

Alessandro Torroni

STRUTTURA DELL' AUMENTO DI CAPITALE A PAGAMENTO, MODIFICA DELLO STATUTO E DEPOSITO NELLA REDAZIONE AGGIORNATA

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'aumento di capitale a pagamento. - 3. La posizione della giurisprudenza onoraria. - 4. Natura della delibera di aumento di capitale: 4.1. La tesi del negozio sottoposto a condizione sospensiva; 4.2. La tesi della proposta contrattuale; 4.3. La tesi della modificazione verbale e materiale dell'atto costitutivo; 4.4. La tesi della modifica immediata dell'atto costitutivo. - 5. Modifica dell'articolo dello statuto relativo al capitale sociale e deposito al registro delle imprese: 5.1. La modifica immediata dello statuto con indicazione della delibera di aumento; 5.2. La c.d. modifica ora per allora; 5.3. L'unica delibera di aumento del capitale; 5.4. La legittimazione degli amministratori. - 6. Il divieto di cui all'art. 2444, terzo comma c.c.

1. Premessa

Le modalità operative da seguirsi in occasione del ricevimento di una delibera di aumento di capitale a pagamento di una S.p.a. o S.r.l. — soprattutto per quanto concerne la modifica dell'articolo dello statuto relativo al capitale sociale ed il suo deposito al registro delle imprese nella redazione aggiornata - hanno dato luogo a diverse incertezze. A ciò non è estranea la difficoltà nel dare una sistemazione teorica univoca alla fattispecie dell'aumento di capitale.

Il problema è ancora più delicato oggi che il controllo sulle delibere assembleari è affidato direttamente al notaio verbalizzante, a seguito delle modifiche introdotte dall' art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340 (legge di semplificazione 1999) (1).

(1) Si ricorda che il quinto comma del predetto art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340 ha introdotto nel corpo della legge notarile (l. n. 89/1913) l'art. 138 bis che equipara alla violazione dell'art. 28 l. not. la richiesta di iscrizioni delle deliberazioni di società di capitali quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge.

2. L'aumento di capitale a pagamento

A differenza dell'aumento di capitale gratuito, che è una mera operazione contabile e utilizza ricchezza già esistente nel patrimonio sociale (2), con l'aumento di capitale a pagamento la S.p.a. o la S.r.l. mira a far affluire nel proprio patrimonio nuovo capitale di rischio da investire nell'impresa, a fronte della emissione di nuove azioni o quote.

Per questo si è soliti dire che, in questo caso, la delibera assembleare non è *di per se* sufficiente a realizzare il risultato avuto di mira dalla società. E' necessaria la collaborazione di altri soggetti: i soci attuali (titolari del diritto di opzione) o i soci futuri (in caso di limitazione o esclusione di tale diritto o di rinuncia allo stesso) i quali, concludendo con la società il contratto di sottoscrizione, si obbligano ad eseguire i relativi conferimenti.

Se questa premessa è pacificamente accettata, più controversa rimane la natura ed efficacia della delibera di aumento del capitale e degli atti successivi diretti a darle esecuzione.

Le questioni controverse si possono così riassumere:

- la delibera dell'assemblea straordinaria di aumento del capitale modifica fin dalla sua adozione il capitale nominale della società?
- E' legittimo modificare, contestualmente alla delibera di aumento, il capitale sociale indicato nello statuto?
- E' legittimo depositare nel registro delle imprese, unitamente alla delibera, il testo aggiornato dello statuto *ex art* 2436, secondo comma c.c., senza attendere la integrale sottoscrizione dell' aumento?
- Il divieto di cui all' art. 2444 c.c. di menzionare l'aumento del capitale negli atti della società prima dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'attestazione degli amministratori che l'aumento del capitale è stato eseguito, si riferisce anche allo statuto?

