

Verso la costituzione online di società di capitali: un passo indietro, un passo avanti

Towards the online constitution of companies: a step backward and a step forward

Pier Paolo Picarelli*

ABSTRACT:

L'articolo esamina la normativa italiana in materia di impresa innovativa, con particolare riguardo alla start-up innovativa e alla fase di costituzione con modalità informatica e alle differenze rispetto agli ordinari controlli di legalità svolti al momento della costituzione di una società di capitali nell'ordinamento italiano. Ci si sofferma, poi, sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 2643/2021, evidenziandone gli effetti sulla disciplina della start-up innovativa. L'esperienza della costituzione di società di capitali con modalità informatica è infine analizzata nella prospettiva del recepimento della direttiva UE 2019/1151.

Parole chiave: costituzione online di società; controlli di legalità; direttiva UE 2019/1151

The article examines the Italian legislation on innovative enterprise, namely the innovative start-up company and its peculiar discipline of constitution through electronic means, which presents several differences in terms of controls of legality compared to the ordinary constitution procedure provided for corporation in the Italian legal system. The judgement of Consiglio di Stato n. 2643/2021 is also analysed, pointing out its effects over the discipline of innovative start-up. The resulting Italian experience with online constitution of companies is examined considering the imminent adoption of Directive EU 2019/1151.

Keywords: online constitution of companies; control over the instrument of constitution; Directive EU 2019/1151

SOMMARIO:

1. L'impresa innovativa e la start-up nell'ordinamento italiano. – 1.1. La normativa primaria. – 1.2. La normativa secondaria attuativa delle norme sulla start-up innovativa. – 2. I controlli demandati al notaio e al registro delle imprese in via ordinaria. – 3. Le censure di illegittimità

* Dottorando di ricerca in “Innovazione e Gestione delle Risorse Pubbliche”, Università degli Studi del Molise; e-mail: p.picarelli@studenti.unimol.it.

mosse ai decreti attuativi, la sentenza del T.A.R. e quella del Consiglio di Stato. – 3.1. La decisione del Consiglio di Stato sul primo motivo di appello. – 3.2. La decisione del Consiglio di Stato sul secondo motivo di appello. – 4. Gli effetti della sentenza del Consiglio di Stato e l'esistenza di una alternativa che consenta la costituzione senza l'intervento notarile. – 5. Conclusioni: il recepimento della direttiva UE 2019/1151 e il ritorno all'intervento notarile.

1. *L'impresa innovativa e la start-up nell'ordinamento italiano.*

Il legislatore italiano ha avvertito la necessità di introdurre istituti giuridici che possano incentivare l'emersione di imprese nei settori più innovativi dell'economia¹, specie se nate dall'iniziativa di giovani. Il fenomeno che, almeno nelle intenzioni del legislatore, si intende in qualche modo replicare nel contesto italiano è quello del distretto della Silicon Valley, l'area geografica degli Stati Uniti che ospita numerosissime imprese caratterizzate da un'elevata propensione all'innovazione dei servizi e prodotti offerti².

Come si vedrà nel presente contributo, oltre a stimolare l'imprenditoria nei settori tecnologici il legislatore ha tentato di portare l'innovazione e la digitalizzazione anche sul piano delle modalità di costituzione, modificazione e gestione della società³.

¹ M. CIAN, *Società start-up innovative e PMI innovative*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 969. Per quanto riguarda nello specifico la *start-up innovativa* si vedano anche E. FREGONARA, *La start up innovativa. Uno sguardo all'evoluzione del sistema societario e delle forme di investimento*, Milano, Giuffrè, 2013; P. BENAZZO, *La s.r.l. start-up innovativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 101 ss.; P. SPADA, M. MALTONI, *L'impresa start-up innovativa costituita in società a responsabilità limitata*, in *Riv. not.*, 2013, 1117 ss.; M. CIAN, *Le società start-up innovative. Problemi definitivi e tipologici*, in *AIDA*, 2013, 418 ss.; M. COSSU, *Le start up innovative in forma di società a responsabilità limitata. Profili privatistici*, 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, 1705 ss.; L. SALVATORE, *Le start up innovative tra dato normativo e prassi contrattuale*, in *NDS*, 2014, n. 19, 27 ss.

