

## AUMENTO DI CAPITALE IN SEDE DI COSTITUZIONE NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

*È legittima la “decisione” – destinata ad avere efficacia dopo l’iscrizione della società e quindi dopo la sua venuta ad esistenza – di aumentare il capitale sociale assunta in sede di atto costitutivo: pur non operando la dimensione corporativa e non essendo possibile applicare le regole organizzative conseguenti – collegialità, principio di maggioranza... - i soci, necessariamente tutti presenti e concordi trattandosi della fase di costituzione, possono decidere l’aumento sotto la condizione dell’iscrizione della società nel RRII.*

\*\*\*

### ***La fattispecie:***

Accade di frequente nella pratica che al Notaio chiamato a ricevere un atto costitutivo di società di capitali venga anche richiesto di “deliberare” contestualmente alla costituzione un aumento di capitale a pagamento da destinare ai soci fondatori o all’ingresso di nuovi soci.

I motivi di tale richiesta sono i più vari:

- la necessità di prevedere sin da subito un incremento dell’investimento dei soci per poter raggiungere gli obiettivi che la società si è prefissa, partecipare ad una gara o acquistare un bene fondamentale per la futura attività sociale e per cui è indispensabile una provvista finanziaria non immediata, ma in tempi brevi e certi; ancora ad esempio, la società è costituita per partecipare ad una procedura competitiva fallimentare per aggiudicarsi un complesso aziendale importante e, nel caso di aggiudicazione, occorreranno rapidamente i danari necessari al versamento del saldo prezzo. L’aumento di capitale già deliberato consentirebbe (una volta costituita la società ed aggiudicato il bene) di procedere subito alla sottoscrizione dello stesso ed al versamento delle somme relative senza dover attendere i tempi di una delibera assembleare e scongiurando l’incertezza di eventuali ripensamenti da parte di alcuni dei soci costituenti;

- la necessità di prevedere sin da subito l’ingresso di un nuovo socio la cui partecipazione è fondamentale per il successo dell’intrapresa e che al momento non è stato ancora individuato tra più possibili candidati o non può partecipare all’atto costitutivo (ad esempio perché è un soggetto straniero che non può essere presente o si tratta di una società particolarmente strutturata che ha bisogno di tempi più lunghi per completare il proprio processo decisionale e per attribuire i poteri necessari).

### ***Le obiezioni:***

Contro l'ammissibilità di una "decisione" di aumento di capitale in sede di atto costitutivo possono essere avanzate varie obiezioni<sup>1</sup>:

la principale è quella per la quale, stante il disposto dell'art. 2331 c.c., che prevede che la società acquista la personalità giuridica con l'iscrizione nel Registro delle Imprese, prima di tale momento la società non esiste, non esiste il suo patrimonio separato e non esistono i suoi organi che, pertanto, non possono deliberare alcuna modifica dell'atto costitutivo. Ipotizzare una modifica come quella proposta sarebbe in contrasto con un dato non tanto formale, ma sistematico che non sarebbe possibile forzare: l'aumento di capitale, infatti, non fa parte dell'atto costitutivo, ma è una decisione dell'organizzazione, in un momento quindi successivo alla conclusione del contratto che attiene alla fase della sua esecuzione.

Altra obiezione è: se l'aumento di capitale è una pattuizione dell'atto costitutivo, quale negozio posto in essere dai soci fondatori, si rischierebbe di violare l'art. 2329 c.c., che richiede, tra le condizioni per la costituzione "che sia sottoscritto per intero il capitale" (non quello minimo di legge, ma quello stabilito dall'atto costitutivo); quale sarebbe, in altre parole, la fattispecie concreta che costituirebbe una violazione di questa norma, se non proprio quella di stabilire un capitale superiore, da offrire ai soci o a terzi, come in un ipotetico aumento di capitale contestuale alla costituzione? <sup>2</sup>

### ***La motivazione:***

Eppure l'esperienza pratica spesso ha manifestato l'esigenza di operazioni di questo tipo per non attendere i tempi dell'iscrizione della società nel registro delle imprese e poi procedere ad una riunione assembleare che deliberi l'aumento.