3. La posizione della giurisprudenza onoraria

La giurisprudenza onoraria, pacificamente, afferma che la delibera di aumento del capitale sociale non comporta una modifica immediata dell'atto costitutivo o dello statuto, bensì una modifica soltanto futura ed incerta, sottoposta alla condizione sospensiva della effettiva sottoscrizione (3). E ha di-

(2) "L' assemblea può aumentare il capitale, imputando a capitale la parte disponibile delle riserve e dei fondi speciali iscritti in bilancio.

In questo caso le azioni di nuova emissione devono avere le stesse caratteristiche di quelle in circolazione, e devono essere assegnate gratuitamente agli azionisti in proporzione di quelle da essi già possedute.

L'aumento di capitale può attuarsi anche mediante aumento del valore nominale delle azioni in circolazione" (art. 2442 c.c.).

(3) Cfr. Corte di appello di Genova 15 dicembre 1999, in *Le Società*, n. 5/2000, con commento di M. **Cupido**; Tribunale di Cassino 18 maggio 1994, in *Le Società*, n. 8/1994, pp. 1079 ss., con commento di A. **Fabrizio** e in *Riv. not.*, 1995, pp. 706 ss.; Tribunale di Torino 17 febbraio 1994 e Corte d'appello di Torino 18 aprile 1994, in *Le Società*, n. 8/1994, pp. 1069 ss.; in *Riv. not.*, 1995, pp. 706 ss.; in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 868; Tribunale di Trieste 9 luglio 1993, in *Le Società*, n. 10/1993, pp. 1384 ss., con commento di V. **Salafia**.

chiarato nulla, perché contraria a norme di ordine pubblico, quali quelle in materia di pubblicità degli atti societari, la contestuale deliberazione assembleare di modificazione dell'atto costitutivo (e/o statuto) (4).

Questa impostazione è suffragata in particolare dai seguenti argomenti:

— il principio, desumibile dagli artt. 2328 e 2329 c.c. riguardanti la costituzione della società, da cui si ricava che l'ammontare del capitale sociale risultante dallo statuto non deve mai superare il valore nominale complessivo delle azioni sottoscritte dai soci;

— il principio sarebbe confermato in sede propria dell'aumento di capitale dall'art. 2439, secondo comma c.c., in cui l'avvenuta sottoscrizione dell'aumento è posta come condizione e limite della modifica statutaria relativa al nuovo ammontare del capitale sociale;

— l'art. 2346, secondo comma c.c. prescrive il deposito nel registro delle imprese del testo integrale dell'atto modificato nella sua redazione aggiornata, e non può che trattarsi di una modifica definitivamente avvenuta, non futura ed incerta, come nel caso dell'aumento solo deliberato. Diversamente si potrebbero trarre in inganno quei terzi che, fermandosi alla consultazione dell'atto aggiornato, fanno affidamento sul capitale ivi indicato, deliberato ma non ancora sottoscritto.

— L'art. 2444 c.c. prevede il divieto di menzionare il nuovo capitale negli atti della società, tra cui rientrerebbe anche lo statuto, fino a quando non sia depositata nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento di capitale è stato eseguito.

La giurisprudenza considera invece legittima la delibera di modifica dello statuto, contestuale a quella di aumento del capitale, però condizionata alla effettiva sottoscrizione (cd. modifica ora per allora) (5).

Se le conclusioni pratiche cui giunge la giurisprudenza possono in sostanza condividersi, il percorso argomentativo merita qualche approfondimento.

4. Natura della delibera di aumento di capitale

4.1. La tesi del negozio sottoposto a condizione sospensiva

Già nel vigore del codice di commercio, la delibera assembleare era considerata come un negozio giuridico sottoposto alla condizione sospensiva della successiva sottoscrizione delle azioni di nuova emissione. Ciò in quanto, trattandosi di modifica dell'atto costitutivo, era la volontà assembleare a realizzarla, ma l'effetto modificativo era condizionato dalla sottoscrizione dell'aumento che era considerata un mero fatto giuridico.