² Le politiche in materia di innovazione del Governo italiano in carica nel 2012 sono condensate nel rapporto "Restart Italia", predisposto dalla Task Force sulle startup istituita dal MiSE, allora guidato da Corrado Passera. Il testo integrale del rapporto è reperibile in internet al seguente indirizzo: https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/startup_low_small.pdf.

³ Il fenomeno, peraltro, si inserisce in una tendenza europea comune ad altre esperienze nazionali, F. PERNAZZA, *Informatisation des entreprises et droit européen des sociétés*, in *Dir. comm. scambi int.*, 2020, 183-215.

1.1. La normativa primaria.

Un punto di partenza può essere individuato nel d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 poi convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27. Il d.l. ha dato i natali alla cosiddetta società a responsabilità limitata semplificata (s.r.l.s.), la cui disciplina è stata inserita all'art. 2463-*bis* c.c.⁴.

La s.r.l.s. si pone come s.r.l. con capitale inferiore ai 10.000 euro⁵. I profili di differenziazione riguardano prevalentemente le modalità di costituzione, per la quale è prescritto l'utilizzo di un modello standard di atto costitutivo adottato con decreto del Ministro della giustizia, come stabilisce in modo inequivocabile l'art. 2463-*bis*, terzo comma, c.c. Il capitale deve essere integralmente sottoscritto e versato al momento della costituzione della società⁶. Per

⁴ M. CIAN, *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in *Riv. soc.*, 2012, 1101-1123; G. MARASÀ, *Considerazioni sulle nuove s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013*, in *Società*, 2013, 1086 ss.; A. MALTONI, *La società a responsabilità limitata semplificata e la società a responsabilità limitata a capitale ridotto: sintesi delle questioni applicative*, in V. VINCENZO, V. BRUNO, *L'immobile e l'impresa*, Milano, Ipsoa, 2013, 99 ss.; A. BUSANI, *La nuova società a responsabilità semplificata e la nuova s.r.l. con capitale inferiore a 10mila euro*, in *Società*, 2013, 1069; A. BARTOLACELLI, *"Novissime" modifiche alla disciplina della s.r.l.s.: saggio minimo di diritto transitorio*, in *NDS*, 2013, n. 16, 7 ss.; M. RESCIGNO, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 65 ss.

⁵ In origine la norma istitutiva della s.r.l.s. stabiliva che i soci dovessero avere un'età inferiore ai trentacinque anni al momento della costituzione, spingendosi fino a prevedere, all'art. 2643-*bis*, quinto comma, c.c. nel testo precedentemente in vigore, la nullità del contratto di cessione delle quote a soggetti ultratrentacinquenni. Il limite di età, che il legislatore aveva inserito per esplicitare l'obiettivo di stimolo all'imprenditoria giovanile è stato poi abrogato dal d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 99. Al momento la s.r.l.s. è a tutti gli effetti un modello di società alternativo alla s.r.l. tradizionale, idoneo a soddisfare le esigenze di soggetti che intendono avviare un'attività d'impresa sottoforma di società di capitali senza particolari oneri e spese iniziali.

⁶ Proprio in materia di capitale sociale, si evidenzia come la possibilità che questo sia pari a 1 euro, e dunque praticamente inesistente, assimila la s.r.l.s. ad altri modelli societari apparsi in quegli ordinamenti europei che muovono verso il progressivo abbassamento del capitale minimo e financo la sua eliminazione. In Belgio il nuovo codice delle società e delle associazioni in vigore dal 1° maggio 2019 non prevede un vero e proprio capitale minimo per il modello di società di capitali BV (assimilabile alla s.r.l. italiana), ma l'idea di capitale minimo è stata sostituita con quella di capitale iniziale adeguato all'attività economica da svolgere, così come illustrata in un piano economico e finanziario predisposto dai soci fondatori, C. VAN DER ELST, *21st Century Company Law*, in *ECL*, 2020, 25-36.

ogni altro aspetto la s.r.l.s. è disciplinata dalle norme in materia di s.r.l., salvo deroghe esplicitate⁷.