L'esigenza di abbreviare i termini (successiva necessità di riunire l'organo assembleare per deliberare l'aumento di capitale) non è ignota al legislatore se si conviene che la soluzione proposta condivide la filosofia dell'art. 2443 che consente, sin dall'atto costitutivo, allo statuto di "attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare in una o più volte il capitale fino ad un ammontare determinato e per il periodo massimo di cinque anni dalla data dell'iscrizione della società nel registro delle imprese.....". I soci quindi, per espressa previsione di legge, possono sin dal momento della

---

<sup>1</sup> Si ringrazia il Notaio Prof. Giuseppe Rescio per i numerosi ed importanti spunti di riflessione forniti quale *discussant* in occasione della presentazione dell'Orientamento.

<sup>2</sup> Un'ultima obiezione è quella che vede in un'operazione siffatta un rischio per i soci meno accorti che, nella messe di informazioni ad essi fornite in sede di atto costitutivo (prelazione, gradimento, amministrazione, diritti particolari ecc.), potrebbero vedersi inserita una previsione potenzialmente lesiva della loro posizione nella compagine sociale. Questa obiezione, per quanto suggestiva ed attenta alle esigenze dei soggetti meno preparati, forse prova troppo, perché in questi termini qualsiasi previsione dell'atto costitutivo divergente dallo standard potrebbe comportare questo rischio e perché l'aumento ipotizzato è contenuto e descritto nell'atto costitutivo prima ancora che nello statuto e quindi in una sede in cui i soci possono ancor più facilmente percepirlo.

costituzione decidere di dare mandato agli amministratori di aumentare il capitale della società in limiti predeterminati. Scopo della norma si ritiene essere, in presenza dell'esigenza di aumentare il capitale sociale subito dopo la costituzione, quella di attribuire (soprattutto nelle società di maggiori dimensioni) una maggiore efficienza e flessibilità nella raccolta del capitale di rischio in quanto l'organo amministrativo risulta maggiormente in grado di tener conto delle esigenze di mercato nel collocamento delle azioni<sup>3</sup>. Se questa è la *ratio* ci si chiede perché i soci, che possono nel contratto sociale abdicare alle loro prerogative attribuendole all'organo amministrativo (modificando così temporaneamente la naturale suddivisione dei poteri spettanti agli organi sociali come indicate dalla legge e dallo statuto), non possano essi stessi decidere una modifica statutaria che verrà eseguita dall'organo amministrativo successivamente all'iscrizione della società nel registro delle imprese.

La domanda è quindi se la dimensione corporativa delle società di capitali (assente nelle società di persone nelle quali la dimensione contrattuale resta, normalmente, operante per tutta la vita della società) che, data l'indubbia efficacia costitutiva dell'iscrizione nel registro delle imprese (a prescindere dalle varie tesi "storiche" sulla fase ante iscrizione), comporta che la società non esiste e quindi gli organi non esistono, sia tale da elidere completamente le possibilità del contratto di incidere sulla fase della sua esecuzione, o se ciò non escluda che, pur non ammessa alcuna deliberazione dell'organo competente, non possa operarsi nella dimensione negoziale/contrattuale. In quest'ultimo senso si era già espressa Cass. 5 giugno 1999 n. 5533 in termini "di validità della manifestazione di volontà dei soci, plenaria ed unanime, sotto altro aspetto, quale espressione di un nuovo patto, volto a modificare l'atto costitutivo della società, indipendentemente dall'iscrizione della società nel registro delle imprese che, se evidentemente non potrebbe condizionare la validità dell'atto costitutivo, necessariamente anteriore e prodromico all'iscrizione, non può neppure ritenersi condizionare la validità della convenzione modificativa, qualora tale convenzione possieda i requisiti di sostanza e di forma richiesti per l'atto costitutivo"<sup>4</sup>.