Questa tesi è stata seguita anche da una parte della dottrina più recente (6), per la quale la deliberazione, anche se costitutiva della modifica, è solo il

(4) Tribunale di Cassino 18 maggio 1994, cit.

(5) Tribunale di Torino 17 febbraio 1994 e Corte d'appello di Torino 18 aprile 1994, cit.; Corte d'appello di Genova 15 dicembre 1999, cit.

(6) Cfr. **G. Tantini**, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Padova, 1973, pp. 250 ss.

presupposto dell'aumento del capitale, che si ha con la sottoscrizione delle azioni. La sottoscrizione dunque opera come condizione sospensiva della modificazione (*recte*: dell'aumento). Modificazione del capitale si ha per effetto della delibera di aumento in quanto interamente sottoscritta. Occorre dunque distinguere tra deliberazione di modifica statutaria (sottoposta a condizione sospensiva), ed effettivo aumento (che si ha con l'avverarsi della condizione, cioè la sottoscrizione).

Questa impostazione ritorna nella dottrina più recente per la quale "... la mera deliberazione di aumento di capitale non da ancora luogo ad una modifica perfetta dello statuto, ma ad un *programma* di modifica o, se si preferisce, ad una modifica dello statuto condizionata alla sua esecuzione" (7).

4.2. La tesi della proposta contrattuale

Una parte della dottrina ha valorizzato l'aspetto contrattualistico della fattispecie, riconducendola all'ipotesi prevista dall'art. 1322 c.c., che è quella per cui nuove parti aderiscono ad un contratto già in fase di esecuzione.

"Considerata sotto questo aspetto, la deliberazione assembleare di aumento di capitale si presenta come proposta contrattuale e, in particolare, come offerta al pubblico (art. 1336); mentre le sottoscrizioni delle azioni di nuova emissione equivalgono ad altrettante dichiarazioni di accettazione della proposta" (8).

Secondo questa dottrina la precedente costruzione era artificiosa conducendo all'idea che "una proposta contrattuale, qual è la delibera assembleare di aumento di capitale, fosse un negozio giuridico... subordinato alla condizione sospensiva dell'accettazione; e che le sottoscrizioni del capitale in aumento fossero negozi giuridici diretti a porre in essere l'evento che la deliberazione assembleare aveva dedotto in condizione" (9).

4.3. La tesi della modificazione verbale e materiale dell'atto costitutivo

Altri ha messo in evidenza il rapporto esistente tra fase deliberativa e fase esecutiva dell'aumento di capitale, distinguendo tra modificazione verbale e modificazione materiale dell'atto costitutivo (10).

Il momento contrattualistico esiste ma appartiene alla fase esecutiva della delibera: il contratto di sottoscrizione delle azioni di nuova emissione si forma fra gli amministratori, rappresentanti della società, che eseguono la deliberazione assembleare, e coloro i quali sottoscriveranno le azioni (11).

(7) P. Marchetti, *La pubblicità della esecuzione dell'aumento di capitale*, in *Notariato*, n. 3/1995, p. 311.

(8) F. Galgano, *Aumento di capitale solo parzialmente eseguito*, in *Giur. comm.*, 1976, p. 500; per questa tesi cfr. anche T. Ascarelli, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 298 ss.; F. Ferrara, *Deliberazione complessa in tema di aumento di capitale*, in *Riv. soc.*, 1963, p. 279.

(9) F. Galgano, *op. cit.*, p. 501.

(10) V. Salafia, *Aumento del capitale e testo aggiornato dello statuto*, commento a Trib. Trieste, 9 luglio 1993, in *Le Società*, n. 10/1993, p. 1385. La distinzione tra modifica verbale e materiale è stata accolta anche da Tribunale di Cassino 18 maggio 1994, cit.

(11) Cfr. V. Salafia, *Argomenti di diritto societario*, Vita not. quaderno n. 18, p. 144.