Il predetto modello standard di atto costitutivo e di statuto della s.r.l.s. è contenuto in allegato al decreto del 23 giugno 2012, n. 138 del Ministro della giustizia, adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico⁸. In ogni caso, come stabilito all'art. 2463-*bis*, secondo comma, c.c., il documento deve essere redatto in forma di atto pubblico ed è pertanto necessario l'intervento del notaio. Così, a completare il quadro delle semplificazioni e agevolazioni, l'art. 3, terzo comma, d.l. n. 1/2012 nell'introdurre la s.r.l.s. ha previsto che, per la redazione e iscrizione presso il registro delle imprese dell'atto costitutivo, non siano dovuti oneri notarili e neanche diritti di bollo. Nella fattispecie, del resto, il ruolo del notaio è limitato alla corrispondenza dell'atto costitutivo a lui sottoposto con quello di cui al decreto ministeriale e all'accertamento dell'autenticità della trascrizione⁹.

A pochi mesi dall'introduzione della s.r.l.s., è stato emanato il d.l. del 18 ottobre 2012, n. 179, poi convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221. Il d.l. n. 179/2012 agli articoli dal 25 al 32 ha creato l'ulteriore istituto della start-up innovativa quale società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, con talune caratteristiche tipiche stabilite dal testo della norma, tra le quali un oggetto sociale che preveda in via esclusiva o comunque prevalente¹⁰ «lo sviluppo la produzione, la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico»¹¹. In aggiunta, la società deve dimostrare la propria natura innovativa¹² attraverso il possesso di almeno uno dei requisiti di cui all'art. 25, secondo comma, lett. h), d.l. n. 179/2012, relativi agli investimenti in ricerca e sviluppo, all'impiego di dipendenti e collaboratori con elevate qualifiche accademiche e alla titolarità di diritti di privativa industriale.

⁷ E. BRODI, *Svolgere attività d'impresa senza capitale di rischio: brevi note sulla nuova fisionomia della società a responsabilità limitata*, in *AGE*, 2014, 205-220.

⁸ Pubblicato in G.U. Serie Generale n. 189 del 14 agosto 2012.

⁹ G. LAURINI, *S.r.l. semplificata: storia di una prestazione gratuita*, in *Notariato*, 2013, 485.

¹⁰ Inizialmente il d.l. prevedeva che l'oggetto sociale dovesse prevedere in via esclusiva l'attività ad alto valore tecnologico, ma la legge di conversione ha temperato l'iniziale rigidità, ritenendo sufficiente il criterio della prevalenza.

¹¹ Non saranno oggetto di questo contributo né la figura della start-up innovative a vocazione sociale (SIAVS) di cui all'art. 25, quarto comma, d.l. n. 179/2012, né gli incubatori certificati di cui all'art. 25, quinto comma, d.l. n. 179/2012.

¹² A. CAPRARA, *Innovazione e impresa innovativa*, in *Contr. impr.*, 2015, 1154.

In ossequio al significato letterale del nome e alla fase economica della vita d'impresa che descrive, la start-up innovativa ha una durata limitata¹³, rappresentando così il passaggio iniziale di una nascente impresa. La temporaneità dello *status* di start-up innovativa giustifica le deroghe al diritto societario approntate dall'art. 26 d.l. n. 179/2012, specialmente quelle relative alle perdite, all'offerta al pubblico di strumenti finanziari, e alle operazioni sulle proprie partecipazioni (queste ultime due fattispecie, nel caso di costituzione di una start-up innovativa con l'utilizzo del modello s.r.l.)¹⁴. Vi sono poi norme speciali riservate alla start-up innovativa anche in materia di crisi d'impresa, contenute all'art. 31 d.l. n. 179/2012¹⁵. A rimarcare la peculiarità delle start-up innovative è stata istituita una speciale sezione del registro delle imprese per la loro iscrizione, come disposto dall'art. 25, ottavo comma, d.l. n. 179/2012. Al fine di ottenere l'iscrizione, il legale rappresentante della società deve autocertificare al registro delle imprese la sussistenza dei requisiti richiesti dalla normativa sin qui riferita.

