

UMBERTO MORERA

DALL'«OMOLOGAZIONE» DEL TRIBUNALE  
ALL'«OMOLOGAZIONE» DEL NOTAIO:  
PRIME RIFLESSIONI SULL'ART. 32, LEGGE 340/2000\* (\*)

SOMMARIO: 1. Le prime, non convincenti, tendenze interpretative. – 2. La lettura preferibile: la conservazione del controllo “omologatorio” in capo al notaio. – 3. Le ragioni alla base di tale lettura: il dibattito precedente la riforma. – 4. *Segue*: l'irrazionalità di un controllo soltanto sulle modifiche dell'atto costitutivo e non anche sulla formazione dello stesso. – 5. *Segue*: il nuovo sistema sanzionatorio introdotto con la novella. – 6. *Segue*: l'abrogazione del n. 3 dell'art. 2332 c.c. – 7. *Segue*: la necessità di un controllo sulla conformità dello schema societario adottato al tipo legale prescelto. – 8. L'incidenza temporale del controllo di tipo homologatorio nella fase costitutiva ed in quella modificativa. L'irrilevanza della previsione sanzionatoria sull'estensione del controllo. – 9. La mancata presa di posizione della riforma intorno al problema di vertice dell'omologazione: quali siano la portata, i contenuti e i limiti del controllo. – 10. Una considerazione conclusiva.

1. – Con l'art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340, la cui rubrica recita «*Semplificazione della fase costitutiva e della fase modificativa delle società di capitali*», è stata operata un'importante riforma di quel controllo che, nell'ambito del nostro diritto societario, viene comunemente definito “omologazione”.

Di “omologazione” mi sono a lungo occupato nel corso degli anni ottanta: verificandone tra l'altro, anche attraverso un'indagine storica, la funzione, i contenuti, l'estensione, l'oggetto.

Con queste mie prime riflessioni sulla riforma dell'istituto torno oggi ad occuparmene; provando tuttavia, lo debbo confessare, un certo disagio, unito poi

---

(\*) Pubblicato in *Riv. not.* 2001, I, 295.

ad una (relativa) preoccupazione.

Disagio e preoccupazione dovuti essenzialmente al fatto che ho avuto modo di rilevare come in diversi contesti professionali, a seguito dell'emanazione della legge, si stessero velocemente diffondendo due pericolose tendenze: una prima – fondata sul differente tenore delle modifiche apportate agli articoli 2330 e 2411 del codice – che considerava il sindacato omologatorio, da un lato, abolito nella fase *costitutiva* delle società e, dall'altro, mantenuto in quella *modificativa*; una seconda – meno diffusa e maggiormente legata agli ambienti dei “pratici” – per cui, addirittura, non sarebbe più esistito un controllo sugli atti societari, *diverso* da quello già usualmente posto in essere dal notaio, prima della loro iscrizione nel registro delle imprese.

2. – Le proclamate abolizioni del controllo (integrali o parziali che fossero) mi hanno da subito stupito; così come, del resto, da subito, tali letture non mi hanno affatto convinto.

A mio parere, difatti, il controllo è in principio rimasto – quanto a funzione, contenuti, estensione ed oggetto – sostanzialmente identico a quello che era in precedenza: ciò che è cambiato è soltanto il *controllore*.

Diverse sono le ragioni che mi conducono a quest'affermazione.

3. – Innanzitutto, sul piano della politica legislativa, è agevole osservare – e chi ha seguito il lungo dibattito sviluppatosi intorno alla necessità di modificare il controllo *de quo* lo sa bene – come da tempo si discutesse intorno alla necessità di *reformare* l'omologazione, razionalizzandola, snellendola, in qualche modo “limitandola”; in particolare: escludendo, o meno, alcuni tipi societari dall'area del controllo; circoscrivendo, o meno, la sua area applicativa soltanto a certe tipologie di modificazioni statutarie; istituendo, o meno, sezioni giudiziarie specializzate; trasferendo, o meno, il sindacato di legittimità dal tribunale al notaio.

È del resto in tale prospettiva di razionalizzazione del controllo che si articolavano i ben noti progetti di riforma del diritto societario pendenti avanti al parlamento al momento dell'approvazione della novella n. 340.

Giammai, in nessuna sede di dibattito, è stata prospettata l'abolizione *tout court* – e poi per tutti i tipi sociali – del controllo in questione, neppure per una soltanto delle fasi interessate al controllo.