Quanto alla efficacia della delibera assembleare, "è concordemente riconosciuta l'efficacia immediata di tutte [le deliberazioni modificative dell'atto costitutivo] salvo che per quelle di fusione, riduzione del capitale per esuberanza ed emissione delle obbligazioni, per le quali la legge stessa rinvia ad un momento futuro (12)... Se si accetta la tesi della contestualità degli effetti con la formazione dell'atto, non può dubitarsi che la modificazione di questo consegue al perfezionamento della deliberazione... Mentre in generale deve riconoscersi che la maggior parte delle deliberazioni modificative dell'atto costitutivo delle società producono effetti in forza della stessa iniziativa contenuta in esse, come nel caso del cambiamento delle clausole statutarie, per alcune deliberazioni, come per quelle di aumento del capitale, deve ammettersi che la materializzazione dell'effetto richiede la partecipazione di soggetti estranei alla società, i quali accettino la proposta di aumento del capitale e ne sottoscrivano le quote".

4.4. La tesi della modifica immediata dell'atto costitutivo

In dottrina è stata sostenuta anche la tesi della modifica immediata dell'atto costitutivo.

Si è affermato che "... non si può negare che il procedimento di modifica dell'atto costitutivo è comunque iniziato, prova ne è che mai nessuno ha negato che, anche in questo caso, occorra far ricorso alla forma di assemblea straordinaria *ex art. 2365 c.c.* e non ne muta la struttura anche, la totale mancata sottoscrizione (cioè anche in questa eventualità non perde la sua natura di assemblea straordinaria).

Nel caso contrario in cui si volesse negare la natura modificativa della delibera, occorrerebbe modificare tutta la struttura facendo ricorso ad una che preveda:

- a) Delibera di assemblea ordinaria (equivalente ad una proposta);
- b) Sottoscrizione (equivalente all'accettazione)
- c) Delibera di assemblea straordinaria ricognitiva (equivalente alla modifica statutaria)" (13).

Una conferma di questa tesi si ritroverebbe nella disciplina del divieto di menzionare l'aumento negli atti della società fino a che non sia avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese dell'attestazione degli amministratori dell'eseguito aumento (art. 2444, terzo comma c.c.). Si è posto in evidenza che la legge dice che non si può fare menzione dell'aumento, di un aumento già avvenuto, quindi efficace negli atti sociali. La legge dà per scontato che l'effetto dell'aumento si sia prodotto ed è proprio per questo che si giustifica il terzo comma dell'art. 2444 c.c.; perché se invece la legge avesse voluto sta-

(12) "L'opinione si fonda soprattutto sull'art. 2378, quarto comma, codice civile il quale attribuisce all'autorità giudiziaria, adita in sede di impugnazione, il potere di sospendere l'efficacia dell'atto impugnato, che pertanto è presupposta come qualità di questo, contestuale alla sua materiale formazione" (V. **Salafia**, *Aumento del capitale*, cit., p. 1385).

(13) A. **Marsala**, *Aumento di capitale sociale senza immediata sottoscrizione*, Vita not. quaderno n. 18, p. 34.

bilire che l'efficacia della delibera di aumento, in caso di non contestuale sottoscrizione da parte dei soci, non si produce, l'art. 24¹⁴, terzo comma c.c. sarebbe del tutto inutile (14).

Secondo una dottrina — sia pure in forma dubitativa — potrebbe "vedersi nella deliberazione di aumento del capitale innanzi tutto l'accordo tra i soci di consentire nuovi conferimenti (con quanto segue), e... già per questo attribuirsi all' accordo, a prescindere cioè dal fatto che il capitale effettivamente aumenti in seguito alla sottoscrizione delle nuove azioni, effetto immediatamente e autonomamente modificativo del contratto sociale" (15).