L'istituto della start-up innovativa ha posto la questione della sua definizione e collocazione nel diritto societario, presentandosi non tanto come modello di società, ma come istituto volto a denotare un carattere di specialità temporanea di una società¹⁶. Infatti la start-up innovativa può essere costituita utilizzando uno dei modelli di società di capitali previsti dall'ordinamento e seguendo il relativo procedimento costitutivo, con il vantaggio di alcuni benefici tributari. A seguito di alcuni interventi normativi intervenuti nel 2015 e sui quali ci si soffermerà nel prosieguo, in caso di scelta del modello della s.r.l. potranno essere utilizzate alcune peculiari modalità di costituzione¹⁷.

Dopo alcuni anni dalla genesi della start-up innovativa, con l'art. 4 del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2015, n. 33 è stato introdotto l'istituto della piccola e media impresa innovativa (PMI innovativa). A primo impatto la definizione di PMI innovativa ricalca quella

¹³ La durata varia a seconda che si tratti di una società appena costituita o di una già esistente, ma non può comunque eccedere i 60 mesi (5 anni).

¹⁴ Proprio queste previsioni nel 2017 sono state estese a tutte le PMI, non solo innovative, P.P. PIRANI, *Un'analisi empirica delle PMI innovative: much ado about nothing*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 1032.

¹⁵ A. PICCHIONE, *Start-up innovative e procedure di sovraindebitamento*, in *Riv. not.*, 2017, 975.

¹⁶ M. CIAN, (nt. 1), 981.

¹⁷ M. NOTARI, *Analisi de iure condendo delle varianti organizzative delle s.r.l. (start up innovative, PMI innovative e PMI): problemi aperti e prospettive evolutive*, in *ODCC*, 2019, 241.

di start-up innovativa e del resto la nuova figura di società si pone come evoluzione della start-up. La PMI innovativa intende rappresentare l'approdo della fase di start-up, tanto in senso economico quanto giuridico, offrendo uno strumento normativo da utilizzare una volta spirato il limite temporale massimo imposto alle start-up innovative (60 mesi). Del resto il carattere di PMI innovativa non sconta alcun limite di durata, potendo permanere come condizione perpetua della società. Per aversi una PMI innovativa è stato prescritto il possesso di requisiti indicativi di particolare innovatività del tutto analoghi a quelli stabiliti per la start-up, con il più stringente obbligo di soddisfarne due su tre¹⁸. Anche per la PMI innovativa è stata prevista una sezione speciale del registro delle imprese.

In sede di conversione del d.l. n. 3/2015 è stato introdotto all'art. 4 il comma 10bis, che recita testualmente «Al solo fine di favorire l'avvio di attività imprenditoriale e con l'obiettivo di garantire una più uniforme applicazione delle disposizioni in materia di start-up innovative e di incubatori certificati, l'atto costitutivo e le successive modificazioni di start-up innovative sono redatti per atto pubblico ovvero per atto sottoscritto con le modalità previste dall'articolo 24 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. L'atto costitutivo e le successive modificazioni sono redatti secondo un modello uniforme adottato con decreto del Ministro dello sviluppo economico e sono trasmessi al competente ufficio del registro delle imprese di cui all'articolo 8 della l. 29 dicembre 1993, n. 580, e successive modificazioni»¹⁹. A seguito di un emendamento inserito con la l. 11 dicembre 2016, n. 232, è stata aggiunta al comma in esame, accanto al riferimento all'art. 24 d.lgs. n. 82/2005 (codice dell'amministrazione digitale, c.a.d.), anche quello alla firma autenticata di cui all'art. 25 c.a.d.

