

Costituzione online di società: uno strumento per il rafforzamento della libertà d'impresa?

Online formation of companies: an instrument to strengthen the freedom to conduct a business?

Alessandra Zanardo *

ABSTRACT:

Il recepimento della direttiva (UE) 2019/1151, relativa all'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario, offre l'occasione di interrogarsi sull'effettivo impatto di detta (dichiarata) misura di semplificazione del diritto societario sul rafforzamento della libertà d'impresa. Precisamente, ci si chiede se il fatto di poter costituire una società a responsabilità limitata interamente online, senza necessità di comparire fisicamente davanti a un notaio o ad un'autorità incaricata a norma del diritto nazionale, possa ritenersi uno strumento in grado di contribuire, fattivamente e in modo significativo, allo sviluppo della libertà di iniziativa economica e al miglioramento della competitività del sistema imprenditoriale italiano.

Per rispondere a queste domande, si partirà dall'analisi dei rapporti trimestrali redatti dal MiSE in collaborazione con Unioncamere e InfoCamere, relativamente alla modalità di costituzione online delle start-up innovative; le quali, come noto, ove assumano la forma di s.r.l., potevano costituirsi (fino a qualche mese fa) attraverso una procedura interamente online.

Parole chiave: costituzione online di società; libertà d'impresa; start-up innovative; strumenti e processi digitali

The transposition of Directive (EU) 2019/1151 relating to the use of digital tools and processes in company law provides an opportunity to question the real impact of this company law simplification measure on strengthening the freedom to conduct a business. Namely, the question is whether the possibility to set up a limited liability company entirely online,

* Professoressa associata di diritto commerciale, Università Ca' Foscari Venezia; e-mail: alessandra.zanardo@unive.it. Il presente saggio costituisce un'elaborazione del paper presentato al XII Convegno annuale dell'Associazione "Orizzonti del diritto commerciale" («La libertà d'impresa»), anche alla luce delle osservazioni di Maurizio Sciuto, che ringrazio. Ringrazio altresì Corrado Malberti, per i preziosi suggerimenti e rilievi durante tutta la stesura del lavoro, e Alessio Bartolacelli, per ulteriori spunti di riflessione. Eventuali inesattezze od omissioni sono imputabili a me.

without the need for physical presence of the applicant before a notary or any authority designated under national law, can be considered an instrument capable of actively contributing to the development of the freedom of economic activity and to improving the competitiveness of the Italian business system.

To answer these questions, the starting point is the analysis of the quarterly reports drawn up by the Ministry of Economic Development, Unioncamere and InfoCamere on the online formation of innovative start-ups: until a few months ago, these companies, where incorporated as limited liability companies, could complete the formation procedure entirely online.

Keywords: *online formation of companies; freedom to conduct a business; innovative start-ups; digital tools and processes*

SOMMARIO:

1. Scopo dell'analisi e quadro di riferimento. – 2. Fonti normative in materia di start-up innovative (costituite online). – 3. Le sentenze del T.A.R. del Lazio e del Consiglio di Stato. – 4. Effetti dell'annullamento dei provvedimenti ministeriali da parte del Consiglio di Stato. – 5. Alcuni dati in merito all'andamento della costituzione online di start-up innovative. – 6. Qualche riflessione sui dati dei rapporti trimestrali di MiSE, Unioncamere e InfoCamere. – 7. Cenni sulla direttiva (UE) 2019/1151 e sull'art. 29 della legge di delegazione europea 2019-2020. – 8. Ultimi sviluppi in materia di costituzione online: il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 183. – 9. Prime conclusioni.

1. Scopo dell'analisi e quadro di riferimento.

Negli ultimi anni i termini “semplificazione” e “digitalizzazione” hanno occupato la scena, sia a livello nazionale che europeo, nei comunicati e nei documenti di lavoro relativi a molteplici e variegate iniziative di riforma. Detta popolarità si è ulteriormente accresciuta a seguito dell'emergenza economico-sociale, oltre che sanitaria, causata dalla pandemia di COVID-19. Si pensi, solo per esemplificare, al d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120), recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale; alle *Iniziative per il rilancio “Italia 2020-2022”*, proposte dal Comitato di esperti in materia economica e sociale presieduto da Vittorio Colao¹; al PNRR e al d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108), che vi dà iniziale attuazione. Il PNRR si articola in sedici componenti, raggruppate in sei missioni, la

¹ Nelle 102 iniziative individuate dal Comitato “Colao” i predetti termini ricorrono frequentemente e con riferimento ad ambiti disciplinari e di intervento affatto diversi.

prima delle quali costituita da «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo» e l'elemento della digitalizzazione ricorre anche in altre missioni (ad esempio, nell'ambito del SSN o della transizione ecologica)².

Spostando l'attenzione sul diritto societario ed estendendo lo sguardo al di là dei confini nazionali, va senz'altro richiamata la direttiva (UE) 2019/1151 del 20 giugno 2019, che modifica la direttiva (UE) 2017/1132³ per quanto concerne l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario, sul cui recepimento, seppur con meno clamore rispetto ad altri argomenti, è da tempo in corso un dibattito tra gli operatori giuridici (soprattutto negli ambienti del notariato italiano ed europeo).

Per quanto qui rileva, nel considerando 2 della direttiva si sottolinea che «l'uso di strumenti e processi digitali per avviare attività economiche più facilmente, più rapidamente e in modo più efficace sotto il profilo delle tempistiche e dei costi tramite la costituzione di una società o l'apertura di una sua succursale in un altro Stato membro, e per fornire informazioni complete e accessibili sulle imprese, è uno dei prerequisiti per il buon funzionamento, la modernizzazione e la semplificazione amministrativa di un mercato interno competitivo e per assicurare la competitività e l'affidabilità delle società»⁴; mentre nel considerando 8 si sottolinea che «per facilitare la costituzione delle società e la registrazione delle loro succursali e ridurre i costi, le tempistiche e gli oneri amministrativi connessi a tali processi [...] dovrebbero essere predisposte delle procedure volte a consentire l'intero svolgimento della costituzione delle società e della registrazione delle succursali online». Ancora, nella relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva della Commissione europea (COM(2018) 239 final)⁵ si precisa che le norme di cui è proposta l'in-

² V., rispettivamente, M6C2: Innovazione, ricerca e digitalizzazione del Servizio sanitario nazionale, nell'ambito della Missione 6: Salute, e Missione 2: Rivoluzione verde e transizione ecologica.

³ Direttiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativa ad alcuni aspetti di diritto societario, che (a fini di chiarezza e razionalizzazione) ha codificato le direttive 82/891/CEE e 89/666/CEE del Consiglio e le direttive 2005/56/CE, 2009/101/CE, 2011/35/UE e 2012/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁴ Il considerando 8 della direttiva prosegue evidenziando che «gli attuali costi e oneri associati alle procedure di costituzione e di registrazione derivano non solo dalle spese amministrative addebitate per la costituzione di una società o per la registrazione di una succursale, ma anche da altre disposizioni che rendono più lungo il completamento dell'intero processo, in particolare quando è richiesta la presenza fisica del richiedente».

⁵ Per alcune utili e interessanti riflessioni sulla proposta di direttiva sulla digitalizzazione nel diritto societario e sul contesto in cui la stessa ha visto la luce, incluso il richiamo alla proposta di direttiva relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio (COM(2014)

troduzione contribuiscono all'attuazione di molti dei diritti e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, aggiungendo che «l'obiettivo principale dell'iniziativa consiste nell'agevolare i diritti di stabilimento in un qualunque Stato membro [...]. L'iniziativa mira a rafforzare la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali (articolo 16)»⁶.

Il legame tra digitalizzazione, (effettivo esercizio della) libertà d'impresa e competitività delle società è un elemento che merita particolare attenzione, anche alla luce delle iniziative legislative e regolamentari adottate, nell'ultimo decennio, nel nostro ordinamento in materia di s.r.l. semplificata⁷, di start-up innovative e di pubblicità.

In questo quadro, le disposizioni di maggior rilievo e impatto della direttiva sull'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario (o almeno quelle su

212 final), si rimanda a C. MALBERTI, *Tra aspirazioni, difficoltà tecniche e realtà: la proposta di direttiva dell'Unione europea sulla digitalizzazione del diritto societario*, in questa Rivista, 2/2018.

⁶ V. il paragrafo n. 3 della relazione («Risultati delle valutazioni ex post, delle consultazioni dei portatori di interessi e delle valutazioni d'impatto»). L'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede che «è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali»; inoltre, nelle spiegazioni relative alla Carta («Spiegazione relativa all'articolo 16 – Libertà d'impresa») si precisa che questo articolo si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale e la libertà contrattuale, e sull'art. 119, parr. 1 e 3, TFUE, che riconosce la libera concorrenza.

Il legame tra la realizzazione della libertà d'impresa e la direttiva (UE) 2019/1151 – la quale pone «le basi per la creazione di un diritto europeo uniforme in grado di realizzare la libertà d'impresa» – è evidenziato anche nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva.

⁷ Anch'essa dichiaratamente introdotta per favorire lo sviluppo e l'incremento delle iniziative imprenditoriali: v. E. MACRÌ, *La s.r.l. semplificata e la s.r.l. con capitale inferiore al minimo legale: le recenti novità normative*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, 2, Torino, Utet Giuridica, 2014, 1799 s., ivi anche per una critica alla *ratio* dell'intervento normativo. La relazione al d.d.l. di conversione in legge del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese, *sub* art. 44, inizia con la seguente affermazione: «La proposta emendativa contribuisce a migliorare la posizione del nostro Paese nella classifica Doing Business. L'Italia occupa il 77° posto della classifica nella specifica voce "Starting a business", scontando prevalentemente i maggiori costi per l'avvio di impresa. La graduatoria viene compilata su specifici case study e la fattispecie Srl semplificata oggetto della norma non viene presa in considerazione in quanto limitata ai soli under 35. La sola rimozione del vincolo anagrafico consentirebbe di uniformarsi al benchmark dei nostri competitors Ue, garantendo un avanzamento di ben 6 posti nella classifica generale, con i conseguenti effetti – diretti ed indiretti – sulle dinamiche economico produttive».

cui più si sta dibattendo) sono, anche alla luce della varietà dei sistemi attualmente in vigore nei diversi Stati membri, le disposizioni che impongono agli Stati di prevedere che (almeno) taluni tipi di società – s.r.l. e s.r.l.s. in Italia, SARL, EURL, SAS e SASU in Francia, GmbH in Germania, S.R.L. in Spagna – possano costituirsi interamente online (art. 1, punto 5, della direttiva).

La direttiva (UE) 2019/1151 è inserita nell'elenco delle 39 direttive UE da recepire di cui alla legge di delegazione europea 2019-2020 (l. 22 aprile 2021, n. 53) e, relativamente all'esercizio della delega ad essa concernente, il legislatore italiano ha dettato l'art. 29. La disposizione, come si vedrà più dettagliatamente *infra*, contiene pochi criteri direttivi specifici, che riguardano appunto la costituzione online di società; criteri cui si è pienamente conformato il Consiglio dei Ministri che, poche settimane fa, ha approvato il decreto legislativo di recepimento.

In attesa della piena operatività delle nuove disposizioni, è utile interrogarsi sul possibile impatto di detta misura di dichiarata semplificazione⁸ del diritto societario, che fa prevalere la fiducia nella capacità di autotutela di coloro che vogliono investire in società di capitali, sul rafforzamento della libertà di iniziativa economica (e d'impresa). In altre parole, il fatto di poter costituire una società a responsabilità limitata interamente online può ritenersi uno strumento in grado di contribuire, fattivamente e in modo significativo, al rafforzamento della libertà d'impresa – anche rendendo più facile l'esercizio della libertà di stabilimento – e al miglioramento della competitività del sistema economico, in particolare italiano? Oppure, al di là dei proclami e delle affermazioni di principio, sono altri gli interventi in grado di stimolare e incentivare concretamente l'iniziativa economica (privata)? E ancora, siamo certi che l'*optimum* sia un costante incremento del numero delle imprese nel mercato piuttosto che il mantenimento e il rafforzamento di imprese virtuose ed economicamente sostenibili?

Per tentare di dare una prima risposta a queste domande si partirà dall'analisi dei rapporti trimestrali redatti dal MiSE in collaborazione con Unioncamere e InfoCamere, relativi alla modalità di costituzione online delle start-up innovative⁹. Quest'ultime, come noto, ove assumano la forma di s.r.l.¹⁰,

⁸ Sull'ambiguità dell'espressione "semplificazione" v. però le acute osservazioni di M.S. SPOLIDORO, *Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)*, in *Riv. soc.*, 2013, 1087 s.

⁹ Detti rapporti («Rapporti sulla nuova modalità di costituzione online delle start-up innovative») sono reperibili al seguente indirizzo: <https://www.mise.gov.it/index.php/it/impresa/competitivita-e-nuove-imprese/start-up-innovative/relazione-annuale-e-rapporti-periodici#online>. L'ultimo rapporto disponibile, il diciottesimo, riporta i dati aggiornati al 31 dicembre 2020.

possono – *rectius*: potevano – costituirsi attraverso una procedura interamente online in forza dell'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2015, n. 33)¹¹, con un risparmio medio di costi che è stato stimato in circa 2.000 euro per la sola fase di avvio¹².

I rapporti appena citati forniscono dati interessanti e non banali sull'effettivo ricorso alla predetta modalità di costituzione da parte di coloro che intendono dar vita a una start-up innovativa. Questi dati, unitamente a quello della numerosità delle s.r.l. semplificate, in crescita costante nel corso degli anni¹³, sollecitano alcune riflessioni di più ampio respiro in merito all'idoneità della digitalizzazione (in senso lato) – nella fase genetica di una società – a facilitare e così favorire l'avvio di attività imprenditoriali (come auspicato dall'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015).