5. Modifica dell'articolo dello statuto relativo al capitale sociale e deposito al registro delle imprese

Probabilmente tutte le impostazioni mettono in luce ciascuna un aspetto particolare della *fattispecie a formazione progressiva* aumento di capitale, sicuramente caratterizzata da più fasi collegate tra loro: delibera dell'assemblea straordinaria; offerta delle azioni da parte degli amministratori; contratto di sottoscrizione società-soci; deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese dell'attestazione che l'aumento del capitale è stato eseguito; deposito dello statuto aggiornato (16).

Qualunque tesi si ritenga di seguire, e certo che *non è opportuna* una modifica dello statuto immediata e contestualmente alla delibera di aumento del capitale. Se non altro, da un punto di vista squisitamente pratico, per il rischio di dover riconvocare l'assemblea, nel giro di qualche settimana, per prendere atto della mancata sottoscrizione (totale o parziale, in caso di aumento scindibile) delle azioni o quote di nuova emissione e rimodificare l'articolo dello statuto indicante il capitale sociale.

Sulla pretesa violazione di norme di ordine pubblico, quali quelle in materia di pubblicità degli atti societari, si tornerà più avanti.

5.1 La modifica immediata dello statuto con indicazione della delibera di aumento

Una modalità operativa approvata dalla prassi e sicuramente immune da censure è quella di procedere immediatamente alla modifica dell'articolo del-

(14) Cfr. V. **Salafia**, *Argomenti*, cit., p. 143.

(15) U. **Belviso**, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, tomo terzo, nota 60 a p. 89, che richiama per questa impostazione **Chiomenti**, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1967, p. 164.

(16) Cfr. G. **Tantini**, *op. cit.*, p. 251; U. **Belviso**, *op. cit.*, p. 88, ove distingue tra elementi principali: da una parte la deliberazione dell'assemblea (o del consiglio di amministrazione, se vi sia stata delega), dall'altra la sottoscrizione delle azioni di nuova emissione; e elementi accessori: da una parte gli atti che concorrono al procedimento pubblicitario proprio di tutte le deliberazioni modificative dell'atto costitutivo, dall'altra l'iscrizione nel registro delle imprese dell'attestazione che l'aumento del capitale è stato eseguito; F. **Chiappetta**, *L'aumento del capitale sociale, l'efficacia delle sottoscrizioni ed il "procedimento" come forma dell'azione sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, pp. 605 ss.

lo statuto relativo al capitale sociale con l'aggiunta dell'indicazione della data e del contenuto della delibera dell'assemblea straordinaria, e al deposito nel registro delle imprese nella sua redazione aggiornata (17). Prassi già adottata in caso di aumento di capitale deliberato a servizio di un prestito obbligazionario convertibile (art. 2420 *bis c.c.*).

5.2. *La c.d. modifica ora per allora*

È sicuramente valida una modifica dello statuto sottoposta alla condizione sospensiva della integrale sottoscrizione dell'aumento entro il termine fissato dall'assemblea (in caso di aumento inscindibile); oppure fino all'ammontare effettivamente sottoscritto (in caso di aumento scindibile) (18). Il deposito dello statuto è rinviato alla completa sottoscrizione delle azioni di nuova emissione o alla scadenza del termine per le sottoscrizioni (aumento scindibile solo parzialmente sottoscritto).

Questa soluzione, rispetto a quella sopra indicata, presenta il vantaggio di non dover procedere nuovamente alla modifica ed al deposito dello statuto nel caso in cui l'aumento non abbia esecuzione, in tutto o in parte (aumento scindibile).

Nell'ipotesi di aumento scindibile non interamente sottoscritto, non si ritiene necessario un nuovo intervento dell'assemblea, scaduto il termine di esecuzione dell'aumento, perché già l'assemblea ha deliberato di aumentare il capitale *in misura corrispondente alla totalità delle sottoscrizioni raccolte a quella scadenza*.

