

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali

Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Prime considerazioni sulla legge del 24 novembre 2000 n.340.

(Relazione presentata all'incontro di studio del 16 gennaio 2001
tenuto presso la LUISS Guido Carli)

Valeria Panzironi

Giugno 2001

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

La prima cosa che mi preme precisare è lo scopo del mio intervento che, anche in considerazione del livello dei relatori e dell'uditorio, non può che essere quello di dare ordine alla problematica, esponendo sinteticamente il contenuto della disposizione approvata con la recente legge e svolgendo le prime considerazioni che la rapida lettura del testo mi sembra sollevare, per lasciare al più presto la parola ai "veri" relatori di questa giornata di studio.

La legge detta di semplificazione del 1999 (per l'esattezza la legge recante le *Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione dei procedimenti amministrativi*) ha apportato una rilevante modifica al diritto societario italiano, andando a toccare l'omologazione degli atti societari, cioè un istituto che addirittura preesisteva al codice del 1942, essendo stato introdotto, grosso modo nelle forme in cui noi oggi lo conosciamo, per la prima volta con il codice di commercio del 1882.

Come noto la legge in esame ha eliminato del tutto il controllo preventivo del giudice sugli atti societari, in sede di costituzione della società, mantenendolo in via meramente eventuale, come si avrà modo di illustrare più avanti nel dettaglio, in sede di modificazioni dell'atto costitutivo.

L'approvazione della disposizione ha per certi versi colto di sorpresa gli studiosi e gli operatori del diritto, forse più per le modalità e per la sede nella quale è stata inserita la norma che per la scelta in sé di eliminare detto controllo del giudice. Non si può infatti dire che il tema non fosse stato mai discusso prima.

Anzi, per vero, è da tempo, ed in modo concreto almeno da tre anni, che in tema di riforma del diritto societario si discute sull'opportunità di mantenere questo intervento del giudice in sede non contenziosa, discussione che si colloca nel più ampio dibattito sull'evoluzione del nostro sistema giuridico in campo di programmazione economica, nel senso di un superamento del classico modello di regolamentazione amministrativa in favore del modello di regolamentazione di mercato.

Molti sono stati gli incontri e le occasioni di scambio su questo tema. Fra le diverse iniziative susseguitesi negli anni ricordo, anche perché la sede di oggi lo impone, un convegno organizzato dal Ceradi nel gennaio del 1998, in collaborazione con il consiglio dell'ordine del notariato e Magistratura Democratica, intitolato proprio "L'omologazione degli atti societari: bilanci e prospettive", nel corso del quale si erano animatamente fronteggiate le due posizioni, l'una a favore e l'altra contro il mantenimento di detto controllo, e si erano già gettate le basi per quel provvedimento che oggi è divenuto legge dello Stato. Il dibattito, di lì a poco, sarebbe infatti stato trasferito nell'ambito della commissione di studio istituita presso il ministero di Grazia e Giustizia, nota come commissione Mirone (istituita con decreto interministeriale del 24 luglio 1998).

Ciò che dunque ha stupito, come si avrà modo di dire più avanti, non è stata tanto la scelta di eliminare il controllo preventivo del giudice, quanto quella di inserire questa norma in una legge di carattere "amministrativo" e di adottare una soluzione diversa rispetto a quella che era stata così a lungo discussa nell'ambito della citata Commissione di studio "Mirone" e che il Governo aveva fatto propria, facendolo divenire disegno di legge il 26 maggio 2000.

Passiamo ora al contenuto della disposizione.

L'art.32 della legge n.340 del 2000 ha eliminato il controllo del giudice in sede di costituzione della società di capitali. L'unico controllo cui è soggetto l'atto costitutivo, secondo la nuova disposizione, è dunque quello svolto dal notaio in sede di redazione dell'atto pubblico, e cioè quello che egli è tenuto a svolgere quale pubblico ufficiale per rogare l'atto. La norma infatti non fa esplicito riferimento a nessun controllo ulteriore che il notaio dovrebbe svolgere prima o dopo la rogazione dell'atto. Da segnalare che lo stesso articolo precisa che l'Ufficio del registro dovrà verificare la regolarità formale

della documentazione prima di procedere all'iscrizione della società nel registro delle imprese.