Si tratta, in ogni caso, di riflessioni preliminari rispetto ad una fattispecie – quella della costituzione di società di capitali con procedura telematica – che pone all'interprete italiano ed europeo una serie di questioni di varia natura, anche tecnica e relative al rapporto tra ordinamenti, e la cui disciplina è molto recente o ancora in corso di definizione.

Deve aggiungersi che il quadro regolamentare qui preso in esame è mutato nel corso degli ultimi mesi a causa della ormai nota sentenza del Consiglio di Stato, che ha riformato la sentenza del T.A.R. del Lazio, in merito alla illegittimità dei provvedimenti ministeriali che regola(va)no le modalità per la costituzione online delle start-up innovative e per la modifica dei loro atti costituti-

¹⁰ La facoltà è concessa alle sole start-up innovative costituite in forma di s.r.l.: v. art. 1 d.m. 17 febbraio 2016. Va però sottolineato – e sul punto si tornerà nel prosieguo dell'analisi – che di detta limitazione non c'è traccia nella norma di rango primario, che parla genericamente di start-up innovative, mentre nelle premesse del d.m. 17 febbraio 2016 si dà conto del fatto che è stato «valutato che appare prioritaria la redazione di un modello standard riservato alla costituzione di *start-up* aventi forma di società a responsabilità limitata non semplificate di cui all'art. 2463 del codice civile».

¹¹ Al solo fine di favorire l'avvio di attività imprenditoriale: così letteralmente si esprime l'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015.

¹² V. MINISTRO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *Relazione annuale al Parlamento sullo stato di attuazione e sull'impatto della policy a sostegno delle startup e delle PMI innovative*, edizione 2016, 122. Si segnala altresì che, nella sintesi della valutazione d'impatto che accompagna la proposta di direttiva sull'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario e la proposta sulle trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere (SWD(2018) 142 final), si stima che per le nuove società registrate nella UE l'introduzione della registrazione online consentirebbe di conseguire un risparmio tra i 42 e gli 84 milioni di euro.

¹³ Cfr. i dati pubblicati dal Consiglio Nazionale del Notariato nel proprio sito, aggiornati al 31 dicembre 2020.

vi e statuti. Anche un cenno a questa pronuncia e alle principali questioni tecnico-giuridiche (e pratiche) dalla stessa sollevate può essere utile per meglio comprendere il contesto in cui ci si muove.

2. *Fonti normative in materia di start-up innovative (costituite online).*

Per rendere più chiara l'analisi, è altresì utile un veloce riepilogo delle norme primarie e secondarie che dettano un regime speciale per quanto riguarda la costituzione di start-up innovative¹⁴.

Ai sensi del citato art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015, l'atto costitutivo di start-up innovative e le sue successive modificazioni possono essere redatti, oltre che per atto pubblico, per atto sottoscritto con le modalità previste dagli artt. 24 e 25¹⁵ c.a.d., secondo un modello uniforme adottato con decreto del Ministro dello sviluppo economico.

Il decreto ministeriale 17 febbraio 2016 (recante «Modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata *start-up* innovative»), a sua volta, disciplina l'onere formale (art. 1), il procedimento di iscrizione (provvisoria) nella sezione ordinaria (art. 2), l'iscrizione nella sezione speciale (art. 3), gli effetti in caso di cancellazione della società dalla sezione speciale (art. 4) e detta altresì disposizioni conclusive che disciplinano le diverse ipotesi in cui le firme dei sottoscrittori siano autenticate da un notaio – ipotesi, invero, del tutto residuale – oppure dal conservatore del registro delle imprese o da persona da esso delegata. L'allegato al predetto decreto contiene infine il «Modello uniforme atto costitutivo/statuto per start-up innovative in forma di s.r.l.».

Il modello uniforme, nonostante la finalità di semplificazione perseguita, si caratterizza per evidente complessità, soprattutto se confrontato con il modello standard per la costituzione di s.r.l.s. (anch'esso peraltro criticato e criticabile), e non è di agevole fruibilità per la presenza, nella parte statutaria, di un ventaglio di alternative la cui scelta richiederebbe adeguata conoscenza, anche tecnica, della materia e consapevolezza delle possibili implicazioni delle diverse clausole; o l'ausilio e la consulenza specializzata di professionisti¹⁶. Si

¹⁴ La data di avvio della “pionieristica” – così definita nei rapporti trimestrali del MiSE, (nt. 9) – modalità di costituzione è stata fissata al 20 luglio 2016.

¹⁵ Il riferimento all'art. 25 c.a.d. (firma autenticata) è stato aggiunto successivamente, ossia dall'art. 1, comma 65, l. 11 dicembre 2016, n. 232.

¹⁶ M. CIAN, *Società start-up innovative e PMI innovative*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 972, prima della predisposizione del modello uniforme da parte del MiSE, prevedeva che lo stesso o

pensi, solo per esemplificare, alle opzioni concesse in materia di trasferimento delle quote di partecipazione.

L'atto è in formato elettronico elaborabile XML e ciò dovrebbe consentire che ne sia garantita la conformità al modello standard, di eseguire una serie di controlli automatici sui dati compilati e di arricchire di nuove informazioni strutturate il registro delle imprese¹⁷. Il modello, come si evince chiaramente dall'art. 1, primo comma, d.m. 17 febbraio 2016, è inderogabile e non ammette neppure l'inserimento di clausole che ne integrino il contenuto, poiché rispetto a queste e alla loro conformità alla legge non sarebbe svolto alcun controllo preventivo: né da parte del notaio, né a monte, in sede di predisposizione del modello legale.

Soffermandosi sull'art. 1 del d.m. 17 febbraio 2016, detto articolo stabilisce, in deroga a quanto previsto dall'art. 2463 c.c., che gli atti costitutivi di start-up innovative sono redatti in forma elettronica e firmati digitalmente da tutti i sottoscrittori a norma dell'art. 24 c.a.d.¹⁸, in totale conformità allo standard allegato al decreto redatto sulle base delle specifiche tecniche del formato elettronico elaborabile del modello emanate dal MiSE¹⁹. L'atto costitutivo e lo statuto, ove disgiunto, devono essere redatti in modalità esclusivamente informatica e devono portare l'impronta digitale di ciascuno dei sottoscrittori²⁰:

avrebbe azzerato le opportunità di dare vita a strutture partecipative complesse e sostanzialmente atipiche, oppure avrebbe dovuto lasciare aperto un tale ventaglio di soluzioni da rendere ancor più drammatica l'eventualità che sul confezionamento dello statuto i soci si potessero orientare senza alcun vaglio notarile. Conf. A. CARDUCCI ARTENISIO, *La start up innovativa s.r.l. costituita con firme digitali non autenticate*, in *Giustiziacivile.com*, 8/2016, 10 s.

¹⁷ V. i rapporti trimestrali del MiSE, (nt. 9).

¹⁸ Può essere utile ricordare che, ai sensi dell'art. 24 c.a.d., la firma digitale deve riferirsi in maniera univoca ad un solo soggetto e al documento o all'insieme di documenti cui è apposta o associata; per la generazione della firma digitale deve adoperarsi un certificato qualificato che, al momento della sottoscrizione, non risulti scaduto di validità ovvero non risulti revocato o sospeso; infine, attraverso il certificato qualificato si devono rilevare la validità del certificato stesso, gli elementi identificativi del titolare di firma digitale e del certificatore e gli eventuali limiti d'uso.

¹⁹ Ci si riferisce al decreto del Direttore generale del 1° luglio 2016 (Direzione generale per il mercato, la concorrenza, il consumatore, la vigilanza e la normativa tecnica – Divisione VI), con il quale sono state approvate le specifiche tecniche per la struttura degli atti costitutivi e degli statuti delle società il cui contratto o atto unilaterale è redatto in forma elettronica e firmato digitalmente. Le specifiche tecniche consentono la predisposizione degli atti in formato elaborabile XML.

²⁰ La circolare (direttoriale) n. 3691/C del 1° luglio 2016 specifica, a sua volta, che l'onere formale degli atti costitutivi risulterà assolto quando riporterà l'impronta digitale di ciascuno dei sottoscrittori o del sottoscrittore, e quando esso accede a un documento informatico, nel

l'atto sottoscritto in maniera diversa non è iscrivibile nel registro delle imprese. La norma precisa altresì che non è richiesta alcuna autentica di sottoscrizione, confermando il carattere di disintermediazione della procedura.

Il documento informatico, da presentare per l'iscrizione nel registro delle imprese, è soggetto, sulla carta, ad ampie verifiche da parte dell'ufficio del registro, che comprendono, *inter alia*, la conformità del contratto al modello standard, la sua sottoscrizione con firma digitale, l'autenticità della sottoscrizione della domanda, la liceità, possibilità e determinabilità dell'oggetto sociale e l'adempimento degli obblighi in materia di antiriciclaggio (v. art. 2, secondo comma, d.m. 17 febbraio 2016). A tale proposito, va detto che la normativa secondaria, nelle premesse, richiama l'art. 11 della direttiva 2009/101/CE – la cui violazione è stata oggetto di censura nei procedimenti giurisdizionali di cui si dirà *infra* –²¹, il quale, come noto, stabilisce che in tutti gli Stati membri la cui legislazione non preveda, all'atto della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario, l'atto costitutivo e lo statuto della società e le loro modifiche devono rivestire la forma di atto pubblico (dello stesso tenore l'art. 10 della direttiva (UE) 2017/1132, che ha codificato la direttiva del 2009).

La (necessaria) registrazione fiscale dell'atto, la sua trasmissione all'ufficio del registro delle imprese competente per territorio ai fini dell'iscrizione, l'iscrizione provvisoria nella sezione ordinaria del registro, nonché la successiva iscrizione nella relativa sezione speciale sono dettagliatamente, seppur per alcuni profili in modo inadeguato e non facilmente intelligibile²², disciplinati dal decreto direttoriale del 1° luglio 2016.

rispetto dell'art. 21, secondo e terzo comma, c.a.d. Per comprendere il significato del riferimento all'impronta digitale, va ricordato che, per firmare un documento con firma digitale *ex art. 24 c.a.d.*, il titolare utilizza un software che, iniziata la procedura di firma, calcola l'impronta digitale del documento tramite la funzione di hash. A ogni documento corrisponde un'impronta diversa.

²¹ Direttiva 2009/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 48, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (versione codificata). Detta direttiva ha codificato la prima direttiva societaria (direttiva 68/151/CEE).

²² Cfr., quanto al passaggio dall'iscrizione provvisoria all'iscrizione nella sezione speciale, i dubbi sollevati da G. FERRI *jr*, M. STELLA RICHTER *jr*, *Decreto del Ministro dello sviluppo economico del 17 febbraio 2016, start-up innovative e diritto delle società: un parere*, in *Riv. not.*, 2016, 625 s. Critico nei confronti della «inedita iscrizione "provvisoria"» è anche C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (Diritto societario quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2016, 1057 ss.

Di analogo tenore, rispetto a quanto sin qui riassunto, è il contenuto del d.m. 28 ottobre 2016, relativo all'«approvazione del modello per le modifiche delle start-up innovative, ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese»: a detto decreto è allegato un modello di verbale di assemblea, da redigere in forma elettronica e che va firmato digitalmente *ex art. 24 c.a.d.* dal presidente dell'assemblea e da ciascuno dei soci che hanno approvato la delibera, relativo alle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto di start-up innovative costituite in forma di s.r.l.²³.

Si deve aggiungere che, a termini dell'art. 5 d.m. 17 febbraio 2016, le firme dei contraenti possono essere autenticate da un notaio o dal pubblico ufficiale a ciò autorizzato, ossia il conservatore del registro delle imprese o persona da esso delegata, ai sensi dell'art. 25 c.a.d. Nel primo caso, è evidentemente il notaio a compiere le verifiche di cui all'art. 2, secondo comma, d.m. 17 febbraio 2016, incluse le verifiche di cui alla normativa antiriciclaggio; nel secondo caso, è l'ufficio che svolge il servizio di assistenza qualificata alla stipula dell'atto presso la CCIAA competente (“assistenza qualificata alle imprese” – AQI) che provvede, al momento dell'autenticazione a norma dell'art. 25 c.a.d., anche alle predette verifiche²⁴.

Dopo questo breve *excursus* sulla disciplina normativa, il primo elemento su cui è utile soffermarsi è la discutibile scelta, operata a livello ministeriale, di circoscrivere le semplificazioni procedurali alle start-up innovative che si costituiscono in forma di s.r.l. Limitandosi ad una valutazione tecnico-giuridica e non di opportunità, l'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015 non fornisce alcun elemento che possa giustificare una scelta di questo tipo in sede attuativa. E, in effetti, entrambi gli argomenti addotti nella circolare n. 3691/C dell'1° luglio 2016 per spiegare detta scelta non paiono di particolare pregio: né l'argomento del regime particolarmente favorevole che il legislatore ha riservato alle start-up innovative costituite in forma di s.r.l., ove si consideri che detto più favorevole regime si è

²³ Con il decreto direttoriale del MiSE del 4 maggio 2017 sono state poi approvate le specifiche tecniche per la redazione informatica dell'atto modificativo dell'atto costitutivo e dello statuto.

²⁴ Cfr. la circolare (direttoriale) del MiSE n. 3691/C del 1° luglio 2016, dove, a p. 6, si fornisce il seguente chiarimento: «[L]’ufficio AQI è chiamato a svolgere le verifiche previste dalla disciplina. A differenza del quadro sopra riferito avuto riguardo alle modalità di verifica in “remoto”, nella fattispecie qui contemplata, l'ufficio AQI svolge la propria attività di verifica *de visu*. Pertanto, ferma l'applicazione dell'intera disciplina sopra richiamata, troverà implementazione anche la parte relativa alle verifiche di cui agli articoli 20, 22 e, consequenzialmente 21, del decreto 231 del 2007»; nonché la Guida alla costituzione e alla modifica di startup innovative in forma di s.r.l. con modello standard tipizzato, redatta dalle Camere di Commercio in collaborazione con il MiSE.

per lo più concretato nell'estensione alle s.r.l. di strumenti e possibilità altrimenti circoscritti alle s.p.a.; né – e ancor meno – quello fattuale della rilevanza numerica delle start-up innovative costituite in forma di s.r.l.

