Resta da dire del regime di pubblicità delle norme temporanee. Esse devono essere e sono sottoposte, al pari di ogni altra norma statutaria, a un regime di forma, di controllo e di pubblicità che – come si è già detto – non tollera alterazioni per effetto della volontà delle parti. Ne consegue che la pubblicità della disposizione temporanea riguarderà immediatamente le due regole tra loro alternative e quindi non si dovrà, né potrà attendere la maturazione del termine o l'avveramento della condizione per iscrivere nel registro delle imprese la regola statutaria approvata ma ancora non in vigore ⁽²¹⁾. In questo senso mi sembra che sia, d'altra parte, la già ricordata massima dell'Osservatorio sulla riforma del diritto societario.

Sulla base di questo presupposto si pone poi un problema di rendere noto al pubblico e opponibile da parte della società il presupposto che fa succedere una re-

gola all'altra. Un simile esigenza non si pone, come è chiaro, qualora si abbia a che fare con un termine certo nel *quando* oltre che nell'*an* (come ad esempio la data del calendario), termine la cui maturazione è da tutti conoscibile sul semplice presupposto della *conoscenza* della regola statutaria relativa e, quindi, della *conoscibilità* dell'atto costitutivo in generale ⁽²²⁾.

Il problema viceversa si pone per le condizioni o i termini *certi an, sed incerti quando*. In questi secondi casi per rendere opponibile la regola sopravveniente si dovrà procedere alla iscrizione nel registro delle imprese di una dichiarazione degli amministratori concernente la maturazione del termine o l'avveramento della condizione, relativa cioè al fatto che si è verificato quel presupposto cui è legata la vigenza di una regola in luogo dell'altra.

Della pubblicità di queste attestazioni degli amministratori discorre esplicitamente la legge quando prevede l'obbligo per gli amministratori di iscrivere nel registro delle imprese loro dichiarazioni relative all'intervenuta causa di scioglimento della società (art. 2484, comma 3, cod. civ.) o quando consente che esse siano previste dallo statuto (art. 2484, comma 4, cod. civ.), ovvero quando disciplina l'attestazione degli amministratori circa l'eseguito aumento del capitale (art. 2444 cod. civ.). E, comunque, l'iscrizione relativa all'avveramento della condizione o alla maturazione del termine non contrasta affatto col principio di tipicità delle iscrizioni dal momento che sono comunque soggetti a pubblicità tutti gli atti che modificano o incidano su atti soggetti a iscrizione ⁽²³⁾.

L'iscrizione della dichiarazione degli amministratori, naturalmente, si rende necessaria solamente nei casi in cui il fatto, da cui dipende la entrata in vigore di una certa disciplina recata da una norma temporanea, non sia costituito da un atto, e tipicamente da una deliberazione, di per sé soggetta alla iscrizione nel registro delle imprese ⁽²⁴⁾.

7. Prime conclusioni.

Debbo concludere e lo farei consegnandovi quelli che io ritengo i risultati meno opinabili di queste riflessioni preliminari.

(i) E' bene usare una certa cautela e una certa misura nel ragionare di termine e condizione con riferimento all'atto costitutivo-statuto (o anche con riferimento ad alcune sue parti), e questo perché condizione e termine sono elementi del negozio, *accidentalia negotii*, e il rilievo della signoria della volontà in una deliberazione o in uno statuto è, come ognuno sa, a tutto concedere assai tenue. Inoltre, come pure è noto, condizione e termine sono positivamente disciplinati dallo stesso codice civile avendo chiaramente presenti i contratti a prestazioni corrispettive ⁽²⁵⁾ e la profonda differenza tra contratti a prestazioni corrispettive e contratti associativi è punto ormai definitivamente acquisito alla riflessione giuridica. Si è dunque parlato di condi-

zione e termine per rimanere fedeli al titolo della relazione, ma sarebbe forse stato più corretto fare semplicemente riferimento ai *presupposti di efficacia* delle disposizioni dell'atto costitutivo e delle deliberazioni che lo modificano.