Sotto il profilo della tecnica legislativa deve constatarsi come, secondo un discutibile criterio di ordine sistematico, nella norma che istituisce e regola le PMI innovative è stata inserita una previsione che, invece, riguarda esclusivamente le start-up innovative di cui al d.l. n. 179/2012, senza tuttavia prevedere alcuna modifica a quest'ultima norma. A prescindere dalla dubbia coerenza della collocazione, la disposizione prevede che una società di capitali

¹⁸ I requisiti sulla start-up innovativa di cui all'art. 25, secondo comma, lett. h), d.l. n. 179/2012 ricalcano quelli della PMI innovativa di cui all'art. 4, primo comma, lett. e), d.l. n. 3/2015.

¹⁹ Questo il testo originale, al momento della sua introduzione con la legge di conversione n. 33/2015. La norma ha subito una modificazione, a seguito della quale recita: «ovvero per atto sottoscritto con le modalità previste dagli articoli 24 e 25 del codice dell'amministrazione digitale».

quale è la start-up innovativa possa essere costituita con un atto avente forma alternativa a quella dell'atto pubblico, ossia attraverso un atto sottoscritto con la firma digitale di cui all'art. 24 c.a.d., cui poi è stata aggiunta anche la firma autenticata ex art. 25 c.a.d. In aggiunta, secondo quanto già previsto per la s.r.l.s. l'atto costitutivo e le sue successive modificazioni possono essere redatti seguendo un modello uniforme di successiva emanazione ministeriale. Il complessivo procedimento, così come descritto dalla norma, apre alla possibilità che non vi sia un intervento notarile nella fase costitutiva di una start-up innovativa qualora si intenda ricorrere all'utilizzo del modello uniforme di atto costitutivo, anziché optare per la tradizionale forma dell'atto pubblico.

1.2. La normativa secondaria attuativa delle norme sulla start-up innovativa.

Come visto in precedenza sia per la s.r.l.s sia per la PMI innovativa, l'integrazione di taluni aspetti inerenti alla fase di costituzione e in particolare di redazione e registrazione dell'atto costitutivo è stata demandata a successivi interventi regolamentari.

Si è già detto della s.r.l.s., per la quale il Ministro della giustizia ha provveduto all'adozione ed emanazione di un modello standard di atto costitutivo.

Vi è poi il caso della start-up innovativa, rilevante nel prosieguo di questo contributo, per la quale il legislatore ha demandato l'iniziativa regolamentare al Ministero dello sviluppo economico (MiSE), onerato della predisposizione di un modello uniforme di atto costitutivo²⁰. Il MiSE ha provveduto con decreto ministeriale del 17 febbraio 2016, che reca in allegato il modello uniforme di atto costitutivo e statuto per le start-up innovative in forma di s.r.l.²¹.

Sebbene il legislatore non avesse posto limiti al MiSE, quest'ultimo ha circoscritto il modello uniforme al solo caso di start-up innovativa costituita in forma di s.r.l.²². Sin dall'apertura, all'art. 1, il decreto esplicita l'intenzione di

²⁰ Sebbene la funzione della start-up innovativa all'interno dell'economia sia certamente volta a favorire lo "sviluppo economico", ammesso che vi siano società di capitali che perseguono scopi involutivi dell'economia, non si comprende quale sia il presupposto alla base della scelta del MiSE come organo preposto all'adozione del modello di atto costitutivo per le start-up innovative, data la natura prettamente tecnico-giuridica dell'atto.

²¹ Pubblicato sulla G.U. Serie Generale n. 56 del 18 marzo 2016.