Inoltre, sebbene la tecnica redazionale utilizzata dal MiSE indirizzi l'interprete verso una diversa conclusione – e per tale motivo il testo del decreto presta obiettivamente il fianco a censure di illegittimità (v. *infra*, paragrafo successivo) –, non vi è dubbio che, alla luce della norma primaria (art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015) la quale non può essere derogata o modificata da una fonte regolamentare²⁵, la modalità di costituzione telematica disintermediata non possa sostituire quella per atto pubblico ex art. 2463 c.c., rappresentando una forma alternativa di costituzione.

Infine, un altro profilo di criticità del decreto ministeriale del febbraio 2016 che va messo in luce riguarda il fatto che il modello uniforme con esso approvato è utilizzabile per le sole start-up innovative costituite in forma di s.r.l., nonostante la previsione dell'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015, che rimanda ad un modello uniforme per la redazione dell'atto costitutivo e delle sue successive modificazioni, sia relativa a tutte le start-up innovative²⁶.

3. Le sentenze del T.A.R. del Lazio e del Consiglio di Stato.

Prima di esaminare i dati sull'utilizzazione della modalità di costituzione online delle start-up innovative, è necessario dar conto, seppur per brevi cenni e nei limiti di quanto può assumere rilievo ai fini del presente scritto, delle due, ormai famose, sentenze del T.A.R. del Lazio e del Consiglio di Stato in relazione alla (asserita) illegittimità dei provvedimenti ministeriali che hanno dato attuazione all'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015.

Nonostante queste decisioni, in particolare quella del Consiglio di Stato,

²⁵ Conf. N. DE LUCA, *Strumenti e processi digitali nel diritto societario. Le nuove frontiere dell'evoluzione tecnologica*, in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo. II. Impresa, Società, Crisi d'impresa*, a cura di C. COSTA, A. MIRONE, R. PENNISI, P.M. SANFILIPPO, R. VIGO, I, Torino, Giappichelli, 2021, 269, nt. 8; ID., *La costituzione online delle società. Riflessioni sulla Direttiva 2019/1159/EU (Direttiva CorpTech)*, in *Riv. not.*, 2020, 428, nt. 19; G. FERRI jr, M. STELLA RICHTER jr, (nt. 22), 620 e 628; C. IBBA, *Forma e pubblicità nella costituzione delle start-up innovative*, in *Start-up e PMI innovative: scelte statutarie e finanziamento*, Atti del Convegno di Studi, Cagliari 15 giugno 2018, a cura di S. CORSO, Napoli, ESI, 2019, 11 s.; G.P. LA SALA, *Start-up innovative: fattispecie e costituzione in forma di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2017, 1136, nt. 46.

²⁶ G. FERRI jr, M. STELLA RICHTER jr, (nt. 22), 628; C. IBBA, (nt. 25), 13.

non abbiano effetti significativi sull'indagine *de qua*, se non per il fatto che gli ultimi dati disponibili in merito all'utilizzo della modalità di costituzione online risalgono alla fine del 2020, la completezza dell'analisi impone di tenerne conto, anche alla luce della sostanziale uniformità tra le conclusioni (obbligate) cui sono addivenuti i giudici amministrativi e la scelta, di fondo, del legislatore nazionale quanto al recepimento della direttiva (UE) 2019/1151.

I procedimenti muovono dal ricorso del Consiglio Nazionale del Notariato con il quale lo stesso ha impugnato i provvedimenti ministeriali di cui si è più sopra dato conto per la presenza di molteplici violazioni di legge e per eccesso di potere. Tra i vizi enunciati – ed è solo su tali aspetti che ci si soffermerà in questa sede – v'è l'incompatibilità del procedimento di iscrizione dell'atto costitutivo e delle sue successive modificazioni con il quadro delineato dalle fonti normative primarie e sovranazionali, nonché la violazione dell'art. 2463 c.c. per aggiramento della procedura di iscrizione.

Il T.A.R. del Lazio²⁷, mentre accoglieva il motivo di ricorso relativo alla illegittimità dell'art. 4 d.m. 17 febbraio 2016 («Cancellazione della società dalla sezione speciale») nella parte in cui, in relazione all'ipotesi di cancellazione della start-up innovativa non costituita secondo le modalità dell'art. 2463 c.c., prevede che la società mantenga l'iscrizione nella sezione ordinaria, «senza alcuna necessità di modificare o ripetere l'atto»²⁸, respingeva tutti gli altri motivi. In particolare, dopo aver osservato che deve escludersi che il decreto ministeriale «abbia voluto eliminare la possibilità di redazione “per atto pubblico” dell'atto costitutivo [...] di start-up innovative [...] avendo invece inteso disciplinare le modalità di perfezionamento di tale atto», concludeva per l'infondatezza della censura di contrasto tra detto decreto e il plesso disciplinare, nazionale ed europeo, in materia di costituzione di società di capitali, pubblicità e iscrizione degli atti²⁹.

La sentenza è stata riformata dal Consiglio di Stato³⁰ che ha invece accolto

²⁷ T.A.R. Lazio, 2 ottobre 2017, n. 10004, reperibile in www.dirittoegiustizia.it.

²⁸ Questa conclusione della sentenza del T.A.R. del Lazio è criticata da G.P. LA SALA, (nt. 25), 1146 ss., il quale sottolinea che «la costituzione di una s.r.l. start-up senza atto pubblico è [...] un beneficio accordato sul presupposto che l'adozione del modello di atto costitutivo tipizzato con decreto ministeriale e le verifiche eseguite dall'ufficio del registro siano nel complesso dei presidi di legalità dell'assetto organizzativo della società idonei a surrogare il controllo notarile. Su tale equipollenza si può discutere ma, una volta riconosciuta dalla legge, essa deve conservarsi qualora i requisiti di start-up vengano meno» (ivi, 1150).

²⁹ Conf. G.P. LA SALA, (nt. 25), 1137, nt. 47.

³⁰ Cons. St., sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2643, in *Riv. not.*, 2021, 574 ss., con nota di A. PICCHIONE, e in *Società*, 2021, 1065 ss., con commento di G.P. MACAGNO. La sentenza è stata

parte dei motivi addotti dal CNN³¹. In un provvedimento assai più lineare di quello del giudice di prime cure, del quale peraltro conferma la decisione in merito alla parziale illegittimità dell'art. 4 del decreto ministeriale, il Consiglio riconosce che il potere esercitato dal Ministero, con il decreto impugnato, non può avere alcuna portata innovativa dell'ordinamento incidendo sulla tipologia degli atti necessari per la costituzione di start-up innovative. La fonte primaria rimetteva ad un decreto ministeriale la mera predisposizione di un modello uniforme di atto costitutivo – fosse esso stipulato per atto pubblico o per atto sottoscritto digitalmente o elettronicamente – continuando per il resto ad applicarsi le disposizioni di legge: il decreto, invece, lungi dal limitarsi a predisporre ed approvare un modello standard, prevede che «l'atto costitutivo e lo statuto, ove disgiunto, sono redatti in modalità *esclusivamente* informatica» (enfasi aggiunta). Detta disposizione si pone in evidente contrasto con la norma primaria, ossia con l'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015, che prevede esplicitamente l'alternatività tra l'atto pubblico e l'atto sottoscritto digitalmente (ai sensi dell'art. 24, e poi anche dell'art. 25 c.a.d.).

Il Consiglio di Stato accoglie altresì la censura relativa alla illegittimità dei provvedimenti ministeriali per violazione delle disposizioni della direttiva 2009/101/CE e della direttiva (UE) 2017/1132 (rispettivamente art. 11 e art. 10) – attestanti la necessità, per l'atto costitutivo e lo statuto, di rivestire la forma dell'atto pubblico qualora la legislazione nazionale non preveda un controllo preventivo amministrativo o giudiziario all'atto della costituzione – e della legge istitutiva del registro delle imprese e del relativo regolamento attuativo. Sotto quest'ultimo profilo, va ricordato che il conservatore del registro si limita a svolgere un controllo di mera regolarità formale, avente ad oggetto l'accertamento della regolarità e della completezza (anche documentale) della domanda, e un controllo c.d. qualificatorio, volto ad accertare la corrispondenza dell'atto o fatto del quale si chiede l'iscrizione al modello di atto previsto dalla legge (per il quale è prescritta l'iscrizione)³².

altresì commentata da E. SORCI, *Costituzione di s.r.l. start up innovative in forma telematica, controllo di legalità e poteri del conservatore del Registro delle Imprese*, in *Giustiziacivile.com*, 7/2021; nonché, unitamente alla pronuncia del T.A.R. del Lazio, da M. BIANCA, *La costituzione online delle società tra un arresto del Consiglio di Stato e l'attuazione della direttiva (UE) 2019/1151*, in corso di pubblicazione nel presente fascicolo (la cui bozza si è consultata per cortesia dell'autore).

³¹ Essendo talune questioni assorbite, per aver quelle accolte sostanzialmente esaurito la materia del contendere.

³² V. art. 2189, secondo comma, c.c. e art. 11, sesto comma, d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581, recante il regolamento di attuazione dell'art. 8 l. 29 dicembre 1993, n. 580, quanto agli atti di-

Per il Collegio il d.m. 17 febbraio 2016, all'art. 2, secondo comma, ha illegittimamente ampliato l'ambito dei controlli dell'ufficio del registro delle imprese (estendendoli alla liceità, possibilità e determinabilità dell'oggetto sociale e alla riferibilità astratta del contratto alla previsione di cui all'art. 25 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179³³), senza che nulla si rinvenga, a tale proposito, nella legislazione primaria³⁴; nella quale non sono state introdotte deroghe all'art. 2189 c.c. e al d.p.r. n. 581/1995 e in cui, anzi, è previsto che la start-up innovativa sia «automaticamente» iscritta nella sezione speciale a seguito della compilazione e presentazione della domanda in formato elettronico (v. art. 25, dodicesimo comma, d.l. n. 179/2012)³⁵. In altre parole, detto ampliamento è, per i giudici amministrativi, privo di «un'adeguata copertura legislativa»³⁶.

Resta da chiedersi, sebbene questo interrogativo esuli dall'oggetto del giudizio del Consiglio di Stato, se la previsione dell'art. 2, secondo comma, del citato decreto ministeriale sarebbe stata compatibile con il principio statuito dall'art. 10 direttiva (UE) 2017/1132 qualora fosse stata inserita nella norma di rango primario invece che in quella regolamentare. Sul punto, e precisamente sulla circostanza che alla lett. a) dell'art. 2, secondo comma, del decreto

versi da quelli omologati dal tribunale e dagli atti sottoposti a controllo “omologatorio” del notaio rogante o autenticante. V. altresì – a mero titolo esemplificativo – Trib. Roma, 14 marzo 2018, in *Società*, 2018, 1398 ss., con commento di E. BONAVERA; Trib. Roma, 15 aprile 2015, reperibile in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

³³ Controlli, questi ultimi, che secondo il Consiglio di Stato implicherebbero una tipologia di verifica che non riguarda aspetti meramente formali (cfr. punto 5.2).

³⁴ In senso conforme R. VIGGIANI, *sub* art. 2328, in *Le società per azioni*, diretto da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, I, Milano, Giuffrè, 2016, 184; esprime perplessità sul punto, con specifico riferimento ai rilievi del Consiglio di Stato, G.P. MACAGNO, *Le società start-up innovative ritornano dal notaio, ma “online”* (commento a Cons. St., sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2643), in *Società*, 2021, 1073 ss.

³⁵ Cfr. Trib. Roma, 5 aprile 2019, in *Giur. it.*, 2020, 124 ss., con nota di G.M. MICELI (e in *Società*, 2019, 1375 ss., con commento di E. CODAZZI), che richiama detta previsione a conferma dell'assenza, in capo all'ufficio del registro delle imprese, della competenza a svolgere un controllo di merito. Nello stesso senso Trib. Torino, 10 febbraio 2017, reperibile in www.ilcaso.it, nonché la Direzione generale del MiSE, nel proprio parere del 29 settembre 2014, reso a fronte di un quesito in materia di start-up innovativa (reperibile in www.mise.gov.it). Ma v. la circolare n. 3696/C del MiSE del 14 febbraio 2017, avente precipuamente ad oggetto i limiti delle verifiche in capo agli uffici riceventi (in part. I parte), nonché i dati sui tempi necessari per ottenere l'iscrizione delle società nella sezione speciale del registro delle imprese (riportati *infra*, par. 5).

³⁶ V., all'indomani dell'approvazione del d.m. 17 febbraio 2016, G. FERRI *jr*, M. STELLA RICHTER *jr*, (nt. 22), 631.

ministeriale si richiede all'ufficio del registro la verifica della conformità del contratto di start-up innovativa al (solo) modello standard, e non alla legge³⁷, si tornerà tra breve, accennando alla nuova previsione dell'art. 13-*nonies*, par. 2, direttiva (UE) 2017/1132.

4. *Effetti dell'annullamento dei provvedimenti ministeriali da parte del Consiglio di Stato.*

Dopo aver dato conto della sentenza del Consiglio di Stato, è doveroso spendere qualche parola sugli effetti di detta pronuncia, che accerta e dichiara l'illegittimità dei citati provvedimenti ministeriali, sulle oltre 3.500 società costituite senza l'intervento notarile.