Allo stesso modo attenta dottrina ha affermato che la società in attesa dell'iscrizione, benché priva della personalità giuridica, esiste però sul piano fattuale, con conseguente inapplicabilità della disciplina corporativa (ivi compresa, quindi, l'impossibilità di ipotizzare la deliberazione assembleare), ed applicabilità della disciplina della società come contratto<sup>5</sup> ed altra dottrina ha rilevato che la questione dell'ammissibilità di un aumento di capitale in sede di costituzione della società "sembra possa essere risolta positivamente in presenza del consenso di tutti i contraenti, secondo i generali

---

<sup>3</sup> M. SPERANZIN, *Art. 2443*, in *Le Società per Azioni* a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, Giuffrè 2016; F. GUERRERA – G. RESCIO, *Art. 2481*, in *S.r.l. Commentario* dedicato a G.B. Portale, a cura di Dolmetta e Presto, Giuffrè, 2011.

<sup>4</sup> risposta a quesito d'impresa CNN n. 133-2013/I

<sup>5</sup> F. TASSINARI, *art. 2331*, in *Maffei-Alberti, Il nuovo diritto delle società. Commentario*, I, Cedam, 2005, 68; si veda anche la risposta a quesito d'impresa CNN n. 133-2013/I.

principi del contratto modificativo”<sup>6</sup>; infine da ultimo la Corte di Cassazione nella sentenza 1 dicembre 2011 n. 25703 ha affermato che “la deliberazione assembleare di una srl con cui sia stato approvato un aumento di capitale anteriormente all’iscrizione della società nel registro delle imprese è inesistente, in quanto emanata da un’assemblea ancora priva della possibilità giuridica di deliberare e, tuttavia, la manifestazione di volontà dei soci unanime e plenaria e risultante dalla sottoscrizione dell’atto da parte di ciascuno può essere apprezzata come espressione di un patto volto a modificare l’importo del capitale sociale e la conseguente attribuzione delle quote ai soci e, quindi, come una convenzione modificativa dell’atto costitutivo, a condizione che risultino osservati i requisiti di sostanza e di forma prescritti per tale atto, con la conseguenza che la non avvenuta iscrizione della società nel registro delle imprese non condiziona la validità di detta convenzione modificativa, sia pure destinata ad assumere efficacia dopo l’iscrizione della società”.

Se si accoglie questa impostazione la fattispecie è disciplinata dalle regole “contrattuali” e non da quelle dell’organizzazione: da cui discende la necessità della contestuale presenza di tutti i soci e necessità del consenso unanime.

A ciò si aggiungono due condizioni:

- a) quella della venuta ad esistenza della società (ogni decisione ulteriore assunta in sede di atto costitutivo presuppone infatti, per la sua efficacia, l’iscrizione);
- b) quella – peculiare degli aumenti di capitale – del versamento integrale del capitale (intesa come condizione per l’esecuzione dell’aumento e non per la sua adozione, ai sensi degli artt. 2438 e 2481 c.c.).

Proprio perché la fattispecie è disciplinata dalle regole “contrattuali” e non da quelle dell’organizzazione, si ritiene che non sia necessaria la presenza e/o il consenso degli amministratori e sindaci (appena nominati) perché non esistendo l’organizzazione non esistono nemmeno i suoi organi, perché agli organi è demandata la sola esecuzione dell’aumento (per quanto riguarda l’organo amministrativo) ed il controllo sulla gestione che non è ancora iniziata (per quanto riguarda l’organo di controllo) e perché la presenza di tutti i soci e la sottoscrizione dell’atto da parte degli stessi consentono di considerarli già sufficientemente informati senza necessità di ulteriori attività informative (quali ad esempio la predisposizione della documentazione di cui all’art. 2441 c.c. per l’esclusione del diritto di opzione).