(ii) Tanto il procedimento di costituzione di una società di capitali, quanto il procedimento deliberativo dei suoi organi sociali sono disciplinati dalla legge nei tempi e negli effetti; tempi ed effetti che le "parti" non possono alterare con il ricorso a "condizioni" o "termini". Se e quando vi sia la possibilità per le "parti" di scegliere qualcosa che abbia a che fare con detti effetti o tempi (in realtà facce della medesima medaglia, perché anche il tempo è una modalità dell'effetto) ciò è espressamente previsto dalla legge.

(iii) Altrettanto è a dirsi con riguardo alla trasformazione di società, dal momento che la legge riconduce inderogabilmente l'efficacia della operazione di trasformazione al perfezionamento dell'ultimo degli adempimenti pubblicitari richiesti dalla legge (ovvero all'ulteriore decorso del termine concesso ai creditori per fare opposizione: v. artt. 2500, comma 3, e 2500-*novies*, comma 1, cod. civ.).

(iv) Le "parti" possono invece dettare singole norme statutarie che si succedono nel tempo in base al maturarsi di termini e all'avverarsi di condizioni; e questo sia in sede di costituzione della società che in occasione di successive modificazioni dell'atto costitutivo.

(v) La previsione di termini e condizioni non deve però far venire meno una regola necessaria al (o, se vuoi, un elemento essenziale per il) funzionamento della società.

(vi) La legittimità delle regole statutarie, la cui alternanza è governata da termini e condizioni, deve essere valutata alla stregua del generale principio di conformità allo statuto legale del tipo sociale prescelto e questo con riferimento ad ambedue le regole destinate a succedersi nel tempo; la qual cosa sembra presupporre che le diverse norme tra loro alternative siano valutate in costanza di tipo di società.

(vii) L'eventuale diritto di recesso è garantito solo nel momento della approvazione della norma temporanea e non anche in occasione della maturazione del termine o dell'avveramento della condizione.

(viii) I fatti che comportano la entrata in vigore di una certa disciplina recata da una norma temporanea (già iscritta nel registro delle imprese), se sono diversi dal decorso di un certo lasso di tempo e se non sono costituiti a loro volta da deliberazioni soggette all'iscrizione, devono essere pubblicizzati per il tramite di dichiarazioni degli amministratori da iscriversi nel registro delle imprese.

Mario Stella Richter Jr

(*) E' la relazione, corredata degli essenziali riferimenti bibliografici, svolta al Convegno su "Orientamenti notarili in materia societaria", tenutosi a Milano il 29 e 30 gennaio 2009.