Per orientamento costante, solo temperato – si ritiene – dalle pronunce del Consiglio di Stato che hanno ammesso la deroga a questo principio ove ciò risponda all'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale³⁸, l'annullamento per illegittimità di un provvedimento amministrativo comporta la caducazione *ex tunc* dello stesso e il travolgimento degli effetti *medio tempore* prodottisi. Ne dovrebbe conseguire, nella fattispecie *de qua*, la nullità *ex art.* 2332 c.c. delle start-up innovative costituite online per violazione dell'art. 2463 c.c., in quanto il relativo contratto o atto unilaterale è stato stipulato in forma diversa dall'atto pubblico, in assenza di un valido regime derogatorio.

Sulla questione, su cui si è ovviamente concentrata da subito l'attenzione degli operatori giuridici e dello stesso Governo, è intervenuta la Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano approvando una nuova massima: la massima n. 197, «Modificazioni statutarie di società viziate da una causa di nullità (art. 2332 c.c.)». Quest'ultima, ribadendo che l'atto costitutivo, anche se viziato da nullità, una volta iscritto nel registro delle imprese produce comunque i suoi effetti e dà vita alla società come soggetto di diritto dotato di

³⁷ Escludono l'equivalenza tra il controllo demandato all'ufficio *ex art.* 2, secondo comma, del decreto ministeriale e quello imposto dall'art. 11 direttiva 2009/101/CE G. FERRI *jr*, M. STELLA RICHTER *jr*, (nt. 22), 621 ss. e 629, poiché la norma regolamentare restringe il controllo dell'ufficio alla conformità dell'atto di cui si chiede l'iscrizione al modello standard invece che alla legge, ossia al complesso della disciplina applicabile alla s.r.l.

³⁸ V. Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in *GDA*, 2011, 1310 ss., con commento di M. MACCHIA; Cons. St., ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, in *Urb. app.*, 2018, 373 ss., con commento di E. FOLLIERI; Cons. St., ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4, in *Pluris*. Si precisa che, nel caso di specie, il Consiglio di Stato non ha disposto nulla in merito a eventuali limitazioni del generale effetto demolitorio o caducatorio della pronuncia di annullamento.

personalità giuridica, la quale resta esistente fino al termine del procedimento di liquidazione³⁹, conclude per l'idoneità, ai fini della eliminazione della causa di nullità, della deliberazione con la quale l'assemblea straordinaria approva integralmente il testo vigente dello statuto, assoggettandolo così al controllo di legittimità del notaio chiamato a redigere il relativo verbale.

Nonostante la massima sia senz'altro condivisibile quanto al risultato pratico (si pensi, nella fattispecie in esame, all'ipotesi in cui la compagine sociale sia mutata a seguito di una campagna di *equity-based crowdfunding* o di operazioni di *VC-financing*), potrebbe suscitare qualche perplessità sotto il profilo giuridico. Si potrebbe infatti ritenere che sia necessaria, ai fini della sanatoria della nullità, la ripetizione dell'atto, davanti al notaio, da parte di tutti i soci: in questo senso sembra esprimersi, ad esempio, la relazione illustrativa al d.lgs. n. 6/2003⁴⁰.

Tuttavia, se non si assume una prospettiva prettamente contrattuale, e si guarda invece alla giustificazione sostanziale della nullità in esame, ossia l'assenza di un controllo adeguato, in sede di costituzione, sulla conformità alla legge dell'atto costitutivo e dello statuto⁴¹, la nullità può ritenersi legittimamente sanata attraverso una deliberazione dell'assemblea (secondo le prescritte maggioranze) che approvi integralmente il contenuto dell'atto costitutivo/statuto, la cui conformità alla legge è verificata dal notaio verbalizzante⁴².

³⁹ Cfr. altresì, per la correttezza e l'efficacia della motivazione, Trib. Milano, 30 dicembre 2016, reperibile in www.dirittobancario.it, anche in relazione al rapporto tra il sistema imperniato sugli artt. 2331 e 2332 c.c. e l'art. 2191 c.c.

⁴⁰ V. par. 1.5 della relazione, lì dove esplicita che «in proposito si è soltanto precisato, con modifica dell'ultimo comma dell'art. 2332, che la eliminazione della nullità ivi prevista non è soltanto quella, come letteralmente si esprimeva il testo originario del codice, che avviene mediante modificazione dell'atto costitutivo: il che potrà consentire di avvalersi di siffatta eliminazione della nullità anche in casi nei quali il procedimento di modificazione dell'atto costitutivo non risulta tecnicamente utilizzabile (così, in particolare, nell'ipotesi di nullità per la mancanza di atto pubblico e mediante una sua ripetizione da parte dei soci)».

⁴¹ G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE, 1*, Torino, Utet, 2004, 568.

⁴² Sottolinea la prevalenza delle regole di organizzazione sui principi contrattuali M. MALTONI, *sub art. 2332*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, I, Padova, Cedam, 2005, 85 s. V. anche M. AVAGLIANO, *sub art. 2332*, in *Delle società - Dell'azienda - Della concorrenza*, a cura di D.U. SANTOSUOSSO, artt. 2247-2378, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, Utet Giuridica, 2015, 705 s.; nonché M. SCIUTO, *La nullità della società*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, I, Torino, Utet Giuridica, 2006, 433, nt. 43.

Quanto poi al verbale notarile, nonostante la sua natura di atto pubblico sia stata oggetto di discussione, la Suprema Corte ha riconosciuto che lo stesso ha le caratteristiche dell'atto pubblico ed è, pertanto, assistito dalla speciale efficacia probatoria di cui all'art. 2700 c.c. (Cass.

Questa soluzione, in effetti, sembra meglio rispondere alla singolarità della fattispecie e della disciplina della nullità di cui all'art. 2332 c.c. e all'auto-nomo rilievo e prevalenza che, una volta intervenuta l'iscrizione della società nel registro delle imprese, ha il dato (e le regole) organizzativo.

Va detto che la questione, seppur teoricamente rilevante, lo era assai meno sotto il profilo pratico, data l'improbabilità che qualche interessato proponesse un'azione di nullità nei confronti di s.r.l. costituite secondo la procedura dichiarata illegittima: è noto, del resto, che i casi di contenzioso vertente su profili di nullità della società sono rari, se si escludono talune pronunce in materia di simulazione. Oggi, poi, la questione è superata alla luce della recente evoluzione legislativa.

Infatti, già all'inizio dell'estate c'era stato – su iniziativa del Movimento 5 Stelle – un primo tentativo di far approvare un emendamento che prevedeva il ripristino della possibilità di costituzione online di società e una sanatoria *ex lege* per le start-up innovative costituite sulla base dei decreti poi dichiarati illegittimi⁴³.

Se una “sanatoria”, che avvenga nel rispetto delle fonti UE, era ed è senz'altro opportuna, non lo era altrettanto il sostanziale ripristino della procedura telematica di costituzione (senza intermediazione notarile). A tacere delle considerazioni di merito, per le quali si rinvia al prosieguo dell'analisi (par. 7), suscitava perplessità la modalità stessa dell'intervento emendativo proposto, consistente nella modifica di un articolo della legge di delegazione europea – che richiede lo svolgimento di uno speciale e complesso *iter* per la sua approvazione – attraverso l'inserimento di una nuova norma, peraltro eterogenea, in sede di conversione di un decreto-legge.

Il tentativo era fallito, ma poco dopo la legge di conversione del d.l. 31

civ., sez. I, 17 gennaio 2001, n. 560, in *Giur. it.*, 2001, 1179 ss., con nota di M.C. BREIDA). Sul punto v. anche, più recentemente, V. DONATIVI, *Conservatore e notaio: l'iscrizione nel registro delle imprese dopo il d.l. n. 91/2014*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 290 s.

⁴³ Ne dà notizia C. FOTINA, *Per le start up ancora in bilico la costituzione «online»*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 luglio 2021, 5. L'emendamento, proposto alla Camera dei deputati durante l'*iter* di approvazione del disegno di legge di conversione del d.l. 25 maggio 2021, n. 73, aveva ad oggetto, in primo luogo, la modifica dell'art. 29 della legge di delegazione europea 2019-2020, introducendo la possibilità che s.r.l. e s.r.l.s. fossero costituite attraverso una procedura telematica che consenta la redazione dell'atto costitutivo mediante scrittura privata informatica da sottoscrivere con firma digitale o altra firma elettronica qualificata; in secondo luogo, la previsione di validità ed efficacia degli atti costitutivi e statuti di start-up innovative redatti ai sensi dell'art. 1 d.m. 17 febbraio 2016 e della valida iscrizione delle predette società nella sezione speciale del registro delle imprese. L'emendamento, la cui prima parte, peraltro, era stata dichiarata inammissibile in Commissione, non è stato approvato, ma restava la volontà del suo primo firmatario (On. Carabetta) di ripresentarlo in occasione del prossimo provvedimento utile.

maggio 2021, n. 77 – l. 29 luglio 2021, n. 108 – introduceva un nuovo articolo, l'art. 39-*septies*, rubricato «Disposizioni in materia di start-up innovative e PMI innovative», che opportunamente si limita a disporre per il passato. Detto articolo, la cui formulazione suscita comunque delle perplessità sotto il profilo giuridico⁴⁴, prevede che gli atti costitutivi e gli statuti delle start-up innovative costituite in forma di società a responsabilità limitata, anche semplificata, redatti con modalità alternative all'atto pubblico secondo le disposizioni del d.m. 17 febbraio 2016, nonché le loro successive modificazioni, restano validi ed efficaci e che, conseguentemente, tali società conservano l'iscrizione nel registro delle imprese. La speciale sanatoria riguarda gli atti depositati presso l'ufficio del registro delle imprese alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto semplificazioni.

L'art. 39-*septies* d.l. n. 77/2021 precisa poi che, fino all'adozione delle nuove misure concernenti l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario, alle (future) modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto deliberate dalle startup innovative-s.r.l. costituite online si applica l'ordinaria disciplina codicistica (art. 2480 c.c.), fissando altresì un tetto per il compenso del notaio per l'attività prestata (v., rispettivamente, secondo e terzo comma). Il compenso va infatti determinato in misura non superiore a quella minima prevista dalla lettera B) della tabella D per i notai allegata al decreto del Ministro della giustizia del 20 luglio 2012, n. 140⁴⁵, concernente gli atti proceduralizzati (pari a 600,00 euro).

⁴⁴ Per un giusto rilievo in relazione al contenuto dell'intervento emendativo v. C. MALBERTI, *Il Consiglio di Stato annulla il d.m. 17 febbraio 2016 relativo alle modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata start-up innovative*, destinato alla pubblicazione in *Riv. soc.*, nella sezione «Notizie» (la cui bozza si è consultata per la cortesia dell'autore), lì dove l'autore afferma che «l'eventuale "idonea copertura legislativa" prospettata dal Consiglio di Stato, non potrebbe operare escludendo ora per allora la necessità dell'atto pubblico, pena una nuova violazione dei principi sanciti dall'art. 10 direttiva (UE) 2017/1132, ma potrebbe invece escludere, *una tantum*, l'applicabilità della causa di nullità prevista dall'art. 2332, comma 1, n. 1), c.c., anch'essa norma di derivazione europea, la cui operatività nel nostro ordinamento è però rimessa ad una libera scelta del nostro legislatore nazionale». Inoltre, *quantomeno* impreciso, se non anche inesatto, è l'inciso «conseguentemente le medesime società conservano l'iscrizione nel registro delle imprese». Infatti, anche in ipotesi di nullità della società vi è concordanza di opinioni sul fatto che quest'ultima non possa essere cancellata dal registro delle imprese sino alla conclusione della fase di liquidazione che si apre con la sentenza dichiarativa della nullità, prevalendo l'art. 2332 c.c., ossia una norma che attribuisce effetto sanante all'iscrizione e, nei pochi casi ivi tassativamente elencati, effetto non retroattivo alla dichiarazione di nullità, sulla più generale (e con essa incompatibile) previsione dell'art. 2191 c.c.

⁴⁵ Recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia.

L'applicazione dell'art. 2480 c.c., in assenza di altra previsione normativa di fonte primaria dettata in conformità a quanto oggi stabilito dalla direttiva (UE) 2019/1151, è una strada obbligata, dato che anche il d.m. 28 ottobre 2016 è stato dichiarato illegittimo dal Consiglio di Stato con la sentenza dello scorso marzo.

5. Alcuni dati in merito all'andamento della costituzione online di start-up innovative.

Veniamo ora al panorama delle s.r.l., start-up innovative, costituite online.

Al 31 dicembre 2020 le start-up innovative avviate grazie alla modalità di costituzione online e sostanzialmente senza costi ammontavano a 3.579 (a fronte di, stando ai dati circolati nella stampa quotidiana, 702 s.r.l.s.⁴⁶). Alla stessa data l'intera platea delle start-up innovative iscritte nella sezione speciale del registro delle imprese era pari a 11.899, numero cresciuto a 12.561 alla fine del primo trimestre del 2021 e a 13.582, con un incremento dell'8,1% rispetto al precedente, nel secondo trimestre⁴⁷: quest'ultimo dato è particolarmente interessante perché riguarda il primo periodo nel quale la modalità di costituzione online non era più utilizzabile.

In particolare, nel quarto trimestre 2020 il numero di iscrizioni di start-up innovative costituite online è il più alto tra tutti i trimestri presi in considerazione (338 società), ma la percentuale si è ridotta rispetto ad altri periodi⁴⁸, arrivando al 33% (è invece del 37,3% se si considera l'intero 2020 e addirittura del 42,3% se si considera il terzo trimestre dello stesso anno⁴⁹). Il dato percentuale è comunque in linea con la media registrata da quando è stata introdotta la nuova modalità di costituzione. Le elaborazioni di MiSE, Unioncamere e InfoCamere segnalano, inoltre, forti disomogeneità regionali, così come all'interno della stessa regione: se in Basilicata, nel corso del 2020, il 100%

⁴⁶ Info Data, *Stop alle startup innovative costituite online. I numeri, i notai e il dibattito*, 11 aprile 2021, reperibile in www.infodata.ilsole24ore.com (dati estratti il 2 aprile 2021).