E' stato sostenuto che "la via della delibera condizionata... non è percorribile in caso di aumento di capitale scindibile in quanto, in sede di delibera, non si potrebbe individuare preventivamente se e in quale misura il capitale verrà sottoscritto e, conseguentemente, apportare allo statuto la necessaria modifica, ancorché condizionata" (19).

In senso contrario, si può obiettare che l'importo dell'aumento è determinato dall'assemblea *per relationem* con riferimento al valore effettivamente sottoscritto (entro il limite massimo stabilito) e che l'aggiornamento dello statuto sarà effettuato a cura degli amministratori in esecuzione di poteri loro propri, come si vedrà in seguito (20). D'altra parte, che lo schema di aumento formale "aumento da X a Y" non sia l'unico concepibile, è dimostrato dalla disciplina dell'aumento a servizio del prestito obbligazionario convertibi-

(17) Cfr. **P. Marchetti**, *op. cit.*, p. 311; **G. Santarcangelo**, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti modificativi di società*, Milano, 2000, pp. 146 ss.

(18) Cfr. **G. Santarcangelo**, *op. cit.*, pp. 146 ss; Tribunale di Torino 17 febbraio 1994 e Corte d'appello di Torino 18 aprile 1994, cit.; Corte d'appello di Genova 15 dicembre 1999, cit.

(19) Cfr. **G. Iaccarino**, *La delibera di aumento del capitale sociale nella pratica notarile*, in *Le Società*, n. 9/1995, p. 1157.

(20) Si ricorda che il secondo comma dell'art. 2439 c.c. afferma che "il capitale è aumentato di un importo pari alle sottoscrizioni raccolte soltanto se la deliberazione medesima lo abbia espressamente previsto". Nello stesso senso, cfr. **A. Fabrizio**, *Operazione di aumento e delibera di modifica dell'atto costitutivo*, commento a Tribunale di Cassino 18 maggio 1994, in *Le Società*, n. 8/1994, p. 1081.

le in cui l'aumento del capitale viene eseguito *in misura corrispondente al valore nominale delle azioni emesse ogni semestre*, e al momento della delibera non è dato sapere l'importo dell'aumento che verrà sottoscritto. Si aggiunga che in dottrina è ritenuto sicuramente valido un aumento secondo lo schema formale di "aumento per X lire", di cui l'aumento a servizio del prestito convertibile è considerato un esempio tipico (21).

5.3. *L'unica delibera di aumento del capitale*

Un'altra strada percorribile è quella dell'unica delibera assembleare di aumento del capitale, con la eventuale delega agli amministratori di depositare lo statuto nella redazione aggiornata. È stato infatti ricordato che "la fattispecie in esame, se pure a formazione progressiva..., consiste in un unico atto negoziale. Pertanto, un solo atto giuridico viene espresso da un'unica delibera... Ne si può obiettare che, trattandosi di una nuova manifestazione di volontà, gli amministratori avrebbero bisogno per agire di un'ulteriore delibera... In realtà, per gli adempimenti successivi gli amministratori agiscono in virtù dell'originaria (e unica) delibera, senza che sia consentito ad essi alcuna discrezionalità se non quella, entro i termini stabiliti dalla legge, di scegliere il momento più opportuno per eseguire il loro compito" (22).

5.4. *La legittimazione degli amministratori*

Nei trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione delle azioni di nuova emissione gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione che l'aumento è stato eseguito (art. 2444, primo comma c.c.). Lo stesso obbligo è previsto per le azioni emesse a fronte della conversione di obbligazioni, entro il mese successivo all'emissione (art. 2420 *bis*, quarto comma c.c.). Per l'inosservanza di tale obbligo è comminata la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire centomila a lire duemilioni (art. 2626 c.c.).

Contestualmente gli amministratori depositeranno il testo integrale dello statuto nella sua redazione aggiornata (art. 2436, secondo comma c.c.).