- 1) Cfr. comunque i contributi di S. TONDO, *Regime dell'omologazione ed elementi accidentali nella costituzione di società di capitali*, in *Studi e materiali del Consiglio nazionale del notariato*, vol. 3, 1989-1991, Milano, 1992, p. 26 ss.; F. TASSINARI, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti ad efficacia sospesa o differita*, in *Riv. notar.*, 1996, p. 83 ss.; V. SALAFIA, *Deliberazioni condizionate e contestuali dell'assemblea straordinaria*, in *Società*, 2000, p. 1290 ss.
Con riferimento a specifici atti, operazioni o deliberazioni possono poi vedersi: A. BORGIOI, *Il contratto preliminare di società*, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 544 ss., a p. 458; G. OLIVIERI, *I versamenti «in conto futuro aumento capitale» in favore degli Istituti di credito di diritto pubblico tra legge speciale e diritto comune societario*, in *Banca e borsa*, 1999, II, p. 200 ss., a p. 204 ss.; F. PETRERA, *Rimozione della causa di scioglimento della società e l'efficacia della deliberazione di revoca*, Studio n. 15-2008/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato; G.B. PORTALE, *Appunti in tema di "versamenti in conto futuri aumenti di capitale" eseguiti da un solo socio*, in *Banca e borsa*, 1995, I, p. 93 ss.; ID., *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 480 ss., a p. 501 ss.; F. TASSINARI, *L'invalidità delle trasformazioni*, in M. MALTONI-F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2005, p. 62 ss.; G.A.M. TRIMARCHI, *L'aumento del capitale sociale*, Milano, 2007, p. 268 ss.
- 2) La si può leggere in *Riv. soc.*, 1999, p. 260: «Una delibera condizionata è illegittima solo quando il fatto futuro e incerto sia oggetto del controllo omologatorio».
- 3) Sono gli orientamenti nn. 7 e 19, che possono leggersi all'indirizzo <http://www.scuoladinotariatodellalombardia.org/massime.htm>.
- 4) Mi riferisco anzitutto agli orientamenti H.C.15, H.F.1, I.G.19 e I.G.23, e poi, a ben vedere anche, agli orientamenti J.A.3, J.A.6 e I.C.2. Essi sono tutti pubblicati nel volumetto *Orientamenti del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari*, s.l., 2008.
- 5) La si legge in *Riv. notar.*, 2007, p. 1015 s.
- 6) M. STELLA RICHTER jr, *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 1*, Torino, 2004, p. 165 ss., a p. 277 ss.; Id., *Atto costitutivo (artt. 2326-2328)*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti e altri, Milano, 2008, p. 75 ss., a p. 129 ss.
- 7) V. anche gli orientamenti J.A.3 e J.A.6 del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari, cit.
- 8) Cfr. al riguardo l'orientamento J.A.11 del Comitato Triveneto, cit.
- 9) Cfr. anche S. TONDO, *Regime dell'omologazione ed elementi accidentali nella costituzione di società di capitali*, cit., pp. 34 s. (per la condizione sospensiva) e 37 (per il termine iniziale).
- 10) V. pure A. BORGIOI, *Il contratto preliminare di società*, cit., p. 458.
- 11) E' appena il caso di aggiungere che la inclusione di *condizioni espresse* nella clausola statutaria relativa all'oggetto sociale è pratica piuttosto comune. In molti casi, infatti, lo svolgimento di attività previste nell'oggetto sociale viene sospensivamente condizionato al rilascio delle autorizzazioni richieste dalla legge (per l'appunto al fine dell'esercizio dell'attività in questione).
- 12) O se si vuole norme temporanee o precarie, per sottolineare la distinzione tra quelle sottoposte a termine e quelle sottoposte a condizione. Di "clausole alternative" parla da ultimo G.A. RESCIO, *Il mutamento del sistema organizzativo nella s.p.a.*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di A. Piras*, p. 4 ss. del dattiloscritto (letto grazie alla cortesia dell'Autore e da cui si continuerà a citare).
Sulle norme temporanee di legge rimangono fondamentali i lavori di C. ESPOSITO: *La validità delle leggi*, Padova, 1934 (rist. Milano, 1964, da cui si cita), p. 73 s.; *Leggi eccezionali e leggi temporanee*, in *Foro it.*, 1938, III, c. 139 s.; voce *Legge* del *Nuovo digesto it.*, vol. VII, Torino, 1938, spec. p. 734. Al riguardo si veda pure G. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, 1913, p. 469 ss. (dove risalenti ma interessanti esempi; altro caso esposto in App. Bologna, 7 marzo 1938, e App. Trieste, 12 maggio 1938, ambedue in *Giur. it.*, 1938, I, 2, c. 356 ss.) e M.S. GIANNINI, *Problemi relativi alla abrogazione delle leggi*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, vol. LVI (1942), p. 7 ss., spec. nt. 4 a p. 10.