⁴⁷ V. i report trimestrali di MiSE, Unioncamere e InfoCamere (Cruscotto di Indicatori Statistici – Dati nazionali, Report con dati strutturali, Startup innovative), 4° trimestre 2020, 1° trimestre 2021 e 2° trimestre 2021. I report sono reperibili nel portale startup.registroimprese.it.

⁴⁸ Nel primo trimestre del 2018, ad esempio, la percentuale era del 45,1%; nel terzo trimestre del 2019 del 43,5%; nel secondo trimestre del 2020 del 45%.

⁴⁹ Ove il dato potrebbe aver risentito dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, che può avere spinto ad adottare questa modalità di costituzione.

delle start-up innovative si è costituito online, in Abruzzo soltanto il 18,6% delle stesse ha optato per la procedura informatica, mentre due sole regioni (Sardegna e Friuli-Venezia Giulia) superano la soglia del 50%. È poi interessante segnalare che una novantina di start-up innovative che sono state costituite offline tramite atto pubblico hanno utilizzato comunque il modello uniforme previsto per la modalità di costituzione online.

Tornando al dato complessivo (3.579), esso, sotto certi profili, suscita una qualche sorpresa, almeno se si parte dalla comune narrazione, a livello nazionale ed europeo (anche “per bocca” dell’attuale Governo⁵⁰), sui tanti vantaggi della costituzione online e si pone mente alle caratteristiche di questo tipo di società (innovatività): la maggior parte di coloro che vogliono costituire una start-up innovativa ha continuato – opportunamente, considerata la non agevole fruibilità del modello uniforme – ad avvalersi dell’intervento di un notaio⁵¹.

C’è poi un altro dato significativo, ossia il fatto che i tempi di attesa, dalla data di costituzione della società, per l’iscrizione nella sezione speciale sono comunque mediamente lunghi, in virtù, da un lato, delle verifiche di cui all’art. 2, secondo comma, d.m. 17 febbraio 2016 di cui è investita la CCIAA (più ampie rispetto al controllo sulla mera regolarità formale); dall’altro, e a dispetto del dato legislativo, della verifica dell’autocertificazione diretta ad attestare il possesso dei requisiti di cui all’art. 25 d.l. n. 179/2012 per l’identificabilità di una start-up innovativa. In media, sebbene si riscontrino variazioni significative a livello territoriale, sono necessari quarantuno giorni per l’iscrizione nella sezione speciale, che sono però scesi a ventisette per le società costituite nell’ultimo anno (2020): pur tenendo in debito conto le specificità della fattispecie e la singolare “doppia” iscrizione, ben più dei cinque o dieci

⁵⁰ Nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2019/1151 – su cui *infra*, par. 7 – si legge che la direttiva «si pone quale scopo quello di creare un mercato interno unico e competitivo in grado di affrontare le nuove sfide sociali ed economiche della globalizzazione e della digitalizzazione mediante procedure volte a consentire l’intero svolgimento della costituzione delle società [...] online, al fine di ridurre i costi, le tempistiche e gli oneri amministrativi connessi a tali processi».

⁵¹ Si è detto che sul (tutto sommato) limitato successo della nuova modalità di costituzione, su cui ci si soffermerà nel paragrafo successivo, potrebbero aver pesato inizialmente anche le perplessità, manifestate in dottrina e in sede notarile, sulla legittimità del d.m. 17 febbraio 2016 (v. S. CORSO, *Le s.r.l. “aperte” al mercato tra governance societaria e diritti dei soci investitori*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 252, nt. 148); tuttavia, l’intervento, già alla fine del 2017, del T.A.R. in favore della legittimità del decreto ci sembra una circostanza in grado di far dubitare che tali perplessità possano aver condizionato in misura significativa l’andamento della prassi, anche alla luce del fatto che quest’ultimo è stato abbastanza ondivago (v. *supra*, testo e nt. 47).

giorni lavorativi per il completamento della procedura che gli Stati dovrebbero assicurare secondo il legislatore europeo!

6. *Qualche riflessione sui dati dei rapporti trimestrali di MiSE, Unioncamere e InfoCamere.*

I dati sopra riportati sono senz'altro utili per avere un'idea della diffusione e dell'andamento, in termini di crescita numerica, del fenomeno delle start-up innovative costituite online secondo il modello standard; dagli stessi può però trarsi anche qualche indicazione in merito al probabile futuro successo o insuccesso della modalità di costituzione in esame.

Queste le considerazioni che, allo stato, ci sembra di poter suggerire.

Uno dei maggiori benefici e delle finalità – dichiarati – dell'iniziativa europea è quello di incoraggiare «the creation of cross-border businesses»⁵².

L'ultimo report trimestrale⁵³, relativo al terzo trimestre 2021, mostra che le start-up innovative con una compagine sociale a prevalenza straniera sono 501, ossia il 3,6% del totale (pari a 14.032 società), una quota inferiore a quella osservata tra le altre nuove società di capitali (9,7%); mentre le start-up innovative in cui è presente almeno un cittadino non italiano sono il 14,4% (2.017). Questo dato, oltre alla non agevole fruibilità del modello uniforme – disponibile, peraltro, solo in lingua italiana – e ai lunghi tempi d'attesa per l'iscrizione, potrebbe giustificare il successo tutto sommato contenuto dello strumento della costituzione online di cui si è dato conto nel paragrafo precedente. Per i cittadini italiani (salvo che si tratti di italiani residenti all'estero, ma non sembra certo questa l'ipotesi normale e più probabile) il vantaggio di fruire di un procedimento da condurre, interamente o quasi, online è alquanto limitato, in particolare per ciò che concerne i tempi e gli oneri amministrativi da sostenere.

Si ricorda, a tale proposito, che qualora gli interessati non siano soggetti con elevate competenze normative e si avvalgano del servizio di assistenza

⁵² La citazione è tratta dallo *Study on digitalisation of company law*, by everis for the European Commission – DG Justice and Consumers, European Union, 2017, nelle cui conclusioni (par. 5.1) si sottolinea che «thanks to digitalisation of the procedures covered in this study, these procedures could be performed by the founder and company representatives without the physical presence in front of authorities/intermediaries, thus saving costs and time for the companies. Especially for foreign companies, digitalisation would abolish the geographical barriers and obstacles and would facilitate the creation of cross-border businesses».

⁵³ V., per i riferimenti, nt. 47. Il dato è tendenzialmente costante.

qualificata (AQI)⁵⁴ la procedura prevede comunque un passaggio in un luogo fisico, poiché l'utente dovrà firmare la domanda in Camera di Commercio, ivi recandosi dotato di documento di identità in originale, codice fiscale, dispositivo di firma digitale ed eventuali altri documenti che verranno indicati dalla stessa Camera di Commercio⁵⁵. È ben vero che dai dati rinvenibili dai rapporti trimestrali emerge che il numero delle (costituende) start-up innovative che sono ricorse ai servizi di assistenza offerti delle Camere di Commercio è contenuto⁵⁶; ma si tratta di una realtà comunque non trascurabile, che, peraltro, è cresciuta costantemente dal 2018.

Per contro, anche avvalendosi dell'intervento notarile i tempi, oggi, di completamento della procedura di costituzione di una s.r.l. sono brevi – grazie alla digitalizzazione e alla trasmissione telematica degli atti notarili al registro delle imprese, nonché all'iscrizione immediata nel registro stesso degli atti societari⁵⁷ (delle società diverse dalla s.p.a.⁵⁸). A ciò si aggiunge l'indubbio

⁵⁴ Attraverso questo servizio le Camere di Commercio offrono agli utenti privi di elevate competenze normative il supporto necessario per la costituzione e la modifica di start-up innovative, verificando la correttezza del modello, provvedendo alla sua registrazione presso l'Agenzia delle entrate, trasmettendo la pratica di comunicazione unica d'impresa al registro delle imprese e compiendo ogni altra attività necessaria per completare la procedura, secondo quanto stabilito dall'art. 25 c.a.d. (v. Guida alla costituzione e alla modifica di startup innovative, (nt. 24), 10). Avvalendosi di questa modalità, peraltro, l'atto è contestualmente iscritto nella sezione ordinaria e nella relativa sezione speciale del registro delle imprese senza necessità di alcuna ulteriore verifica (v. art. 5, secondo comma, d.m. 17 febbraio 2016).

⁵⁵ Come emerge dalla Guida alla costituzione e alla modifica di startup innovative, (nt. 24), 21 s., «se ci sono più soci, al momento della firma dovranno essere tutti presenti affinché la Camera di Commercio possa attestare la capacità d'agire».

⁵⁶ Al 31 dicembre 2020, 2.617 avevano optato per la procedura interamente online, ossia con validazione degli atti fondativi mediante firma digitale tramite la piattaforma startup.registroimprese.it; 962 si erano invece avvalse dei servizi di assistenza offerti dalla Camera di Commercio di riferimento.

⁵⁷ V., in particolare, l'art. 20, comma 7-bis, d.l. 24 giugno 2014, n. 91 (conv., con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 116), che prevede: «Al 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. L'accertamento delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione rientra nella esclusiva responsabilità del pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto». Per l'analisi della norma si rimanda, tra gli altri, a F. FIMMANÒ, R. RANUCCI, *Poteri di controllo del conservatore del registro delle imprese: nuove (e vecchie) incertezze applicative alla luce del d.l. 91/2014*, in *Riv. not.*, 2016, 201 ss., in part. 213 ss.; V. DONATIVI, (nt. 42), 279 ss.; e, per alcuni accenti critici, a C. IBBA, *Pubblicità legale delle imprese e "semplificazioni" poco riuscite*,

vantaggio di avvalersi del supporto di un professionista *super partes* per l'adeguamento della disciplina legale alle esigenze dei richiedenti, spesso inconsapevoli della portata delle diverse opzioni normative, che riduce sensibilmente il rischio di contenzioso; ruolo, questo, che non viene meno in presenza di modelli standard. Non senza sottolineare l'utilità del ricorso ad un professionista, invece di utilizzare un modello standard inderogabile e non privo di elementi di criticità, qualora la costituenda società voglia essere in grado di attrarre, in futuro, investitori (ad esempio, fondi di *venture capital*)⁵⁹.

Più in generale e dinanzi ad un sottotipo di s.r.l., la s.r.l.s., che può già costituirsi per atto pubblico avvalendosi di un modello uniforme e con costi minimi⁶⁰, è lecito chiedersi se l'implementazione di una procedura di costituzione online sia davvero in grado di offrire un vantaggio aggiuntivo a chi voglia avviare un'impresa in forma societaria, così incentivando l'iniziativa economica privata⁶¹. In altre parole, ci si chiede se sia davvero il fatto in sé della necessaria presenza fisica davanti a un notaio a costituire un disincentivo, spe-

in questa *Rivista*, 1/2015, il quale, dinanzi alla domanda se di una norma del genere si sentisse davvero il bisogno, conclude che «non è difficile rispondere negativamente, se si tiene presente che, per regola generale, l'iscrizione deve avvenire senza indugio e comunque entro cinque giorni dalla data di protocollazione della domanda, e che questo termine è normalmente rispettato» (ivi p. 5). Il riferimento dell'autore è all'art. 11, ottavo comma, d.p.r. n. 581/1995, che prevede la riduzione della metà del termine per l'iscrizione (ordinariamente di dieci giorni) se la domanda è presentata su supporti informatici.

⁵⁸ Per le quali il termine è comunque breve, dato che, in forza dell'art. 31, secondo comma, l. 24 novembre 2000, n. 340, le domande di iscrizione sono inviate per via telematica o presentate su supporto informatico: v. nt. precedente.

⁵⁹ Cfr. l'interessante analisi svolta da A. CAPIZZI, P. AGSTNER, P. GIUDICI, *Il design contrattuale delle startup VC-financed in Italia*, in *AGE*, 2021, 227 ss. V. anche S. CORSO, (nt. 51), 252, testo e nt. 148, la quale richiama un'indagine condotta a campione sugli statuti delle società che hanno promosso offerte sui portali di *crowdfunding* nell'ultimo anno, da cui emerge che solo il 10% circa di esse ha fatto ricorso alla modalità di costituzione tramite atto costitutivo standard. Secondo l'autrice l'inderogabilità del modello è probabilmente una delle ragioni del suo limitato successo nella prassi operativa, specialmente tra le start-up che decidono di rivolgersi al mercato tramite i portali di *crowdfunding*.

⁶⁰ V. d.m. 23 giugno 2012, n. 138, recante il regolamento sul modello standard di atto costitutivo e statuto della società a responsabilità limitata semplificata. La rigidità del modello e la sua scarsezza si giustificano per l'esigenza di compressione dei costi, in particolare del costo per il servizio prestato dal notaio: cfr. V. DI CATALDO, *Società a responsabilità limitata e autonomia statutaria. Un regalo poco utilizzato, e forse poco utile*, in *RDS*, 2011, 563 ss., anche in relazione alla tendenziale propensione delle imprese verso la scelta di uno statuto standard.

⁶¹ V. anche N. DE LUCA, *Strumenti e processi*, (nt. 25), 267; ID., *La costituzione*, (nt. 25), 427 s., per il quale parte delle esigenze di armonizzazione poste dalla direttiva potrebbero risultare già in tutto o in parte soddisfatte nel nostro ordinamento, richiedendo solo adattamenti.

cie se, nonostante questo “adempimento”, le parti non sostengono costi per il pagamento degli onorari notarili (com’è attualmente per le s.r.l.s.).

In linea generale, almeno nei casi in cui i soggetti interessati siano residenti o abbiano la propria sede in Italia, direi di no, sebbene la previsione di una procedura svolta interamente online possa essere utile per superare gli attuali limiti di fruizione del sottotipo s.r.l.s.; il quale può essere costituito solo da persone fisiche, deve essere dotato di un capitale sociale inferiore a 10.000,00 euro e il cui modello standard, estremamente scarno e anch’esso inderogabile⁶², non è abbastanza flessibile da venire incontro alle diverse esigenze della prassi, in particolare ove si pensi alle molteplici soluzioni alternative che la disciplina legale della s.r.l. consentirebbe di adottare⁶³.