Insomma: si è sempre e solo discusso sul “*come*” modificare il controllo,

sul “quanto” lo stesso dovesse essere esteso e penetrante, sul “chi” dovesse svolgerlo, non certo sul “se” dovesse, o meno, essere effettuato.

Anche l’esperto richiamo alle riforme in corso, contenuto nel primo comma dell’art. 32 in commento, mi sembra del resto confermi – sotto il profilo che qui rileva – l’inverosimilità di una lettura tendente ad escludere il sindacato omologatorio, pur soltanto per una soltanto delle fasi interessate.

4. – In secondo luogo, sul piano logico, prima ancora che sistematico, non mi sembra neppure ipotizzabile un’interpretazione che configuri un (obbligo di) controllo sulle modifiche di un atto che non debba anche subire analogo controllo al momento della sua formazione.

Allorquando nacque l’omologazione, nel 1882, si affermò in maniera molto chiara, da un lato, che il controllo avrebbe dovuto svolgersi essenzialmente in occasione della formazione dell’atto (in occasione, cioè, del suo momento “genetico”) e, dall’altro, che avrebbe poi dovuto essere anche contemplato in occasione di ogni sua successiva modifica, all’evidente fine di evitare che fosse liberamente modificabile una struttura societaria dopo la sua originaria omologazione in fase di costituzione. Che, oggi, il legislatore abbia operato una sostanziale “inversione” del problema, non mi sembra, come detto, neppure concepibile sul piano logico: che senso, infatti, potrebbe mai avere la previsione di un controllo sulle *modificazioni* di una struttura societaria non accompagnata da un’analoga previsione di preventivo controllo sulla *costituzione* originaria di quella stessa struttura?

Sostenere poi – nel tentativo di giustificare in qualche modo la differente formulazione dei novellati articoli 2330 e 2411 c.c., e comunque in prospettiva logicamente più accettabile – che un controllo di carattere “omologatorio” sull’atto costitutivo fosse già in precedenza devoluto al notaio dal sistema, tanto da non richiedere oggi una specifica previsione in tal senso, significherebbe affermare che, prima della riforma, il controllo del tribunale era in realtà identico a quello (già) espletato dal notaio, così da rappresentare una sorta di duplicazione dello stesso; conclusione all’evidenza inaccettabile.

5. – Un ulteriore motivo che conduce ad affermare il mantenimento del controllo omologatorio anche nella fase *costitutiva* delle società è poi ricavabile dalla parallela introduzione – operata con il comma 5 del nostro art. 32 – tanto di una sanzione amministrativa per il notaio che richieda «*l’iscrizione nel registro*

*delle imprese delle deliberazioni di società di capitali, dallo stesso notaio verbalizzate, quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge», quanto di analoga sanzione per il notaio richiedente «l'iscrizione nel registro delle imprese di un atto costitutivo di società di capitali, da lui rogato, quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge».*

Non potendo in principio nemmeno configurarsi un'area della *sanzionabilità* più estesa di quella dei *doveri*, ne discende – sempre in principio – la sussistenza del dovere di procedere al controllo la cui mancanza viene sanzionata.

6. – Anche l'odierna abrogazione del n. 3 dell'art. 2332 c.c. – ove era prevista come autonoma causa di nullità della società «*l'inosservanza delle disposizioni di cui all'articolo 2330 relative al controllo preventivo*» – mi sembra deporre, non ostante l'apparenza contraria, a favore della lettura proposta.

Che senso, infatti, avrebbe avuto il mantenere oggi, come “*autonoma*” causa di nullità nel sistema dell'art. 2332, la mancanza del controllo omologatorio, quando detto controllo viene affidato al notaio e continuano comunque a sussistere i numeri 1 e 2 della medesima norma, per i quali la nullità della società può essere pronunciata, rispettivamente, nelle ipotesi di «*mancanza dell'atto costitutivo*» e di «*mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma di atto pubblico*»?

È stata in realtà l'implicita “ricomprensione” del controllo preventivo nell'ambito dell'attività di redazione notarile dell'atto costitutivo che ha condotto all'abrogazione del n. 3 dell'art. 2332; abrogazione che quindi non viene certo a rappresentare l'indice di una (come visto inammissibile) abrogazione del controllo omologatorio nella fase costitutiva, quanto, piuttosto, il più razionale effetto normativo dell'aver posto in capo al notaio rogante il suddetto controllo.

7. – Ma la ragione assolutamente più convincente in favore del mantenimento del sindacato omologatorio in capo al notaio, anche poi nel momento costitutivo della società, è quella – più generale e di sistema – molto ben rappresentata anche nella relazione odierna di Mario Stella Richter.