²² L'art. 4, comma 10-bis, non specifica alcunché, pertanto la delega al MiSE per l'adozione di un modello uniforme deve essere interpretata come astrattamente estesa a tutte le

derogare all'art. 2643 c.c., nella parte in cui prescrive la forma di atto pubblico per l'atto costitutivo di s.r.l. Infatti il d.m. stabilisce che per le start-up innovative tale forma è derogata in favore di una "modalità informatica" che prevede ai sensi dell'art. 24 c.a.d. una firma digitale apposta da ciascuno dei soci fondatori²³. L'art. 1, secondo comma, del d.m. dispone che l'atto costitutivo e lo statuto redatti in modalità esclusivamente informatica devono recare altresì l'impronta digitale di ciascuno dei sottoscrittori²⁴, facendo richiamo al disposto dell'art. 24 c.a.d. La modalità di sottoscrizione appena descritta è individuata come l'unica possibile dal successivo terzo comma dell'art. 1 del d.m., tanto da sanzionare qualsiasi pratica difforme con l'impossibilità di iscrizione nel registro delle imprese. Infine il quinto comma dell'art. 1 d.m. chiude le disposizioni sugli oneri formali precisando che non è richiesta alcuna autentica delle sottoscrizioni degli atti costitutivi della società.

Volendo compiere un'analisi per blocchi logici del d.m., occorre anticipare il contenuto dell'art. 5 che chiude il decreto. L'art. 5, primo comma, del d.m. prevede, evidentemente in alternativa con quanto disposto negli articoli precedenti, che le firme apposte agli atti possano essere autenticate da un notaio ai sensi dell'art. 25 c.a.d.²⁵. Ai sensi del successivo secondo comma dell'art. 5 d.m., la possibilità di autenticare le firme apposte ex art. 25 c.a.d. è attribuita anche al Conservatore del registro delle imprese o a un suo delegato.

possibili forme di società compatibili con la start-up innovativa, e dunque, oltre che s.r.l., anche s.p.a., s.a.p.a., società cooperativa e s.r.l.s.

²³ In fase applicative talune Camere di commercio richiedevano ai soci sottoscrittori, in aggiunta alla firma digitale, anche l'apposizione di una marca temporale, ciò al fine di dimostrare l'adempimento al dettato dell'art. 1, quarto comma, d.m. del 17 febbraio 2016 che nel caso di pluralità di sottoscrizioni prescrive che l'ultima debba essere apposta entro dieci giorni dalla prima. Tale pretesa è stata da alcuni ritenuta indebita in quanto non coperta da alcuna previsione normativa. Con parere n. 178553 del 15 maggio 2017 il MiSE ha preso posizione, ritenendo necessaria la marcatura temporale nell'ipotesi di più sottoscrizioni digitali apposte ai sensi dell'art. 24 c.a.d. Secondo il ministero, sebbene la procedura non sia espressamente prevista dalla normativa di settore, la sua necessità sarebbe deducibile dal complessivo quadro normativo e dalla circostanza che la sola firma digitale non è di per sé idonea a garantire in modo assoluto l'individuazione del momento in cui è stata apposta, poiché come noto il *datatime* è acquisito dal sistema dell'utente firmatario e non garantito da un soggetto terzo certificatore.

²⁴ La sottoscrizione a mezzo dell'apposizione dell'impronta digitale rappresenta una novità introdotta dal d.m. senza alcuno specifico riferimento a tale modalità nelle norme primarie. La circostanza ha sollevato non poche perplessità, sopite solo dalla mancata attuazione della previsione, G. FERRI, M. STELLA RICHTER, *Decreto del Ministro dello sviluppo economico del 17 febbraio 2016, start-up innovative e diritto delle società: un parere*, in *Riv. not.*, 2016, 609.

²⁵ Come riferito tale modalità era stata inserita come alternativa subito dopo, in sede di conversione del d.l. n. 3/2015.

Il successivo art. 2 del d.m. è dedicato ai controlli demandati al registro delle imprese in fase di iscrizione della start-up innovativa. In questo frangente è stato congegnato un sistema di iscrizione provvisoria della start-up innovativa nella sezione ordinaria, a cui segue il passaggio alla sezione speciale.