Ci si chiede poi, e soprattutto, se chi si accinge ad intraprendere un’attività imprenditoriale abbia realmente bisogno di una semplificazione di procedure e di una riduzione dei costi relativi alla (sola) operazione di costituzione e registrazione della società, qualora restino invariati il resto degli adempimenti necessari e le ben note criticità che affliggono il nostro sistema di amministrazione statale, anche della giustizia. Si pensi, solo per restare alla fase di avvio di un’impresa, alla necessità di ottenere autorizzazioni, concessioni o permessi amministrativi per il concreto esercizio dell’attività⁶⁴; o, ancor prima, ai tempi e ai costi per l’apertura di una posizione assicurativa presso l’INAIL e per la richiesta di iscrizione alla gestione dell’INPS, sebbene queste richieste possano essere oggi evase attraverso la comunicazione unica d’impresa⁶⁵, con abbrevia-

⁶² Cfr. il parere del MiSE del 15 gennaio 2014, dopo le modifiche arretrate alla disciplina della s.r.l.s. e all’art. 2463 c.c. dall’art. 9 d.l. 28 giugno 2013, n. 76 (conv., con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 99), per il quale il nuovo terzo comma dell’art. 2463-bis c.c. mira, seppure con una formulazione ambigua, a evidenziare che il modello standard di atto costitutivo/statuto della s.r.l.s. non può essere oggetto di modifiche; nonché D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, *Le nuove S.r.l.*, Studio n. 892-2013/I, approvato dall’area scientifica Studi d’Impresa il 14 novembre 2013 e dal CNN il 12 dicembre 2013, <https://www.notariato.it/sites/default/files/892-13-i.pdf>. Sulla controvertosa questione si sofferma diffusamente M.S. SPOLIDORO, (nt. 8), 1098 s. e 1104 ss.

⁶³ Per un’analisi dettagliata dell’atto costitutivo tipizzato di s.r.l.s., cfr. A. BARTOLACELLI, *L’insostenibile leggerezza dell’s.r.l.s. Nell’intricata “matassa” delle “nuove” s.r.l.: ricercare un bandolo o tagliare il filo?*, in questa *Rivista*, 2/2014, in part. a 21 ss.

⁶⁴ Ivi inclusi i permessi edilizi, il cui processo di ottenimento è più lungo e costoso in Italia rispetto alla media dei Paesi UE, con differenze significative da città a città: cfr. WORLD BANK, *Doing Business in the European Union 2020: Greece, Ireland and Italy*, Washington DC, World Bank, 2019, *chapter 3 (Doing Business in Italy)*, par. 2 (ottenimento dei permessi edilizi), che ha preso in considerazione, come caso di studio, la costruzione di un capannone.

⁶⁵ La comunicazione unica d’impresa, introdotta dall’art. 9 d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 (conv., con modificazioni, dalla l. 2 aprile 2007, n. 40) è lo strumento (*recte*: una pratica in-

zione dei tempi necessari e indubbia semplificazione amministrativa⁶⁶; si pensi, ancora, all'onere consistente nell'invio delle comunicazioni obbligatorie (CO) per notificare al Centro per l'impiego territoriale l'assunzione di dipendenti⁶⁷.

Per tentare di fornire una prima, ancorché parziale, risposta a questo secondo interrogativo, può forse essere utile uno sguardo al rapporto della Banca Mondiale *Doing Business in the European Union 2020*⁶⁸. Il rapporto attesta che avviare un'impresa nel Belpaese richiede tempi relativamente brevi, inferiori alla media dell'Unione europea (una settimana circa, con taluni casi particolarmente virtuosi come Milano ed Ancona dove la procedura si conclude in cinque giorni), a fronte però di costi elevati, pari al 13,8% del reddito pro capite: a quanto consta, i più alti di tutta la UE. Circa il 75% di questi costi, secondo il rapporto, deriva dagli oneri notarili per la redazione degli atti societari e l'assolvimento degli adempimenti richiesti per la costituzione di una società⁶⁹, che sono più elevati rispetto a quelli che mediamente si sostengono in altri Stati dove pure sono necessari il coinvolgimento e la presenza del no-

formatica) per la presentazione delle domande di avvio, modifica e cessazione di attività d'impresa, con effetto per il registro delle imprese, l'Agenzia delle entrate, l'INPS e l'INAIL e per l'eventuale SCIA (segnalazione certificata di inizio attività) per il SUAP (sportello unico delle attività produttive).

⁶⁶ È senz'altro utile, a questo proposito, la disposizione dell'art. 13-*octies*, par. 6, direttiva (UE) 2017/1132, per la quale gli Stati membri devono assicurare che, quando la procedura di costituzione di una società prevede il versamento del capitale sociale, il pagamento possa essere effettuato online su un conto bancario della banca che opera nell'Unione: la rapida apertura di un conto corrente in nome della costituenda società in un altro Stato membro, infatti, è ancora una questione di non poco momento e di sicuro rilievo pratico.

⁶⁷ V. anche S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, *Digitalization: how will it work in practice?*, in *ERA Forum*, 21(2), 2020, 223, il quale sottolinea che «the incorporation of a company is not all that a company needs to operate as there are many other actions that have to be carried out by companies before they can actually develop an economic activity: obtaining a tax identification number, authorisations to operate, social security, local permits, etc... These operations should be simple but in practice are frequently more cumbersome and take more time than the incorporation itself. With no harmonization in these fields it is very uncertain that companies will in fact benefit substantially from the implementation of this Directive».

⁶⁸ WORLD BANK, (nt. 64).

⁶⁹ Nel rapporto sopra citato (WORLD BANK, (nt. 64), par. 1 – *Starting a Business*) si legge che gli oneri notarili sono soggetti a negoziazione tra il professionista e i clienti e possono variare dallo 0,86% al 6,9% del capitale della costituenda società, mentre il resto dei costi deriva dal pagamento della tassa di concessione governativa (7,6%), dell'imposta di bollo (3,8%), dell'imposta di registro (4,9%), dei diritti di segreteria (2,2%), del diritto annuale (3,0%) e altro (3,3%). Nel caso di start-up innovative, le stesse sono esonerate dal pagamento dell'imposta di bollo, dei diritti di segreteria e del diritto annuale dovuto in favore delle Camere di Commercio (v. art. 26, ult. comma, d.l. n. 179/2012).

taio⁷⁰. Tanto che lo stesso rapporto individua un possibile intervento di riforma nel rendere facoltativo il coinvolgimento di professionisti, sulla falsariga di altre esperienze europee.

Il dato è di certo significativo, ma non va sopravvalutato nel contesto di un'analisi sugli ostacoli effettivi a dar vita a nuove imprese che – lo si sottolinea – siano in grado non solo di accedere, ma anche di rimanere nel mercato in condizioni di *viability*⁷¹, e sulle difficoltà ad attrarre nuovi investitori, soprattutto stranieri. Oltre al *caveat* suggerito dalla metodologia utilizzata nelle indagini *Doing Business*⁷², il legislatore, come è stato giustamente osservato⁷³, non dovrebbe occuparsi di influenzare le statistiche, ma di far funzionare il mercato. Si ritiene poi che il dato non vada sopravvalutato anche in considerazione dell'ampia forbice tra i compensi per prestazioni notarili negoziati tra le parti che l'indagine documenta. Ed allora, ciò che sarebbe più ragionevole auspicare e perseguire è una maggiore informazione e un'adeguata trasparenza dei costi dell'intera procedura (così come del resto previsto dal nuovo art. 13-*quinquies*, par. 1, direttiva (UE) 2017/1132 per le norme in materia di oneri applicabili alle procedure online), in modo da consentire ai cittadini interessati ad avviare un'impresa in forma societaria di scegliere la soluzione più adatta alle proprie esigenze e risorse (sulla base del *trade-off* tra costi e benefici).

7. Cenni sulla direttiva (UE) 2019/1151 e sull'art. 29 della legge di delegazione europea 2019-2020.

È necessario, a questo punto, qualche cenno sulla direttiva (UE) 2019/1151, anche per mettere in luce le differenze tra il quadro normativo che risulterà dal recepimento del nuovo regime giuridico e l'esperienza, oramai conclusasi,

⁷⁰ Gli oneri notarili ammontano al 5% del reddito pro capite in Germania e al 2% in Spagna: v. WORLD BANK, (nt. 64), par. 1.

⁷¹ Sul punto, peraltro, è interessante segnalare che, al 31 dicembre 2020, il 95,1% delle start-up innovative costituite online risultava ancora attivo, mentre solo il 3,2% non era più iscritto nella sezione speciale e aveva cessato l'attività d'impresa: v. i rapporti trimestrali del MiSE, (nt. 9).

⁷² Il questionario, elaborato dal team *Doing Business* e somministrato ad oltre 350 professionisti operanti in Italia, parte da un caso di studio standardizzato al fine di garantire la comparabilità tra i diversi paesi e nel tempo, definendo alcuni assunti fondamentali relativi alla forma legale dell'impresa da analizzare, alle sue dimensioni, alla sua ubicazione e alla natura delle sue attività: v. WORLD BANK, (nt. 64), 127 ss., in part. 138, dove si illustra l'ipotesi di avvio d'impresa presa in considerazione ai fini dell'indagine.

⁷³ M.S. SPOLIDORO, (nt. 8), 1102.

delle start-up innovative. Pur occupandosi la direttiva di altri profili significativi, quali la presentazione di documenti e informazioni societari online, la pubblicità nel registro centrale e la registrazione online delle succursali, l'attenzione è qui evidentemente rivolta alle disposizioni della stessa che disciplinano la nuova modalità di costituzione online.

Ai sensi dell'art. 13-*octies* direttiva (UE) 2017/1132, gli Stati membri devono provvedere affinché la costituzione⁷⁴ delle società possa essere completamente svolta online, senza che i richiedenti debbano comparire di persona dinanzi a un'autorità o a qualsiasi persona od organismo incaricato, a norma del diritto nazionale, di occuparsi di qualunque aspetto della costituzione online delle società, compresa la redazione dell'atto costitutivo. A tali fini, e per garantire un livello elevato di fiducia nelle operazioni transfrontaliere, i mezzi di identificazione elettronica riconosciuti – ossia i mezzi per identificare i richiedenti che sono cittadini dell'Unione – sono solo quelli conformi al regolamento (UE) n. 910/2014 (regolamento eIDAS) (v. art. 13-*ter*)⁷⁵: non basterebbe pertanto la sottoscrizione con firma digitale *ex art.* 24 c.a.d., sufficiente fino a qualche mese fa per la costituzione di start-up innovative⁷⁶.

L'obbligo di consentire la costituzione online riguarda soltanto certi "tipi" di società, nominalmente indicati nell'allegato II *bis*; allegato che per l'Italia menziona s.r.l. e s.r.l.s. Per quanto riguarda le altre società di capitali, agli Stati è concesso di esercitare l'*opt-out*.

⁷⁴ Per «costituzione» si intende l'intero processo di costituzione di una società conformemente al diritto nazionale, compresa la stesura dell'atto costitutivo e tutte le misure necessarie per l'iscrizione di una società nel registro: v. il nuovo art. 13-*bis*, n. 4, direttiva (UE) 2017/1132.

⁷⁵ Ossia: a) i mezzi di identificazione elettronica emessi nell'ambito di un regime di identificazione elettronica approvato dallo Stato membro del richiedente; b) i mezzi di identificazione elettronica emessi in un altro Stato membro e riconosciuti ai fini dell'autenticazione transfrontaliera a norma dell'art. 6 reg. (UE) n. 910/2014 (rubricato «Riconoscimento reciproco»). I livelli di garanzia dei regimi di identificazione elettronica sono, ai sensi dell'art. 8 del regolamento, tre (basso, significativo ed elevato) e alla definizione delle specifiche e procedure tecniche minime riguardanti detti livelli ha provveduto la Commissione con il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1502 dell'8 settembre 2015. Per un'analisi del panorama italiano e dei mezzi di identificazione utilizzabili, tra i quali va senz'altro annoverato il passaporto elettronico, si rimanda a G. ARCELLA, S. CHIBBARO, M. MANENTE, M. NASTRI, *S.r.l. online, atto telematico e atto a distanza*, in *Notariato*, 2021, 37 s.

Si segnala che, dall'entrata in vigore della parte del regolamento eIDAS relativa all'identificazione elettronica, soltanto quattordici Stati membri hanno notificato almeno un regime di identificazione elettronica (mentre quattro hanno notificato più di un regime): v. la relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 910/2014 per quanto riguarda l'istituzione di un quadro per un'identità digitale europea (COM(2021) 281 final), ivi par. 1.

⁷⁶ G. ARCELLA, S. CHIBBARO, M. MANENTE, M. NASTRI, (nt. 75), 33.

Ancora, l'art. 13-*octies* stabilisce che spetta agli Stati membri precisare le modalità per la costituzione online delle società, comprese le norme relative all'uso di modelli uniformi, e i documenti e le informazioni richiesti per la costituzione. Dette modalità, che sono precisate nel loro contenuto minimo dal par. 3 dell'art. 13-*octies*, possono (non debbono) includere le procedure per garantire la legittimità degli atti costitutivi, comprese quelle per verificare l'uso corretto dei modelli; nonché prevedere il ruolo di un notaio o di altre persone od organismi incaricati ai sensi del diritto nazionale di trattare qualsiasi aspetto della costituzione online di una società (v. art. 13-*octies*, par. 4, direttiva (UE) 2017/1132). Rientrano invece nel contenuto minimo di cui al par. 3 le procedure per verificare la legittimità, rispettivamente, dell'oggetto e della denominazione della società, nella misura in cui tali controlli siano previsti dal diritto nazionale.

