

Andrea Di Porto

ORDINAMENTO del NOTARIATO

Profili disciplinari sostanziali e processuali

Edizione 2023


Neldiritto
Editore

V. La c.d. omologa notarile: sanzioni (Art. 138-bis)

1. Il notaio che chiede l'iscrizione nel registro delle imprese delle deliberazioni di società di capitali, dallo stesso notaio verbalizzate, quando risultano manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge, viola l'articolo 28, primo comma, numero 1°, ed è punito con la sospensione di cui all'articolo 138, comma 2, e con la sanzione pecuniaria da 516 euro a 15.493 euro.

2. Con la stessa sanzione è punito il notaio che chiede l'iscrizione nel registro delle imprese di un atto costitutivo di società di capitali, da lui ricevuto, quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge.

* * *

Sommario

1. Osservazioni generali – 2. Le infrazioni previste dal primo e dal secondo comma. In particolare, l'interpretazione della locuzione: «quando risultano manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge» – 3. La casistica.

* * *

1. Osservazioni generali.

La disposizione in commento è stata introdotta dalla legge 24 novembre 2000, n. 340 (*“Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1999”*), che ha ridisegnato il sistema di controllo di legalità sugli atti costitutivi e sulle deliberazioni delle società di capitali.

Com'è noto, prima di tale 'mini-riforma', anticipatoria di quella organica del diritto societario (decreto legislativo n. 6/2003), il controllo degli atti in esame era affidato alla cognizione dell'Autorità giudiziaria (il c.d. procedimento di omologazione), la quale, previa verifica delle condizioni stabilite dalla legge, disponeva la loro iscrizione nel Registro delle imprese, a cura del Conservatore, cui era riservato un controllo meramente formale sugli atti stessi.¹

In tale contesto, dottrina e giurisprudenza avevano ampiamente dibattuto circa l'estensione del controllo giudiziale in sede di omologazione.

¹ La direzione del Registro delle imprese è affidata ad un Conservatore nominato dalla Giunta della Camera di commercio, mentre la vigilanza sulla tenuta dello stesso compete ad un giudice a ciò delegato dal Presidente del Tribunale del capoluogo della provincia (art. 2188 c.c.): a lui è riservato in via esclusiva il sindacato sui provvedimenti del Conservatore, nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione che esclude il ricorso ad altri procedimenti di matrice amministrativa. Contro il decreto del giudice del Registro, l'interessato può ricorrere, entro quindici giorni dalla comunicazione, al Tribunale dal quale dipende l'Ufficio del Registro (art. 2192 c.c.).

- Per un primo orientamento, il Tribunale avrebbe dovuto rilevare ogni tipo di difformità dell'atto rispetto alla legge.²

- Per un secondo orientamento, invece, avrebbe dovuto limitarsi a rilevare esclusivamente i vizi comportanti la nullità dell'atto. E ciò, sulla base di due argomenti: *i)* che i vizi di annullabilità, in quanto posti a tutela di interessi particolari, possono essere fatti valere unicamente dai soggetti a ciò legittimati e non *ex officio*; *ii)* che, diversamente opinando, si sarebbe negato effetto a taluni atti societari che, seppur viziati, l'ordinamento riconosce efficaci sino alla tempestiva e vittoriosa impugnazione eventualmente esperita da parte dei soci.³

- Per un terzo orientamento, infine, il Tribunale avrebbe dovuto rilevare tanto i vizi comportanti la nullità dell'atto, quanto quelli comportanti la sua annullabilità, purché quest'ultima conseguente alla lesione di interessi generali.⁴

Con la legge n. 340/2000, il controllo degli atti delle società di capitali è stato affidato, appunto, al notaio.

Ciò che è rimasto immutato è il controllo formale (qualificatorio) demandato al Conservatore del Registro delle imprese.⁵ Lo conferma una nota

² Questa parte della dottrina e della giurisprudenza, dunque, riteneva che non vi fosse alcun limite alla rilevabilità in sede di omologa dei vizi dell'atto: il controllo del giudice era esteso anche ai casi di semplice annullabilità. *Cfr.* Trib. Roma, 1° febbraio 1980, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1411; Trib. Napoli, 6 dicembre 1995, in *Società*, 1996, p. 460; Trib. Napoli, 3 novembre 1998, in *Società*, 1999, p. 729. In dottrina, si vedano G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di dir. civ.*, fondato da VASSALLI, Torino, 1985, p. 607; G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE, VI, Torino, 1993.

³ *Cfr.* App. Milano, 9 dicembre 1981, in *Vita not.*, 1982, p. 341; App. L'Aquila, 14 dicembre 1983, in *Giur. It.*, 1985, I, 2, p. 296; App. Genova, 24 giugno 1988, in *Società*, 1988, p. 1077; App. Milano, 9 maggio 1991, in *Società*, 1991, p. 1227 ove si legge che «solo agli atti societari radicalmente nulli può essere negata l'omologazione da parte del Tribunale, in sede di giurisdizione volontaria, non essendo ammissibile che il giudice rifiuti l'iscrizione nel registro di un atto che, in quanto meramente annullabile (ma per intanto non ancora annullato), è pur sempre idoneo a produrre i propri giuridici effetti fin quando i soli soggetti a ciò legittimati non decidano, eventualmente, di provocarne la caducazione»; Trib. Trento, 8 febbraio 2001, in *Società*, 2001, p. 1243. In dottrina, si vedano G. COTTINO, *Sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in *Rivista dir. civ.*, 1963, I, p. 273; V. SALAFIA, *I limiti del controllo giudiziario sugli atti societari*, in *Società*, 1984, p. 1213.