Il fenomeno associativo in campo societario possiede all'evidenza un

valore diverso, peculiare, per così dire “ulteriore”, rispetto a quello meramente contrattuale, tale da richiedere necessariamente – in aggiunta al normale sindacato di *validità* proprio di ciascun atto rogato o ricevuto da notaio – un controllo preventivo sulla *conformità* dell’assetto statutario adottato dai soci al tipo legale disegnato dal legislatore e poi in concreto prescelto.

Controllo di conformità che all’evidenza dovrà esplicitarsi sull’atto costitutivo e sullo statuto tanto al momento della loro formazione, quanto al momento della loro (eventuale) modificazione, connotandosi peculiarmente come controllo tendente a verificare la sussistenza, o meno, dei requisiti di *iscrivibilità* dell’atto e, in definitiva, dell’assetto societario “rappresentato” nella coppia atto costitutivo-statuto.

8. – Ciò posto, ed in definitiva, mi sembra quindi possibile affermare come lo stesso controllo che un tempo era demandato al tribunale sia oggi in principio demandato al notaio, tanto nella fase costitutiva, quanto in quella modificativa delle società; in entrambi i casi assumendo poi, come detto, la valenza di controllo tendente a verificare l’*iscrivibilità* degli assetti statutari.

L’unica differenza tra le due “omologazioni” notarili essendo rappresentata dal *momento* della loro incidenza rispetto alla formazione dell’atto: (i) relativamente alla fase genetica, il controllo del notaio sarà *preventivo* rispetto alla *stipula* dell’atto costitutivo e dello statuto; (ii) relativamente alla fase modificativa di detti atti, il controllo sarà invece *successivo* rispetto alla *verbalizzazione* della delibera con cui gli stessi vengono modificati.

Mi si consenta un’ultima notazione in argomento.

Nessun pregio possono avere quelle interpretazioni – pur ascoltate in sede di prima lettura della novella – che vorrebbero il controllo del notaio significativamente limitato nella sua estensione e profondità, rispetto a quello in precedenza esercitato dal tribunale, in virtù della circostanza per cui la norma sanzionatoria risulta applicabile soltanto qualora risultino *manifestamente* inesistenti le condizioni richieste dalla legge.

Difatti, se è vero, come già osservato, che non può in principio nemmeno configurarsi un’area della *sanzionabilità* più estesa di quella dei *doveri*, è altrettanto vero che l’estensione della prima non coincide sempre con l’estensione della seconda: il fatto che il mancato adempimento di un obbligo non venga sanzionato non significa certo che quell’obbligo non sussista; il che si

verifica, ad esempio, tutte le volte in cui l'obbligato risponde soltanto in caso di colpa grave.

In conclusione: il notaio è oggi tenuto ad effettuare un controllo di iscrivibilità assolutamente completo, profondo e puntuale; risultando poi in concreto sanzionabile soltanto nelle (circoscritte) ipotesi contemplate dal nuovo art. 138 *bis* della legge professionale del 1913.

9. – Venendo a diversa prospettiva, ho l'impressione che, almeno sino ad oggi, i commentatori della novella non abbiano considerato appieno la gravità del fatto che la riforma non si occupa minimamente dell'aspetto "di vertice" della vicenda omologativa: quali siano la portata, il contenuto, i limiti del controllo in questione. Insomma: cosa deve essere omologato e, soprattutto, cosa in concreto significhi omologare; al di là delle vuote formule di stile, beninteso.

Ora, è ben noto come da molti decenni si discuta intorno all'area del controllo omologativo, alla sua estensione, ai suoi limiti, alla sua portata, alla sua finzione; in definitiva: al suo effettivo contenuto. Soprattutto per l'omologazione richiesta in occasione delle modifiche statutarie, si discute da tempo, in particolare: (i) intorno a quale sia effettivamente l'*oggetto* del controllo (atto "modificativo", cioè delibera; ovvero atto "modificato", cioè statuto?); (ii) in merito a quali siano i *vizi rilevabili* (soltanto quelli comportanti nullità, ovvero anche quelli comportanti annullabilità?), anche poi in relazione alla funzione del controllo come controllo di *conformità*; (iii) intorno all'effettiva rilevanza, nella prospettiva che interessa, della violazione di *norme imperative*.