La soluzione positiva che si ritiene di accogliere segue la stessa logica giuridica ed accoglie le medesime motivazioni – dimensione negoziale ed applicazione delle conseguenti regole – che hanno permesso di dare soluzione a problematiche simili: a) modificazione dello statuto e/o degli

---

<sup>6</sup> G.A.M. TRIMARCHI, *L’aumento del capitale sociale*, Ipsoa 2007, 209 in questo senso, pur con argomentazioni diverse, C.A. BUSI, *S.p.a. – S.r.l., operazioni sul capitale*, Egea, 2004, 142-143.

elementi specifici dell'atto costitutivo (amministratori, componenti degli organi di controllo) prima dell'iscrizione, destinate ad avere efficacia contestuale alla venuta ad esistenza della società; b) "risoluzione" per mutuo consenso – 1372 c.c. – del contratto sociale prima dell'iscrizione (ripensamento dei soci che evita la venuta ad esistenza dell'ente e la conseguente necessità, per "chiudere" l'iniziativa, di applicare le regole corporative della liquidazione), senza quindi procedere ad essa.

Già nell'orientamento 62/2016 questa Commissione ha ritenuto legittima la nomina degli amministratori delegati in sede di costituzione, motivando con l'applicazione delle regole negoziali ad una dimensione organizzativa non ancora esistente (stante l'indubbia incompetenza di un organo non ancora esistente – il consiglio di amministrazione – alla nomina degli stessi).

Probabilmente il discorso può essere ampliato a molte modifiche delle regole organizzative del futuro ente quali ad esempio: a) modifiche a termine o sotto condizione dello statuto; b) clausole relative alla struttura finanziaria, ammissibili per l'emissione di titoli di debito e forse più problematiche per l'emissione di un prestito obbligazionario stante la necessità delle attestazioni di cui al primo comma dell'art. 2412 c.c..

Argomenti a favore di una fase contrattuale forte potrebbero essere trovati anche nella costituzione per pubblica sottoscrizione di cui agli artt. 2333 – 2336 c.c., nella quale il contratto, particolarmente procedimentalizzato, è centrale.

Se tutto quanto sopra esposto risulta convincente, si ritiene di aver risposto alla prima delle obiezioni riassunte in principio: l'unanime consenso di tutti i soci presenti all'atto costitutivo espresso nelle forme dell'atto pubblico notarile è idoneo a modificare "ora per allora" il contratto sociale con una previsione che produrrà i suoi effetti (sia in termini di capitale nominale che di esecuzione dell'aumento) successivamente alla nascita dell'organizzazione con l'iscrizione nel registro delle imprese senza che il piano sistematico ne risulti per questo scardinato.

Cerchiamo ora di dare risposta alla seconda obiezione esposta sopra, quella che ritiene che l'aumento di capitale inserito in una pattuizione dell'atto costitutivo costituirebbe una violazione dell'art. 2329 c.c. che richiede, tra le condizioni per la costituzione "che sia sottoscritto per intero il capitale" (non quello minimo di legge, ma quello stabilito dall'atto costitutivo).

Nella ricostruzione proposta il capitale iniziale stabilito nell'atto costitutivo è integralmente sottoscritto e versato e quindi la norma è rispettata. Ai fini della costituzione il disposto dell'art. 2329 c.c. è rispettato in quanto l'aumento di capitale opererà solo nella fase dell'esecuzione del contratto (così come peraltro avviene in caso aumento delegato ex art. 2443 c.c. pur con le differenze note tra le due fattispecie). La particolarità della fattispecie proposta importa che, ferma restando la fissazione del capitale originario al momento della costituzione, i soci hanno poi stabilito, nella medesima sede, di aumentarlo ulteriormente (subordinatamente all'iscrizione e sotto la condizione dell'avvenuta

iscrizione nel registro delle imprese) così come potrebbero fare con una delibera assembleare immediatamente dopo l'iscrizione della società.