⁴ *Cfr.* Trib. Napoli, 29 dicembre 1983, in *Foro. It.*, 1985, I, p. 1171; App. Venezia, 14 gennaio 1993, in *Società*, 1993, p. 937; Trib. Como, 2 marzo 1999, in *Giur. It.*, 1999, p. 998. In dottrina, G. F. CAMPOBASSO, *I limiti del controllo giudiziario preventivo sugli atti societari fra teoria e prassi*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, pp. 615 ss.; M. G. CIVININI, *Il controllo giudiziario di legittimità sugli atti societari*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, pp. 427 ss.

⁵ I poteri del Conservatore sono disciplinati dall'art. 2189, comma 2, c.c., nonché dagli artt. 11, comma 6 e 13, comma 4, decreto del Presidente della Repubblica n. 581/1995. La disposizione più importante, anche per difficoltà di esegesi, è la lettera *c)* dell'art. 11, comma 6, secondo cui il Conservatore verifica «la corrispondenza dell'atto o del fatto del quale si chiede l'iscrizione a quello previsto dalla legge». Si tratta del così detto controllo qualificatorio, inteso come riconduzione del concreto atto o fatto, oggetto di domanda, alla categoria astratta di atti o fatti per i quali la legge prevede l'iscrizione.

sentenza del Consiglio di Stato, la quale, accogliendo il ricorso del Consiglio Nazionale del Notariato, ha annullato il decreto ministeriale del 17 febbraio 2016, in materia di costituzione di *startup* innovative completamente *online*, senza atto pubblico e, quindi, senza l'intervento del notaio, con la motivazione che tale atto avrebbe «*illegittimamente ampliato l'ambito dei controlli dell'Ufficio del Registro dell'impresa*», a cui compete soltanto la «*formale verifica della corrispondenza tipologica dell'atto da iscrivere a quello previsto dalla legge*».⁶

La genesi dell'art. 138-bis è di particolare importanza per circoscriverne l'ambito di applicazione, anche perché il decreto legislativo n. 249/2006, di *Riforma* del procedimento disciplinare notarile, ne ha lasciato sostanzialmente inalterato il contenuto.

La successiva evoluzione normativa ha confermato che i poteri di controllo sulla legittimità sostanziale degli atti competono al pubblico ufficiale che li ha rogati o autenticati.

Si veda in proposito la legge n. 284 del 27 dicembre 2002 (che ha convertito con modificazioni il decreto legge n. 236/2002), la quale ha modificato l'art. 31 della legge n. 340/2000 aggiungendovi il comma 2-ter, a mente del quale «*i pubblici ufficiali roganti e autenticanti le formalità di cui ai commi 2 e 2-bis [e cioè gli atti ricevuti dallo stesso notaio e destinati all'iscrizione nel Registro delle imprese], possono in ogni caso richiederne direttamente l'esecuzione al Registro delle Imprese che esegue la formalità verificata la regolarità formale della documentazione*».

Si veda altresì l'art. 20, comma 7-bis, decreto legge n. 91/2014, dove è testualmente stabilito che «*[a]l fine di facilitare e di accelerare ulteriormente le procedure finalizzate all'avvio delle attività economiche nonché le procedure di iscrizione nel Registro delle imprese, rafforzando il grado di conoscibilità delle vicende relative all'attività dell'impresa, quando l'iscrizione è richiesta sulla base di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata ... il Conservatore del Registro procede all'iscrizione immediata dell'atto*» (cfr. anche Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico n. 3673/C, 19 settembre 2014, prot. 163617).

Nel secondo e terzo periodo dello stesso lungo e articolato primo comma, si ribadisce, poi, che «*[l]l' accertamento delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione rientra nella esclusiva responsabilità del pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto*», precisando che, in ogni caso, «*[r]esta ferma la cancellazione d'ufficio ai sensi dell'articolo 2191 del Codice Civile*».

Il quarto ed ultimo periodo prescrive, infine, che «*[l]a disposizione del presente comma non si applica alle società per azioni*», così operando una netta delimitazione soggettiva del suo ambito di applicazione. Il controllo operato dal Registro delle imprese sugli atti e sulle vicende delle società azionarie, dunque, continua ad essere regolato dall'art. 2189, comma 2, c.c., dall'art. 11, comma 6 e seguenti, del decreto del Presidente della Repubblica n. 581/1995 e dall'art. 31, comma 2-ter, della legge n. 340/2000. Ciò, perché è parso ragionevole che le esigenze di facilitazione e celerità siano sacrificate per le società la cui partecipazione sia rappresentata da azioni, posto che, per tali società, in virtù della destinazione delle azioni a circolare, risulta maggiormente accentuata l'esigenza di tutela dei terzi. Cfr. Massima societaria del Consiglio notarile di Roma, *Iscrizione rapida di alcuni atti nel registro imprese*, 05/2015.

Sulla natura formale del controllo del Conservatore del Registro delle imprese si è pronunciata anche la giurisprudenza: cfr., *ex multis*, Trib. Milano, 29 luglio 2019, con nota di C.S. HAMEL, *In tema di controllo c.d. qualificatorio del Giudice del Registro sulle delibere assembleari iscritte*, in *Le Società*, 3/2020, pp. 316-325; Trib. Napoli, 6 giugno 2018, con nota di R. RANUCCI, in *Notariato*, 5/2018, pp. 564-569; Trib. Roma, 12 gennaio 2018, n. 214; Trib. Milano, 29 febbraio 2016 e Trib. Reggio Emilia, 29 febbraio 2016, con nota di E. E. BONAVERA, in *Le Società*, 10/2016, pp. 1090-1094.

⁶ Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2643.