Nello svolgimento di tali compiti gli amministratori agiranno in forza delle predette disposizioni di legge, in esecuzione della originaria delibera dell'assemblea straordinaria, senza necessità di deleghe assembleari né tantomeno di attribuzione di poteri (23). A ben guardare, gli amministratori, in questo caso, agiscono più nell'ambito dell'"ambasceria" che in quello della rappresentanza (24).

(21) Cfr. **P. Marchetti**, *op. cit.*, p. 311.

(22) **G. Iaccarino**, *op. cit.*, p. 1158.

(23) In questo senso, cfr. **P. Marchetti**, *op. cit.*, p. 312 ove si legge "A ciò [deposito dello statuto aggiornato] provvederanno, per espressa previsione di legge (i richiamati artt. 2420 *bis*, quarto comma, 2444, 2436) gli amministratori senza, si sottolinea, la necessità di interventi dell'assemblea straordinaria, troppo spesso incredibilmente riunita non già per deliberare, ma solamente per dar atto dell'esecuzione di delibere già adottate ovvero per constatare il mancato verificarsi di condizioni cui erano state sottoposte precedenti delibere".

(24) Cfr. **G. Iaccarino**, *op. cit.*, p. 1158.

E ciò anche per gli aumenti deliberati dagli amministratori nell'esercizio della delega ricevuta dall'assemblea (art. 2443 c.c.). In questo caso il testo dello statuto aggiornato nella indicazione del capitale sociale conterrà anche l'adeguamento della eventuale residua delega *ex art 2443 c.c.* ovvero il definitivo stralcio della previsione della stessa se si è ormai esaurita (25).

Resta da esaminare il problema del termine ultimo per il deposito nel registro delle imprese da parte della società del testo aggiornato dello statuto. È stato proposto di applicare per analogia il termine di trenta giorni previsto per il deposito nel registro delle imprese dell'atto costitutivo e delle delibere che importano modificazioni dell'atto costitutivo (artt. 2330 e 2411 c.c.). I trenta giorni decorreranno, in questo caso, dalla integrale sottoscrizione del capitale sociale o dalla scadenza del termine per la sottoscrizione risultante dalla deliberazione (aumento scindibile non interamente sottoscritto) (26).

6. Il divieto di cui all'art. 2444, terzo comma c.c.

E veniamo infine ad uno dei punti più complessi della disciplina dell'aumento. Il divieto di menzionare l'aumento del capitale negli atti della società fino a che non sia avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese dell'attestazione degli amministratori che l'aumento del capitale è stato eseguito. È evidente che il legislatore vuole evitare che la società tragga in inganno i terzi menzionando *nei suoi atti* un capitale solo deliberato, senza un corrispondente incremento patrimoniale (consistente quantomeno in crediti verso i sottoscrittori per i sette decimi non versati contestualmente alla sottoscrizione).

Pacifico quanto sopra, *si tratta ora di vedere se tra i suoi atti rientri anche lo statuto*. In altri termini, se la (eventuale) modifica dello statuto contestuale alla delibera di aumento vada contro il divieto di cui all'art. 2444, terzo comma c.c. Si ricorderà che, come si è riportato in precedenza, è stata dichiarata nulla, perché contraria a norme di ordine pubblico, quali quelle in materia di pubblicità degli atti societari, la contestuale deliberazione assembleare di modificazione dell'atto costitutivo (e/o statuto) (Tribunale di Cassino 18 maggio 1994, cit.).

A fronte della drastica posizione della giurisprudenza e della dottrina prevalente, parte minoritaria della dottrina è sembrata più possibilista.

Si è sostenuto, ad esempio, che "... il legislatore... quando parla di atti delle società non si può sostenere che si riferisca anche allo statuto, che fa parte integrante e sostanziale dell'atto costitutivo, ma agli stessi atti di cui all'art. 2250 c.c. secondo comma ove è indubbio che non si riferisca all'atto costitutivo ergo per il combinato disposto dell'art. 2328, ultimo comma c.c. allo statuto" (27).