In sede di modifica dell'atto costitutivo la legge ha assunto invece una soluzione originale, attribuendo al notaio il compito di verificare l'esistenza delle condizioni stabilite dalla legge e mantenendo il controllo del giudice in via meramente eventuale.

In questo caso, infatti, probabilmente anche per il diverso ruolo che secondo dottrina e giurisprudenza dominanti il notaio svolge in sede di redazione del verbale di assemblea, è stato previsto che il notaio, una volta redatto il verbale, e verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge, contestualmente al deposito del verbale, richieda l'iscrizione della modificazione apportata nel registro delle imprese. Il giudice dunque, di regola, non svolge più alcun controllo, il compito di verificare l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge è oggi attribuito al notaio (resta comunque da chiarire, come si dirà più avanti, quale significato vada attribuito all'espressione utilizzata dal legislatore). Anche in sede di modifiche statutarie l'Ufficio del registro dovrà limitare il proprio controllo alla verificare della regolarità formale della documentazione prima di procedere all'iscrizione.

Il controllo del giudice, si diceva, è stato mantenuto in via meramente eventuale, nel caso in cui il notaio dovesse ritenere non adempite le condizioni di legge. In questo caso, l'art.32, 4 comma, prevede che il notaio debba darne tempestiva comunicazione agli amministratori, i quali, nei trenta giorni successivi, o in loro mancanza ciascun socio a spese della società, potranno sollecitare il controllo del giudice in sede di volontaria giurisdizione.

L'ultimo comma dell'articolo 32 inserisce, infine, un nuovo articolo nella legge dell'Ordine professionale notarile (l. 16 febbraio 1913, n.89) che prevede una nuova sanzione a carico dei notai. In particolare, l'art.138-bis stabilisce che il notaio che abbia chiesto l'iscrizione nel registro delle imprese di deliberazioni da lui stesso verbalizzate, quando risultino manifestamente

inesistenti le condizioni richieste dalla legge, viola l'articolo 28, I comma, n.1 della stessa legge ed è dunque punito con la sospensione già prevista dall'articolo 138 e con la nuova sanzione amministrativa pecuniaria che va da lire 1 milione a 30 milioni. Analoga sanzione colpisce il notaio che richieda l'iscrizione di un atto costitutivo di società, qualora, risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge.

L'inserimento dell'art.32 nella legge 340/2000, così come sino ad ora riassunto, solleva due ordini di considerazioni. Le prime di carattere generale, in ordine alla tecnica legislativa; le seconde di carattere tecnico, in ordine alla scelta politica di eliminare il controllo preventivo del giudice sugli atti societari.

Per quanto riguarda la tecnica legislativa è stata da più parti sottolineata la singolarità del fatto che una norma di modifica del diritto societario fosse collocata nella legge detta di '*semplificazione*', una legge che direi per definizione è destinata ad avere dei contenuti diversi da quelli della materia societaria.

La scelta peraltro è apparsa ancor più singolare per il fatto che negli stessi giorni in cui questo articolo è stato inserito al Senato, come emendamento alla legge di semplificazione, in Parlamento era in discussione il disegno di legge, elaborato dalla Commissione Mirone, e fatto proprio dal Governo nel mese di maggio, che prevedeva una soluzione affatto diversa. Il disegno di legge cui ci si riferisce, meglio conosciuto come Disegno Mirone, infatti, proponeva l'eliminazione del controllo preventivo del giudice sugli atti societari solamente per le società a responsabilità limitata, mantenendolo per le società per azioni.

La scelta compiuta nell'art.32 della legge 340/2000 ha sorpreso ancora di più anche per gli espliciti richiami in esso contenuti alla futura riforma del diritto societario. Il primo comma dell'art.32 manifesta chiaramente il presunto carattere anticipatorio del provvedimento, là dove esordisce con la formula: "*in attesa della riforma del diritto societario*". Sul punto va osservato che è già di per sé

strano che il testo di una legge contenga un esplicito richiamo ad una futura riforma da attuare; il fatto poi che la legge adotti una soluzione addirittura diversa da quella che la richiamata riforma prospetta, francamente lascia profondamente perplessi.