- 13)** Cfr. ora, con ampio e rigoroso sviluppo, G.A. RESCIO, *Il mutamento del sistema organizzativo nella s.p.a.*, cit., p. 3 ss. La possibile obiezione che in questo caso non si avrebbe a che fare con una norma o clausola temporanea, perché a determinare il momento del passaggio da un sistema di amministrazione a un altro sarebbe una "deliberazione" e non una clausola dello statuto, non pare cogliere nel segno, dal momento che la deliberazione deve necessariamente avere a oggetto una apposita previsione statutaria: solo così, infatti, potrebbe darsi la necessaria pubblicità e conferirsi la altrettanto necessaria efficacia "reale" al meccanismo che governa il passaggio da uno ad altro sistema di amministrazione e controllo.
- 14)** E al riguardo si ricorda l'orientamento n. 99 del Consiglio notarile di Milano: "La riscattabilità delle azioni a norma dell'art. 2437-sexies c.c., intesa come soggezione delle stesse al potere di riscatto da parte della società o dei soci, può essere una delle caratteristiche ovvero l'unica caratteristica che le differenzia dalle altre azioni che compongono il capitale, concretandosi in tal modo "categoria", a norma dell'art. 2348 secondo comma. La stessa riscattabilità può inoltre essere prevista quale condizione in cui qualsiasi azione può incorrere, al verificarsi di particolari eventi (ad esempio, a seguito del mancato rispetto del diritto di prelazione o di altro vincolo statutario alla circolazione ovvero per il superamento di un predeterminato limite di possesso, sia verso l'alto che verso il basso). La soggezione di azioni o categorie di azioni al riscatto può essere stabilita, oltre che in sede di atto costitutivo, anche con successiva modifica statutaria, purché consti – ove si tratti di attribuire tale carattere ad azioni già in circolazione – il consenso dei titolari di tali azioni. Le azioni riscattabili possono essere invece previste con delibera assembleare adottata con le maggioranze normalmente richieste per le modificazioni dello statuto qualora: - sia consentito (e non imposto) ai soci di trasformare le loro azioni in azioni riscattabili, ovvero - si tratti di aumento di capitale a pagamento con emissione di nuove azioni riscattabili, ovvero - la riscattabilità sia prevista quale condizione in cui qualsiasi azione può incorrere al verificarsi di particolari situazioni e - al momento dell'inserimento - nessuno degli azionisti si trovi in tali situazioni (ad esempio, qualora sia previsto che il riscatto possa operare in caso di superamento di una determinata soglia di possesso azionaria, e nessuno degli azionisti possieda, al momento dell'inserimento, quella quota)".
- 15)** E cfr. la massima n. 18 del Consiglio notarile di Milano: "E' legittima, sia nella spa sia nella srl, la clausola statutaria che consente all'assemblea ordinaria la scelta se affidare il controllo contabile al collegio sindacale ovvero ad un revisore contabile o ad una società di revisione".
- 16)** Cfr. G.A. RESCIO, *op. cit.*, p. 4.
- 17)** Si vedano, a mero titolo esemplificativo, gli artt. 17, 18 e 19 dello statuto di A2A s.p.a., gli artt. 12 e 13 dello statuto di Enia, e gli artt. 17 e 18 dello statuto di Hera.
- 18)** E v. anche G.A. RESCIO, *op. cit.*, p. 5 s.
- 19)** C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, p. 71 ss., a p. 86 s.; ID., *Modificazioni dell'atto costitutivo e omologazione*, ivi, p. 53 ss.
- 20)** Cfr. la Massima n. 19 della Commissione società del Consiglio notarile di Milano.
- 21)** E' ciò che d'altronde accade normalmente con riguardo alle norme di legge.
- 22)** Cfr. C. IBBA, *Gli effetti dell'iscrizione*, in C. IBBA-G. MARASÀ, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, p. 224; ID., *La pubblicità delle imprese*, Padova, 2006 p. 77.
- 23)** Cfr. così C. IBBA, *Gli atti da iscrivere*, in C. IBBA-G. MARASÀ, *Il registro delle imprese*, cit., spec. p. 98; ID., *Gli effetti dell'iscrizione*, ivi, p. 224 s.; ID., *La pubblicità delle imprese*, cit., p. 77; F. TASSINARI, *L'iscrizione nel registro delle imprese*, cit., p. 93 s.
- 24)** Come invece accade nelle ipotesi delle così dette deliberazioni "a cascata".
- 25)** Particolarmente significative le norme degli artt. 1356 e 1358 cod. civ., dove si parla di «alienante» e «acquirente», e dello stesso art. 1359 cod. civ., dove si parla di «parte che aveva interesse contrario all'avveramento» della condizione.