I controlli demandati al registro delle imprese e propedeutici all'iscrizione provvisoria nella sezione ordinaria riguardano: la conformità dell'atto al modello standard (lett. *a*); la sua riferibilità alla figura della start-up innovativa (lett. *d*); la correttezza della sottoscrizione, la sua apposizione da tutti i soci nel termine stabilito (lett. *b*, *c*); l'autenticità della sottoscrizione secondo quanto già ordinariamente imposto al registro delle imprese (lett. *e*); la competenza territoriale del registro delle imprese (lett. *f*); l'indicazione di un indirizzo di posta elettronica certificata riferibile alla società (lett. *g*); la liceità, possibilità e determinabilità dell'oggetto sociale (lett. *h*); la sussistenza del carattere di innovatività nell'oggetto sociale (lett. *i*); la contestuale presenza della domanda di iscrizione alla sezione speciale e l'adempimento degli obblighi antiriciclaggio (lett. *j*, *k*).

Il registro delle imprese è, invece, sollevato dall'onere di svolgere i controlli nel caso in cui le firme dei soci fondatori siano autenticate dal notaio ai sensi dell'art. 25 c.a.d., in tale evenienza è il notaio a dover compiere le verifiche di legittimità degli atti di cui all'art. 2 del d.m.²⁶.

In seguito il MiSE ha emanato il decreto direttoriale del 1° luglio 2016²⁷, con la quale è stata messa a disposizione del pubblico la piattaforma startup.registroimprese.it attraverso la quale è possibile costituire una start-up innovativa seguendo una procedura informatizzata²⁸. L'art. 2 del decreto direttoriale, nell'istituire la piattaforma, assicura che mediante la stessa i soci fondatori possano redigere l'atto costitutivo e lo statuto della società attraverso un procedimento che permetta loro di scegliere le clausole da inserire attraverso la selezione di opzioni predeterminate. La piattaforma è dotata altresì di funzioni in grado di permettere la sottoscrizione con firma digitale e il successivo invio dell'atto al registro delle imprese per la sua iscrizione, nonché una procedura per l'assolvimento degli oneri tributari.

²⁶ Così prevede l'art. 5, primo comma, secondo periodo, del d.m. del 17 febbraio 2016.

²⁷ Pubblicato sul sito del MiSE: <https://www.mise.gov.it/index.php/it/normativa/decreti-di-rettoriali/2034857-decreto-direttoriale-1-luglio-2016-approvazione-delle-specifiche-tecniche-per-la-struttura-di-modello-informatico-e-di-statuto-delle-societa-a-responsabilita-limitata-startup-inno>.

²⁸ Al momento, proprio a seguito della sentenza del Cons. St., 29 marzo 2021, n. 2643 di cui si darà conto nel prosieguo la procedura di costituzione di start-up innovativa messa a disposizione sulla piattaforma è stata sospesa.

In questa fase, nel caso in cui siano rilevate irregolarità formali, l'art. 4, terzo comma, del decreto direttoriale dispone la sospensione della procedura e la concessione di un termine ai soci sottoscrittori per la regolarizzazione della pratica, in mancanza della quale il conservatore può rifiutare l'iscrizione con propria determinazione motivata.

Il decreto direttoriale si occupa anche della fase di iscrizione della start-up innovativa nella sezione speciale del registro delle imprese subito dopo la costituzione, disponendo che in caso di mancato perfezionamento di tale iscrizione non sia possibile permanere nella sezione ordinaria. Al contrario, è possibile il passaggio nella sezione ordinaria di una start-up innovativa inizialmente iscritta nella sezione speciale, ma poi cancellata per motivi sopraggiunti. Così una start-up invalidamente costituita non potrà neanche essere iscritta nella sezione ordinaria del registro delle imprese, mentre una start-up validamente costituita, ma che abbia in seguito perso i requisiti per l'iscrizione nella sezione speciale, transiterà nella sezione ordinaria²⁹.