Ad onor del vero va detto che, sebbene fosse emerso chiaramente sia dalla prima Relazione illustrativa della commissione Mirone, sia dagli interventi comparsi su giornali e riviste specializzate, che non era nelle intenzioni dei redattori del disegno di legge la totale eliminazione del controllo del giudice in materia di s.p.a. ma che si intendeva semplicemente *determinare i limiti, l'oggetto ed i tempi del giudizio di omologazione*, nell'articolato definitivo del disegno di legge si parla solo di semplificazione della fase costitutiva e modificativa della società, senza nulla aggiungere. Anche l'esplicito riferimento alla "determinazione dei limiti, dell'oggetto e dei tempi del giudizio di omologazione", contenuto nella prima Relazione illustrativa della Commissione, scompare nella Relazione definitiva che accompagna il disegno di legge (disponibile ancora oggi presso il sito della Camera dei Deputati, come atto parlamentare C. 7123), dove anzi si precisa che va preso atto del fatto che "nella prospettiva generale del progetto possono considerarsi in buona parte superate alcune delle ragioni storiche all'origine della previsione dell'omologazione".

Mi sembra dunque incontestabile che, in assenza di altre indicazioni, l'espressione "semplificare la fase costitutiva e modificativa delle società di capitali" possa essere interpretata sia in senso restrittivo sia in senso più ampio, come del resto è stato fatto, eliminando del tutto il giudizio di omologazione.

Non vi è dubbio che in questo modo la fase costitutiva e modificativa sia stata semplificata.

Sembrano dunque eccessive le reazioni di alcuni autorevoli membri della Commissione Mirone, che avendo dapprima concordato nell'utilizzare il termine generico "semplificare" all'interno dell'articolato del disegno di legge, senza indicare alcun principio e criterio direttivo cui il legislatore avrebbe in

seguito dovuto attenersi ed avendo successivamente concordato nell'eliminare dal testo della relazione illustrativa quella parte che chiariva i limiti entro i quali la delega avrebbe dovuto essere attuata, hanno poi aspramente criticato l'approvazione dell'art.32 della legge 340 del 2000 in quanto non in linea con le scelte prospettate nel disegno Mirone.

Sebbene non si sia trattato in questo caso di attuazione di una legge delega, non essendo ancora divenuto tale il disegno di legge in questione, la vicenda porta a riflettere sulla discutibile prassi di formulare delle leggi delega generiche e prive di quei principi e criteri direttivi che la Costituzione imporrebbe.

Passiamo ora brevemente al contenuto della disposizione.

Quanto alla scelta politica di eliminare il controllo preventivo del giudice sugli atti societari, la scelta è certamente una di quelle che erano state prospettate come possibili e condivisibili. E ciò sia perché l'istituto dell'omologazione, come è stato più volte detto, ha tutto sommato esaurito la sua funzione, essendo nato per la tutela di interessi che oggi non sono più messi in discussione, come la costituzione di persone giuridiche private in campo commerciale, sia perché come si è fatto cenno in apertura, l'eliminazione dell'intervento pubblico del giudice nella costituzione e modifica delle società di capitali è in linea con la generale tendenza alla privatizzazione del diritto commerciale ed alla diminuzione degli interventi diretti e tutori dello Stato nell'attività economica dei cittadini.

L'eliminazione del controllo preventivo del giudice sugli atti societari appare dunque come una scelta condivisibile.

Ciò che non è chiaro è però perché, una volta maturata questa convinzione il legislatore non abbia portato avanti fino in fondo la propria

scelta, ed abbia voluto mantenere il controllo del giudice, anche se in via meramente eventuale, per il caso delle modifiche statutarie.