(25) Cfr. P. Marchetti, *op. cit.*, p. 312.

(26) Cfr. V. Salafia, *Aumento del capitale, cit.*, p. 1386.

(27) A. Marsala, *op. cit.*, p. 34.

Ancora, si è affermato che la categoria degli atti, cui fanno riferimento l'art. 2250 e l'art. 2444 c.c., non comprenderebbe anche l'atto costitutivo; essa si riferisce agli *atti compiuti dalla società nell'esercizio della propria impresa e per mezzo dei quali tende a realizzare il proprio oggetto*, ma non può comprendere l'atto costitutivo che è un elemento della struttura sociale o meglio l'elemento fondativo della società e non un atto della società (28).

Si può aggiungere, da un punto di vista pratico, che il modello di pubblicità presso il registro delle imprese prevede nel campo "VARIAZIONI DEL CAPITALE SOCIALE" il capitale Deliberato, Sottoscritto e Versato. Con ciò probabilmente attenuandosi i rischi di pubblicità ingannevole a cui è particolarmente sensibile la giurisprudenza.

La garanzia per i terzi che l'aumento è stato effettivamente eseguito sta nella iscrizione dell'attestazione degli amministratori di cui all'art. 2444, primo comma c.c., che chiude il procedimento di aumento, non nella consultazione dello statuto (29).

Non sembrano convincenti le altre argomentazioni proposte dalla giurisprudenza.

Gli artt. 2328 e 2329 c.c., da cui si ricaverebbe la necessaria, costante corrispondenza nello statuto tra capitale ivi indicato (art. 2328, primo comma, n. 4) e capitale sottoscritto (art. 2329, primo comma, n. 1), si riferiscono esclusivamente alla fase costitutiva della società, in cui la preoccupazione del legislatore è soprattutto quella di garantire la serietà dell'intento costitutivo, richiedendo l'integrale sottoscrizione del capitale. Non sembra di rinvenire poi nell'art. 2439, secondo comma c.c. quella trasposizione del principio all'aumento di capitale, presunta dalla giurisprudenza, limitandosi tale disposizione a richiedere nella delibera il termine per la sottoscrizione del capitale ed a prevedere la scindibilità dell'aumento come eccezione alla regola generale contraria dell'inscindibilità.

Gli argomenti tratti dall'art. 2436 c.c., per cui il deposito dello statuto non può che riguardare una modifica definitivamente avvenuta, e dall'art. 2444 c.c., per cui il divieto di menzionare il nuovo capitale negli atti della società comprenderebbe anche lo statuto, danno per dimostrato ciò che vorrebbero dimostrare, in ciò mostrandosi assolutamente inefficaci.

In conclusione, e sicuramente inopportuno, da un punto di vista pratico, procedere alla modifica dello statuto e al deposito presso il registro delle imprese contestualmente alla delibera di aumento di capitale, per i motivi sopra esposti, ma non si rinviene nella disciplina positiva un divieto espresso né una contrarietà a norme di ordine pubblico, quali quelle in materia di pubblicità degli atti societari.

(28) Cfr. V. **Salafia**, *Aumento del capitale*, cit. p. 1386; *contra*, P. **Marchetti**, *op. cit.*, p. 311, per il quale "... a evidente come non si possa menzionare nello statuto che a l'atto" sociale di base, un capitale solamente deliberato, a meno di precisare appunto che si tratta solo di cifra deliberata".

(29) Stata sottolineata la importante valenza ricostruttiva dell'art. 2444 c.c., norma spesso trascurata dalla dottrina. Infatti, al di là di un'evidente funzione informativa rispetto ai terzi, l'attestazione depositata dagli amministratori costituisce l'indice della positiva conclusione del procedimento di aumento e del mutamento sostanziale della realtà giuridica (aumento del capitale) ed economica (acquisizione delle nuove entità patrimoniali) (cfr. F. **Chiappetta**, *op. cit.*, pp. 607 ss.).