Gli Stati membri sono tenuti a mettere a disposizione, su portali o siti web accessibili mediante lo sportello unico digitale, modelli di atti costitutivi utilizzabili nell'ambito della procedura di costituzione online («Modelli per la costituzione online di società»: v. art. 13-*nonies*). Qualora i richiedenti utilizzino detti modelli, l'obbligo di disporre che gli atti costitutivi della società siano redatti e certificati in forma di atti pubblici, qualora non sia previsto un controllo preventivo amministrativo o giudiziario, si considera soddisfatto. La previsione, che ci rimanda alle osservazioni svolte nel terzo paragrafo in merito ai controlli preventivi richiesti in presenza di modelli uniformi di atto costitutivo e statuto, solleva qualche perplessità, perché, come è stato giustamente osservato⁷⁷, i modelli standard lasciano di norma degli spazi di libertà ai soci, ad esempio in merito ad oggetto sociale e denominazione della società: detti elementi variabili sono quelli che, nella prassi notarile, richiedono più frequentemente un controllo di legalità. Inoltre, così statuendo, la norma equipara di fatto l'utilizzo di un modello uniforme, di cui si assume la conformità con la legge nazionale, all'atto pubblico o, comunque, considera equivalenti l'utilizzo di modelli di atti costitutivi e il controllo preventivo (amministrativo, giudiziario o notarile)⁷⁸.

⁷⁷ C. MALBERTI, (nt. 5), 13. V. altresì, quanto alla verifica dell'oggetto sociale e con riguardo alla proposta di direttiva sulla *Societas Unius Personae*, A. BARTOLACELLI, *La Societas Unius Personae (SUP): verso un nuovo modello societario unipersonale europeo?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 632. Interessante è poi il rilievo di G. FERRI jr, M. STELLA RICHTER jr, (nt. 22), 622, relativo alle start-up innovative, secondo cui il modello uniforme prevede una serie di opzioni, talune tra loro collegate, rispetto alle quali l'ufficio del registro non potrebbe verificare la reciproca coerenza, e quindi la complessiva tenuta dell'intero assetto normativo in concreto adottato.

⁷⁸ Così C. MALBERTI, (nt. 5), 10 e 13. Considerazioni simili si ritrovano in C. LICINI, *Un preoccupante disinteresse: lo statuto standard di start-up innovativa*, in *Notariato*, 2016, 105, il

Dal quadro appena tratteggiato, si ricava, in linea generale, un ridimensionamento del controllo preventivo di legalità sugli atti costitutivi di società di capitali.

È però utile evidenziare, anche alla luce di quanto sopra detto in merito alla illegittimità del d.m. 17 febbraio 2016, che la direttiva espressamente afferma di non pregiudicare il requisito, ai sensi del diritto nazionale, che gli atti costitutivi siano redatti in forma di atto pubblico, purché la costituzione online rimanga possibile; inoltre, nell'ambito delle disposizioni generali sulle procedure online stabilisce, *expressis verbis*, che restano impregiudicate le normative nazionali che designano le autorità, le persone o gli organismi incaricati a norma del diritto nazionale di trattare ogni aspetto concernente la costituzione online delle società, le procedure e i requisiti stabiliti dal diritto nazionale, i requisiti (sempre nazionali) concernenti l'autenticità, l'accuratezza, l'affidabilità, l'attendibilità e la forma giuridica appropriata dei documenti o delle informazioni presentati.

Passando ora all'ordinamento italiano, il punto di partenza è, ovviamente, quanto previsto dall'art. 29 della legge di delegazione europea 2019-2020, approvata, dopo un lungo *iter* parlamentare, lo scorso aprile.

L'art. 29 l. 22 aprile 2021, n. 53, dispone che il Governo, nel recepire la direttiva (UE) 2019/1151, osservi il seguente criterio direttivo: prevedere che la costituzione online sia relativa alla società a responsabilità limitata e alla società a responsabilità limitata semplificata, con sede in Italia e capitale versato mediante conferimenti in denaro, e che sia stipulata, anche in presenza di un modello standard di statuto, con atto pubblico formato mediante l'utilizzo di una piattaforma che consenta la videoconferenza e la sottoscrizione dell'atto con firma elettronica riconosciuta.

L'art. 29 rende quindi infettabile l'intervento del notaio anche nella procedura di costituzione semplificata svolta online; soluzione su cui si sono o si stanno orientando anche altri ordinamenti europei nei quali la costituzione di società di capitali richiede il coinvolgimento del notaio (in particolare Germania⁷⁹, Belgio⁸⁰ e Spagna⁸¹) e che, peraltro, si pone in continuità rispetto alla de-

quale, in relazione al modello uniforme di atto costitutivo predisposto per le start-up innovative, parla di «*placet* preventivo dato una volta per tutte a una formula», contrapposto al «puntuale controllo caso per caso “al momento della costituzione”»; e in G.P. MACAGNO, (nt. 34), 1076.

⁷⁹ *Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) vom 5. Juli 2021* (pubblicata il 13 agosto 2021); v. altresì *Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)* (9 giugno 2021). La

cisione del Consiglio di Stato dello scorso marzo. La disposizione, oltre a rendere obbligatorio lo strumento della videoconferenza, sembra prevedere un sistema integrato in cui si svolgono tutte le fasi di costituzione di una società⁸².

La scelta, sia per il ruolo dei notai e l'importanza del controllo di legalità ad essi deputato ai fini del mantenimento dell'affidabilità e della sicurezza dei pubblici registri e dei dati ivi contenuti, della certezza dei traffici giuridici e del contrasto a possibili frodi e abusi, sia per l'elevata informatizzazione degli studi notarili, è più che ragionevole⁸³. Si pensi, ad esempio, al ruolo (cruciale) dei notai ai fini degli adempimenti previsti dalla normativa antiriciclaggio⁸⁴: ruolo che

legge tedesca prevede un sistema di videocomunicazione, gestito dalla *Bundesnotarkammer* (Camera Federale del Notariato), che permette ai notai di svolgere attività di autenticazione e certificazione tramite *Videokommunikation*. L'uso di altri sistemi di videocomunicazione non è consentito: v. il memorandum esplicativo (*Begründung*) dell'*Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG)*, 110 s., che evidenzia come la *Bundesnotarkammer*, data la sua natura, sia particolarmente adatta a garantire la sicurezza, la resistenza alla manipolazione e l'affidabilità di tale sistema e appaia, quindi, appropriato affidare alla stessa la sua gestione e il suo funzionamento.

⁸⁰ *Loi du 12 juillet 2021 (loi modifiant le Code des sociétés et des associations et la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat et portant des dispositions diverses à la suite de la transposition de la directive (UE) 2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés*). Anche la legge belga (art. 26) prevede che «la plateforme électronique qui est mise à disposition à cette fin est gérée par la Fédération Royale du Notariat belge».

⁸¹ V. *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades*. Il progetto di legge, approvato dal *Consejo de Ministros* il 19 ottobre 2021, prevede l'introduzione, nella *Ley de Sociedades de Capital*, degli artt. 20-bis e 22-bis (quest'ultimo rubricato «Constitución de sociedades en línea») e del *Capítulo III bis*, intitolato «La constitución electrónica de la sociedad de responsabilidad limitada (constitución en línea)», nel *Título II* della predetta legge.

⁸² G. ARCELLA, S. CHIBBARO, M. MANENTE, M. NASTRI, (nt. 75), 33.

⁸³ Sembra del medesimo avviso anche R. VIGGIANI, *L'atto costitutivo*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. IBBA, G. MARASÀ, I, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 238 s.

⁸⁴ Tra i soggetti cui si applicano le disposizioni del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, rientrano nella categoria dei professionisti – nell'esercizio della professione in forma individuale, associata o societaria – i notai quando, in nome o per conto dei propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella predisposizione o nella realizzazione di operazioni riguardanti, *inter alia*, l'organizzazione degli apporti necessari alla costituzione, alla gestione o all'amministrazione di so-

può essere difficilmente svolto, con le stesse garanzie di veridicità e affidabilità delle informazioni relative alla titolarità effettiva delle società di capitali, da personale dell'ufficio del registro delle imprese⁸⁵, attualmente, peraltro, neppure contemplato dal d.lgs. n. 231/2007 tra i soggetti obbligati⁸⁶. Del resto, è la stessa direttiva a sottolineare, nei propri considerando, in linea con la crescente preoccupazione dell'Unione europea per il fenomeno, che le sue disposizioni non pregiudicano quelle della direttiva (UE) 2015/849 e che dovrebbero restare impregiudicati gli obblighi derivanti dall'antiriciclaggio, dal contrasto al finanziamento del terrorismo e dalle norme sulla titolarità effettiva⁸⁷.

Inoltre, il coinvolgimento della classe notarile consente, in primo luogo, di superare la giusta obiezione⁸⁸ circa il fatto che la verifica dell'identità nel quadro del regolamento eIDAS è cosa diversa dalla certificazione dell'identità da parte di un'autorità pubblica (v. art. 49 l. not.)⁸⁹; in secondo luogo, di veri-

cietà e la costituzione, la gestione o l'amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi. Dal documento sulle segnalazioni di operazioni sospette redatto dall'UIF della Banca d'Italia, aggiornato a marzo 2020, emerge che il notariato è la categoria professionale le cui segnalazioni per operazioni sospette mostrano il maggiore incremento (+6,6% rispetto al 2018): v. Rapporto Annuale 2019, Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, maggio 2020. Va detto peraltro che nel 2020 c'è stata una netta riduzione delle segnalazioni provenienti dai professionisti (-28,1%), da attribuirsi verosimilmente agli effetti della pandemia sull'attività economica (v. Rapporto Annuale 2020, Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, maggio 2021).

⁸⁵ Pone l'accento sulla qualifica di pubblico ufficiale del notaio, conferita dallo Stato in seguito ad un concorso pubblico, il CNN nell'audizione davanti alla 14ª Commissione permanente presso il Senato della Repubblica, svoltasi l'8 giugno 2020, nell'ambito dell'*iter* di approvazione della legge di delegazione europea 2019-2020 (reperibile nel sito del Senato).

⁸⁶ Sebbene nella circolare n. 3691/C si affermi che «ai fini di garantire la verifica antiriciclaggio, giusta quanto premesso, si ritiene di poter equiparare codesti uffici ai professionisti di cui all'articolo 12 del decreto legislativo» (ivi p. 5). In toni molto critici rispetto al sistema introdotto dall'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015 si esprime V. GUNNELLA, *Le start up innovative on line e la normativa antiriciclaggio*, in *Notariato*, 2021, 123 s.

⁸⁷ V., però, in sede di analisi della proposta di direttiva della Commissione europea, i giusti rilievi di C. MALBERTI, (nt. 5), 12.

⁸⁸ Ancora C. MALBERTI, (nt. 5), 12, il quale evidenzia che nel sistema fondato sul regolamento eIDAS non si richiede di verificare necessariamente la corrispondenza tra l'identità di chi sottoscrive digitalmente e la sottoscrizione apposta, con la conseguenza che chiunque, munito di un mezzo di identificazione elettronica altrui e dei relativi codici, potrebbe costituire una società senza altre modifiche; e ID., *The relationship between the Societas Unius Personae proposal and the acquis: Creeping Toward an Abrogation of EU Company Law?*, in *ECFR*, 2015, 266. Lo stesso problema è segnalato anche da G. ARCELLA, S. CHIBBARO, M. MANENTE, M. NASTRI, (nt. 75), 38, nt. 38.

⁸⁹ A norma dell'art. 49 l. not., il notaio deve essere certo dell'identità personale delle parti e

ficare la persistenza della capacità di agire al momento della costituzione della società (e non solo quando è stato rilasciato il dispositivo di firma elettronica qualificata); infine, è la soluzione che meglio consente di avvalersi della possibilità, prevista dall'art. 13-ter, par. 4, direttiva (UE) 2017/1132, di richiedere la presenza fisica ai fini della verifica dell'identità del soggetto richiedente, ove ciò sia giustificato da motivi di interesse pubblico per impedire l'usurpazione o l'alterazione di identità⁹⁰.

Non v'è dubbio, poi, che il principio stabilito dall'art. 29 sia in linea con l'art. 1, n. 4, della direttiva (UE) 2019/1151 lì dove, introducendo nella direttiva (UE) 2017/1132 l'art. 13-quater, riconosce ampia flessibilità agli Stati membri per quanto riguarda gli strumenti utilizzabili per garantire un sistema di costituzione delle società interamente online, ribadendo che non sono pregiudicate le procedure e i requisiti stabiliti dal diritto nazionale, compresi quelli relativi alle procedure giuridiche per la redazione degli atti costitutivi⁹¹. In particolare, per quanto qui rileva e come si è già osservato, spetta agli Stati membri precisare le modalità per la costituzione online delle società, tra cui «il ruolo di un notaio o di altre persone o organismi incaricati ai sensi del diritto nazionale di trattare per qualsiasi aspetto della costituzione online di una società», lasciando così agli Stati ampia libertà al riguardo. Inoltre, come ben chiarito dal considerando 22, «gli Stati membri dovrebbero [...] essere autorizzati a consentire alle rispettive autorità, persone od organismi competenti di verificare, mediante controlli elettronici complementari dell'identità, della capacità giuridica e della legittimità, se tutte le condizioni prescritte per la costituzione di società siano soddisfatte. Tali controlli possono includere, tra l'altro, *videoconferenze* o altri mezzi online che contemplano una connessione audiovisiva in tempo reale» (enfasi aggiunta).

Oltre a quanto appena detto in merito alla modalità operativa prescelta, il legislatore italiano ha deciso di avvalersi della possibilità di non prevedere procedure di costituzione online per i tipi di società diversi da quelli elencati nell'allegato II bis⁹²; nonché della possibilità di escluderle, a termini dell'art.

può raggiungere tale certezza, anche al momento dell'attestazione, valutando tutti gli elementi atti a formare il suo convincimento.