Non sembra che tale scelta possa trovare giustificazione in particolari esigenze di tutela della società e dei soci. E' infatti oramai pacifico che il notaio, una volta aperta la seduta assembleare, e salvi i casi rarissimi in cui non si possa proprio parlare di assemblea (cioè quelli in cui si configuri proprio un'inesistenza della stessa), sia tenuto a verbalizzare quanto avvenuto nel corso della seduta. Quanto al momento successivo è certamente possibile che il notaio si rifiuti di chiedere l'iscrizione perché non ritiene adempiute le condizioni richieste dalla legge. Ma va tenuto presente che queste ipotesi, intanto dovrebbero essere abbastanza rare, poiché nella maggior parte dei casi il notaio è già a conoscenza dell'operazione che si andrà a compiere ed avrà dunque già espresso una sua valutazione, e poi nei casi in cui dovesse verificarsi questa divergenza di opinioni, qualora i soci e la società dovessero essere convinti dell'illegittimità della decisione del notaio potrebbero trovare tutela rivolgendosi ad altro professionista ed agendo in via ordinaria per ottenere ristoro dei danni arrecati dall'illegittimo comportamento del notaio. Non vi è dubbio che un eventuale ritardo provocato dall'errata valutazione del notaio configurerebbe quanto meno una responsabilità del professionista nei confronti della società e dei soci.

Non sembra che la scelta possa essere giustificata neanche del timore inverso, cioè quello che l'assenza del controllo del tribunale possa determinare una *race to the bottom* alla ricerca del notaio meno scrupoloso nella valutazione dell'esistenza delle condizioni richieste dalla legge. Tale timore, infatti, se ritenuto fondato avrebbe dovuto sconsigliare del tutto la scelta di fondo e non portare alla ricerca di presunti correttivi. Meglio sarebbe stato, dunque, a mio avviso eliminare del tutto il giudizio di omologazione sugli atti societari.

Quanto al contenuto della disposizione non vi è dubbio che il punto fondamentale della norma, che oggi deve essere interpretato, è quello che

attribuisce al notaio il compito di verificare l'esistenza delle condizioni richieste dalla legge. Deve essere chiarito quale sia la funzione che il notaio è oggi chiamato a svolgere dopo aver verbalizzato la deliberazione assembleare.

A mio avviso la questione interpretativa si pone solamente per la nuova funzione individuata in sede di modifiche statutarie e non per la fase costitutiva, dove, in assenza di indicazioni particolari, non vi è ragione per attribuire al notaio un compito diverso o ulteriore rispetto a quello che egli già svolge in qualità di pubblico ufficiale incaricato di redigere l'atto pubblico.

Da segnalare la svista del legislatore che, nell'attribuire ai soci, in assenza di iniziativa degli amministratori, il potere di adire direttamente il tribunale per richiedere l'omologazione, non ha indicato un termine ulteriore rispetto a quello di trenta giorni assegnato agli amministratori.

Un'altra questione sulla quale andrà presa una posizione è quella dell'individuazione del momento in cui la deliberazione soggetta ad iscrizione inizia a produrre gli effetti c.d. interni. Come noto, infatti, prima dell'approvazione della legge 340 del 2000 l'opinione prevalente in giurisprudenza (anche se fortemente criticata dalla dottrina) era quella che queste deliberazioni producessero immediatamente gli effetti interni sin dalla data della loro assunzione, potendo però venire meno retroattivamente nel caso in cui venisse negata l'omologazione da parte del tribunale. La soluzione oggi consigliabile potrebbe essere quella di subordinare la produzione degli effetti alla richiesta di iscrizione da parte del notaio.

Molto importante è, infine, la presa di posizione netta del legislatore in ordine al tipo di controllo che l'Ufficio del registro deve svolgere, essendo esplicitamente indicato che tale Ufficio deve verificare la sola regolarità formale della documentazione prodotta prima di procedere all'iscrizione nel registro delle imprese. La chiarezza con la quale il legislatore ha indicato tale punto sembra volere evitare che, una volta eliminato il controllo preventivo di natura sostanziale da parte del giudice, quello stesso controllo possa essere ora

rivendicato dall'ufficio del registro delle imprese. Impostazione che, nonostante le aspre critiche della dottrina, era stata portata avanti più volte dalla giurisprudenza di merito.