In punto, occorre ammettere che non può ancora dirsi raggiunta una sostanziale univocità di orientamenti; le applicazioni giurisprudenziali, peraltro numerosissime e spesso "implicite" (è frequente il caso dei decreti non motivati), si sono dimostrate assai oscillanti ed incerte; gli interventi chiarificatori dei principali tribunali (le c.d. "*massime*"), per altri versi certamente molto importanti ai fini dello sviluppo del dibattito intorno al diritto societario, non potevano contribuire – né del resto hanno mai preteso di farlo – a risolvere il problema di fondo: cos'è, in concreto, il controllo omologativo?

Se vogliamo, l'origine di ogni incertezza risiede nella dizione della legge; sempre identica nei diversi contesti normativi succedutisi nel tempo: «*verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge*»; formula all'evidenza troppo generica per esprimere, o perlomeno "indicare", i contenuti e l'area del

controllo.

In questo contesto di grande incertezza applicativa sulla portata dell'omologazione, si è oggi voluto trasferire la competenza dal tribunale al notaio, ma nulla si è detto sui contenuti del controllo: anzi, quasi a non voler dichiaratamente prendere posizione sul problema, si sono riprese esattamente, e per l'ennesima volta, le parole di sempre: «*verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge*».

Non resta che rimarcare come, nella sostanza, vada oggi a ricadere in capo al notariato tutta l'annosa problematica dei limiti dell'omologazione: tanto in relazione alla fase costitutiva, quanto, e soprattutto, in relazione a quella modificativa delle società.

La responsabilità del legislatore, rapidissimo nel trasferire ai notai il controllo, ma muto sulla reale portata dello stesso, mi sembra francamente grave. Specie se si pensa che si discute intorno al problema da decenni e che finalmente si era aperto un dibattito istituzionale intorno alla generale riforma del diritto societario; ma – soprattutto – se si pensa che l'errore del notaio, nel controllo sulle modificazioni (l'area più discussa), viene sanzionato severamente, addirittura con la sospensione.

L'art. 32 al primo comma, lascia però un importante spiraglio: la disciplina è «*in attesa della riforma del diritto societario*». Ed è in quella sede che ritengo debba trovare finalmente una sua definizione – al di là di ogni possibile ulteriore chiarimento applicativo – la secolare vicenda concernente la portata del controllo: chiarendo una volta per tutte cosa sia il controllo omologativo, quali vizi dell'atto debba considerare, quali limiti debba incontrare. Per la certezza del diritto, degli operatori e, oggi, anche dei notai.

10. – Il tempo programmato sta per esaurirsi. Mi si conceda tuttavia ancora qualche minuto per una considerazione conclusiva.

Nella stesura normativa precedente a quella poi approvata dal parlamento, era previsto fosse direttamente il notaio – nel caso lo stesso ritenesse non adempite le condizioni di legge – a portare la modificazione avanti il tribunale per quel controllo che potremmo qualificare come “omologazione giudiziaria eventuale”.

Oggi, il novellato primo comma dell'art. 2411 c.c. prevede invece che, nel caso in cui il notaio ritenga non adempite le condizioni stabilite dalla legge, lo stesso ne debba dare tempestiva comunicazione agli amministratori, i quali poi –

e, (forse) in via con gli stessi concorrente, anche i soci – possono rivolgersi al tribunale per ottenere l’omologazione giudiziaria.

Non conosco i “reali” motivi della mancata approvazione dell’originario testo in parlamento e della conseguente riformulazione nel testo attualmente in vigore: gli è, a mio avviso, che era nettamente preferibile la versione precedente.

Innanzitutto, perché temo che il “coinvolgimento” degli amministratori e dei soci (si badi: di qualsiasi socio; anche quello in lite con la società, magari “disturbatore” e titolare di una sola azione), in un’area in principio delicata come quella dei controlli di legittimità sugli atti sociali, possa creare non pochi problemi di *governance*, specie nelle società quotate in borsa.

In secondo luogo, e soprattutto, perché – ed occorre avere l’onestà intellettuale di ammetterlo – uno dei vantaggi del sistema in vigore sino ad oggi, uno dei vantaggi dell’omologazione giudiziaria, era indiscutibilmente rappresentato dal dibattito notaio–giudice e dal conseguente formarsi di quella giurisprudenza onoraria in materia societaria che tanto ha contribuito alla reale comprensione degli istituti ed allo sviluppo del diritto commerciale in genere. Consentire una continuazione di quel dibattito, e poi verosimilmente soltanto intorno alle tematiche realmente controverse del diritto societario, avrebbe significato conservare un momento di “sviluppo” giuridico; averlo perduto rappresenta un impoverimento per tutti, al di là della personale soddisfazione di pochi.