⁹⁰ In senso conforme N. DE LUCA, *Strumenti e processi*, (nt. 25), 277; ID., *La costituzione*, (nt. 25), 437.

⁹¹ Cfr., altresì, il considerando 19 della direttiva (UE) 2019/1151.

⁹² Si ricorda che, ai sensi del nuovo art. 13-octies, par. 1, secondo comma, direttiva (UE) 2017/1132, gli Stati membri possono decidere di non prevedere procedure di costituzione online per i tipi di società diversi da quelli di cui all'allegato II bis.

13-*octies*, par. 4, lett. *d*), quando il capitale sociale è versato mediante conferimenti in natura (*recte*: non in denaro).

8. *Ultimi sviluppi in materia di costituzione online: il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 183.*

Nelle more dell'*iter* di recepimento della direttiva, il CNN ha promosso un'iniziativa, presentata al Senato l'8 giugno 2020 nel corso dell'audizione sulla legge di delegazione europea 2019-2020⁹³, consistente nella creazione di una piattaforma unica di stipula da utilizzare ai fini della costituzione online. Detto sistema integrato, pensato per garantire, al massimo livello, la sicurezza giuridica (anche in forza di una migliore e più completa identificazione delle parti) ed informatica assicurando, altresì, un servizio uniforme su tutto il territorio nazionale, prevede che il notaio e i comparenti si colleghino alla piattaforma, in una sessione di videoconferenza in ambiente sicuro e con buona risoluzione, e che ivi si svolgano tutte le fasi della costituzione di una società⁹⁴.

La menzione, in questa sede, dell'iniziativa del notariato è particolarmente opportuna poiché all'uso di una piattaforma telematica predisposta e gestita dal Consiglio Nazionale del Notariato fa esplicito riferimento il recentissimo decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2019/1151, ossia il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 183. Il testo del decreto, quasi identico allo schema approvato in esame preliminare dal Consiglio dei Ministri il 5 agosto 2021, non ha tenuto conto delle osservazioni e condizioni – ad onor del vero assai poco condivisibili – formulate dalle Commissioni parlamentari nei propri pareri⁹⁵.

Il decreto, che si compone di poco più di una decina di articoli, dà attuazione agli artt. 13-*octies* e 13-*nonies* della direttiva (UE) 2017/1132 nell'art. 2.

La norma, al primo comma, prevede che l'atto costitutivo «può essere rice-

⁹³ V. *supra*, nt. 85.

⁹⁴ Cfr. G. ARCELLA, S. CHIBBARO, M. MANENTE, M. NASTRI, (nt. 75), 34 ss., i quali si soffermano altresì sulle modifiche che il legislatore, in sede di recepimento della direttiva, dovrebbe apportare all'ordinamento notarile, o modificando la l. n. 89/1913, o creando una disciplina "di settore" derogatoria delle prescrizioni della legge notarile.

⁹⁵ Le riserve sono state espresse soprattutto dalla 14^a Commissione permanente (Politiche dell'Unione europea) di entrambe le Camere e riguardano, in particolare ma non solo, la scelta di affidare in via esclusiva la predisposizione e la gestione della piattaforma telematica al Consiglio Nazionale del Notariato.

vuto dal notaio, per atto pubblico informatico⁹⁶, con la partecipazione in videoconferenza delle parti richiedenti o di alcune di esse». In questo caso, gli atti sono ricevuti mediante l'utilizzo di una piattaforma telematica predisposta e gestita dal Consiglio Nazionale del Notariato e si applicano gli articoli della legge notarile relativi, appunto, all'atto pubblico informatico (artt. 47-*bis*, 47-*ter* e 52-*bis*)⁹⁷. I conferimenti sono eseguiti mediante bonifico bancario da effettuarsi sul conto corrente dedicato di cui all'art. 1, comma 63, della legge di stabilità 2014.

La predetta piattaforma, alla luce della funzione pubblica di cui è investito il notaio, deve soddisfare i seguenti requisiti: consentire al medesimo l'accertamento dell'identità delle parti (v. art. 49 l. not.); la verifica dell'apposizione, da parte di chi ne è titolare, della firma digitale prevista dal c.a.d. o di altro tipo di firma elettronica qualificata ai sensi del regolamento (UE) n. 910/2014; la verifica e l'attestazione della validità dei certificati di firma utilizzati, nonché la percezione di ciò che accade alle parti collegate in videoconferenza nel momento in cui manifestano la loro volontà. A tali fini, è richiesto che la piattaforma utilizzi mezzi di identificazione elettronica aventi un livello di garanzia pari a quello previsto dall'art. 8, par. 2, lett. *b*) o *c*), reg. eIDAS – ossia un livello significativo o elevato (v. *supra*, nota 75) –⁹⁸ e assicuri il collegamento continuo con le parti in videoconferenza, la visualizzazione dell'atto da sottoscrivere, l'apposizione della sottoscrizione elettronica da parte dei firmatari; nonché la conservazione dell'atto mediante collegamento con la struttura centralizzata di cui all'art. 62-*bis* l. not. e il tracciamento di ogni attività.

Il legislatore si è così avvalso della facoltà, concessa dalla direttiva agli Stati membri, di consentire a proprie autorità, persone od organismi controlli elettronici complementari, che possono includere videoconferenze o altri mezzi online che contemplano una connessione audiovisiva in tempo reale. Come

⁹⁶ Definito, dall'art. 47-*bis* l. not., come l'atto pubblico di cui all'art. 2700 c.c., redatto con procedure informatiche.

⁹⁷ Tra le varie previsioni, tutte introdotte dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 110 (contenente disposizioni in materia di atto pubblico informatico redatto dal notaio), si richiama qui l'ultimo comma dell'art. 47-*ter* l. not., a termini del quale il notaio, nell'atto pubblico e nell'autenticazione delle firme, deve attestare anche la validità dei certificati di firma eventualmente utilizzati dalle parti.

⁹⁸ Sebbene nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo si legga che la piattaforma deve avere uno strumento di identificazione della parte collegata da remoto che risponda almeno ad un livello di garanzia elevato in conformità a quanto previsto dal regolamento di esecuzione (UE) 2015/1502, attuativo del regolamento eIDAS.

già osservato in dottrina, «questa possibilità, [...] se abbinata con mezzi di identificazione elettronica da cui risultino le sembianze del comparente, consent[irebb]e di replicare online quasi completamente i diversi controlli che oggi nel nostro paese sono effettuati dal notaio»⁹⁹.

Degna di nota è anche la previsione secondo cui la piattaforma consente, ai fini della sottoscrizione dell'atto, il contestuale rilascio alle parti di una firma elettronica riconosciuta; previsione il cui scopo, come si legge nella relazione illustrativa allo schema di decreto, è quello di soddisfare il generale interesse a che l'erogazione del servizio notarile avvenga in modo uniforme e capillare, garantendo a tutti i cittadini la possibilità di accedervi a parità di condizioni.

Per quanto concerne il recepimento dell'art. 13-*nonies* direttiva (UE) 2017/1132, la norma in commento stabilisce che gli atti costitutivi possono essere ricevuti dal notaio per atto pubblico informatico anche utilizzando modelli uniformi adottati con decreto del Ministro dello sviluppo economico. Sempre in conformità alla direttiva, i modelli devono essere redatti anche in lingua inglese e pubblicati nel sito istituzionale di ciascuna CCIAA. L'utilizzo di modelli uniformi comporta l'applicazione di un tetto per il compenso spettante al notaio per l'attività professionale prestata (stabilito richiamando, ancora una volta, il citato d.m. n. 140/2012). La norma primaria non chiarisce se detti modelli uniformi (*recte*: le loro clausole) siano inderogabili; sembra tuttavia più coerente ritenere che, ferma restando la possibilità per il notaio di redigere l'atto costitutivo per atto pubblico informatico senza utilizzare i modelli uniformi, ove si scelga di avvalersi degli stessi, le loro clausole non siano emendabili.

Infine, merita di essere segnalato che, in applicazione degli artt. 13-*ter*, par. 4, e 13-*octies*, par. 8, direttiva (UE) 2017/1132, il quinto comma dell'art. 2 legittima il notaio ad interrompere la stipula dell'atto in videoconferenza e a chiedere la presenza fisica delle parti, o di alcune di esse, se dubita dell'identità del richiedente o se rileva il mancato rispetto delle norme riguardanti la capacità di agire e la capacità dei richiedenti di rappresentare una società¹⁰⁰.

⁹⁹ C. MALBERTI, (nt. 5), 12.

¹⁰⁰ Lo stesso hanno fatto sia la legge tedesca (ad eccezione della parte relativa al potere di rappresentare una società) sia quella belga. Per l'applicabilità del § 16a Abs. 2 BeurkG-E anche a casi di grave malfunzionamento tecnico della piattaforma, v. P. STELMASZCZYK, P. KIENZLE, *Die Onlinegründung der GmbH nach dem DiRUG*, in *GmbHRR*, 2021, 854 s.; ma v. i rilievi di J. SCHMIDT, *DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht*, in *ZIP*, 2021, 114 s.

9. Prime conclusioni.

Alla luce delle precedenti considerazioni, che rappresentano una prima riflessione sulla nuova modalità di costituzione online per le società di capitali (*rectius*: s.r.l.), l'impressione è che la stessa possa essere realmente incentivante soltanto in caso di società *cross-border* o che coinvolgano uno o più cittadini residenti all'estero. In questi casi, in effetti, la possibilità di utilizzare modalità telematiche, anche ai fini dell'identificazione dei soci da parte del soggetto a ciò deputato nell'ordinamento nazionale (senza quindi necessità di ricorrere alla procura estera e alla procedura di *apostille*), in assenza di oneri e costi connessi ad uno spostamento fisico, è un evidente vantaggio¹⁰¹. Lo è meno, ad avviso di chi scrive e salvo ipotesi residuali, per la costituzione di s.r.l. da parte di soggetti residenti o con sede nel territorio nazionale, soprattutto in quei casi in cui la s.r.l.s., data la non complessità del business da intraprendere o le caratteristiche della compagine sociale, può continuare ad essere una valida alternativa a una s.r.l. ordinaria¹⁰².

Peraltro, anche con riguardo a operazioni di costituzione transfrontaliere, la rilevanza di strumenti digitali non va sopravvalutata, essendo altri, e ben noti, i motivi che dissuadono dall'avviare attività imprenditoriali in Italia. Inoltre, resta comunque il nodo, nel quadro del riconoscimento reciproco definito dal regolamento eIDAS e nonostante la previsione dell'art. 25, par. 3, del regolamento sulle firme elettroniche qualificate¹⁰³, della concreta interoperabilità dei regimi di identificazione e dei certificati di firma rilasciati nei diversi Stati

¹⁰¹ Si ricorda che, ai sensi dell'art. 13-*nonies*, par. 3, direttiva (UE) 2017/1132, gli Stati membri devono mettere a disposizione i *templates* in almeno una lingua ufficiale dell'Unione ampiamente compresa dal maggior numero possibile di utenti transfrontalieri (ossia, di fatto, in lingua inglese).

¹⁰² La fondatezza del dubbio appena manifestato sembra trovare una qualche conferma nella relazione AIR, dove, peraltro con sorpresa, si legge che uno spread di crescita delle s.r.l. e s.r.l.s. rispetto all'anno precedente nell'ordine del 7% e, soprattutto, un ricorso per il 10% alle modalità telematiche (almeno in fase di start-up) sarebbero già un risultato ottimale: v. relazione AIR sullo schema di decreto legislativo recante recepimento della direttiva (UE) 2019/1151, par. 2.2.

¹⁰³ Ai sensi del quale «una firma elettronica qualificata basata su un certificato qualificato rilasciato in uno Stato membro è riconosciuta quale firma elettronica qualificata in tutti gli altri Stati membri». A sua volta la decisione di esecuzione (UE) 2015/1506 della Commissione dell'8 settembre 2015 – che stabilisce le specifiche relative ai formati delle firme elettroniche avanzate e dei sigilli avanzati che gli organismi del settore pubblico devono riconoscere, di cui all'art. 27, par. 5, e all'art. 37, par. 5, del regolamento (UE) n. 910/2014 – definisce i formati di riferimento delle firme elettroniche avanzate (XML, CMS o PDF).

membri, in quanto le incertezze e il rischio di non interoperabilità transfrontaliera sono ben lungi dall'essere stati dissipati¹⁰⁴.

Ciò che preme aggiungere, per concludere, è che la combinazione di mezzi di identificazione elettronica e di una procedura di identificazione e certificazione audio-video con intervento del notaio – sull'esempio, tra gli altri, della Germania – sembra in grado di coniugare efficacemente semplificazione e adeguati standard di sicurezza, alla luce dei molteplici interessi coinvolti; e sembra altresì in grado di garantire maggiore uniformità e coordinamento, a livello paneuropeo, rispetto ad altre possibili soluzioni.

Si potrebbe replicare che il legislatore nazionale avrebbe potuto “osare” di più, sfruttando tutti i margini di manovra, in termini di semplificazione e riduzione di costi e oneri, concessi dal legislatore europeo nel contesto della concorrenza tra ordinamenti. È vero, ma le ragioni appena evidenziate e i rilievi svolti nei paragrafi precedenti inducono a condividere, quanto al necessario intervento notarile, la soluzione scelta dal Parlamento e dal Governo, senza timore che ciò possa realmente influenzare la scelta di avvalersi, nel prossimo futuro, dello strumento della costituzione interamente online.

¹⁰⁴ E v., al riguardo, la recente relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla valutazione del regolamento (UE) n. 910/2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno (COM(2021) 290 final), par. 2; nonché la relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento che modifica detto regolamento (di cui si è dato conto *supra*, nt. 75), ove si evidenzia che «poiché non tutti i nodi tecnici per assicurare il collegamento al quadro di interoperabilità eIDAS sono pienamente operativi, l'accesso transfrontaliero è limitato».