Nel sistema attuale ai fini dell'art. 2329 c.c. ciò che conta è che il capitale nominale espresso nell'atto costitutivo sia integralmente sottoscritto e versato per la parte richiesta dalla legge, ma questo non comporta che non sia possibile una dissociazione tra capitale nominale espresso nell'atto costitutivo e capitale "programmato" con una modifica all'atto costitutivo (unanimemente voluta dai soci costituenti) la cui futura esecuzione sia rimandata ad un momento successivo alla venuta ad esistenza della società ed alla stessa condizionata; si tratta di una fattispecie in fondo non dissimile da quella in cui venga deliberato un aumento di capitale in un momento in cui il capitale nominale non è interamente versato.

Non sembra, inoltre, di poter ravvisare una resistenza del sistema a dare all'esterno una informazione distorta mediante l'indicazione di un capitale deliberato molto elevato, alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 2438 c.c. (come modificata dalla riforma del 2003), per la quale non è vietato deliberare aumenti quando il capitale non sia stato integralmente versato, ma solo dare esecuzione all'aumento sino a che il capitale non sia stato integralmente versato.

Una resistenza di questo tipo era invece presente sotto la disciplina previgente se si considera che per opinione prevalente non era possibile nemmeno deliberare aumenti in assenza di integrale versamento del capitale precedente e che per un certo periodo gli aumenti di capitale sopra i 10 miliardi di Lire dovevano essere addirittura preventivamente autorizzati dal Ministero del Tesoro sentita la Banca d'Italia (art. 21 Legge 281/1985 di poi abrogato dall'art. 161 del TUB del 1993).<sup>7</sup>

Si ritiene dunque legittima, per gli esposti motivi, la decisione di aumento del capitale assunta contrattualmente in sede di atto costitutivo con efficacia subordinata all'iscrizione nel registro delle imprese, poiché non si evincono limiti sistematici decisivi in senso contrario né si individuano interessi, anche di terzi, lesi dalla soluzione proposta.

Un'ultima annotazione riguardo alla pubblicità nel registro delle imprese: sotto questo aspetto sussiste una differenza tra l'ipotesi proposta e quella in cui l'atto costitutivo – nella cifra del capitale – è oggetto di modifica prima dell'iscrizione e detta modifica è destinata ad avere efficacia contestualmente all'iscrizione. Nel secondo caso è necessaria non la sola decisione "negoziale" ma anche l'esecuzione – analogamente ai conferimenti in sede di atto costitutivo – e la società verrà ad esistenza con il capitale "aumentato": vi sarà quindi una sola "pubblicità nel Registro Imprese" della società

---

<sup>7</sup> Un'ulteriore obiezione alla ricostruzione qui accolta è quella che vede in un'operazione siffatta un rischio per i soci meno accorti che, nella messa di informazioni ad essi fornite in sede di atto costitutivo (prelazione, gradimento, amministrazione, diritti particolari ecc.), potrebbero vedersi inserita una previsione potenzialmente lesiva della loro posizione nella compagine sociale. Questa obiezione, per quanto suggestiva ed attenta alle esigenze dei soggetti meno preparati, forse prova troppo, perché in questi termini qualsiasi previsione dell'atto costitutivo divergente dallo standard potrebbe comportare questo rischio; ed ancora l'aumento ipotizzato è contenuto e descritto nell'atto costitutivo, prima ancora che nello statuto, e quindi in una sede in cui i soci possono ancor più facilmente percepirlo.

con il capitale (sottoscritto e versato) già risultante dalla modifica. Nel primo caso in esame, invece, due sono le pratiche pubblicitarie: a) la società verrà ad esistenza con un capitale: deliberato (post aumento), sottoscritto al 100% (come da atto costitutivo ante aumento) e versato (almeno per il 25% ante aumento, salva la necessità del versamento integrale per poter dare esecuzione all'aumento); b) a seguito dell'esecuzione dell'aumento, la seconda pratica pubblicitaria darà conto dell'esito dell'aumento (analogamente a qualsiasi aumento non sottoscritto contestualmente).