Infine il decreto direttoriale istituisce presso le Camere di commercio un ufficio di assistenza qualificata alle imprese (AQI) per facilitare la stipula dell'atto costitutivo, ovvero modificativo, fornendo assistenza anche per l'autenticazione della sottoscrizione quando apposta ai sensi dell'art. 25 c.a.d., in persona del conservatore o di un suo delegato.

Contestualmente al decreto direttoriale, il MiSE ha anche emanato la circolare n. 3691/C sempre del 1° luglio 2016³⁰. La circolare è particolarmente rilevante per far luce su alcuni aspetti della normativa secondaria emanata dal MiSE e la sua interpretazione all'interno del sistema ordinario di controlli nella fase costitutiva della società, almeno secondo le intenzioni del ministero.

La circolare apre fugando i dubbi circa l'esclusività del procedimento di costituzione di start-up innovativa mediante la modalità informatica appronta-

²⁹ Come si vedrà, sul punto è poi intervenuto il T.A.R. con la sentenza n. 10004/2017, confermata dal Cons. St. nell'arresto n. 2643/2021, stabilendo che le start-up che perdano i requisiti per mantenere l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese transitano nella sezione ordinaria a patto che il loro atto costitutivo sia stato redatto nella forma di atto pubblico. Altrimenti, in caso di utilizzo del modello uniforme e della modalità informatica la società deve essere posta in liquidazione e definitivamente cancellata dal registro, a meno che non sani il difetto di forma del proprio atto costitutivo. Per un breve commento, cfr. F. SIGNORELLI, *Semaforo verde del T.A.R. alla costituzione digitale delle start-up innovative*, in *IlSocietario.it*, 2018, reperibile in internet al seguente indirizzo: <https://ilsocietario.it/articoli/giurisprudenza-commentata/semaphore-verde-del-tar-alla-costituzione-digitale-delle-start>.

³⁰ Pubblicata sul sito del MiSE e reperibile in internet al seguente indirizzo: <https://www.mise.gov.it/index.php/it/normativa/circolari-note-direttive-e-atti-di-indirizzo/2034858-circolare-3691-c-del-1-luglio-2016>.

ta dal MiSE e prevista all'art. 10-*bis* d.l. n. 3/2015. Il MiSE precisa come la costituzione di start-up innovativa con modalità informatica rappresenti solo un'alternativa, che non si sostituisce alle ordinarie modalità di cui al codice civile laddove è richiesta la forma dell'atto pubblico. In quest'ottica deve essere letto il d.m. 17 febbraio 2016, con il quale è stato regolato solo il procedimento alternativo di costituzione, non essendoci bisogno di alcuna norma secondaria per rendere possibile la costituzione di start-up innovativa tramite atto pubblico. Allo stesso modo, la circolare si preoccupa, opportunamente, di spiegare come il d.m. 17 febbraio 2016 sia dedicato esclusivamente alla costituzione di start-up innovativa secondo il modello delle s.r.l., tralasciando tutte le altre società di capitali, nonché le cooperative, che potrebbero essere pure utilizzate ai sensi del d.l. n. 179/2012. Il MiSE ne fa una questione di prevalenza numerica nella scelta del modello della s.r.l. nella costituzione di start-up innovative, nonché di opportunità, viste le numerose deroghe al diritto societario che il d.l. n. 179/2012 riserva alla start-up innovativa costituita sotto forma di s.r.l.³¹.

Facendo riferimento alla modalità informatica di costituzione, la circolare sancisce la necessità di redigere e sottoscrivere atto costitutivo e statuto nella forma di documento informatico, non potendo ammettersi un documento cartaceo con sottoscrizione autografa, poi scansionato.

Venendo ai controlli, vero punto nevralgico della disciplina, la circolare si sofferma sulla portata dell'art. 2 d.m. del 17 febbraio 2016 rispetto alle attività demandate al registro delle imprese. L'iscrizione della costituenda start-up innovativa nella sezione ordinaria, ricorda la circolare, ha efficacia costitutiva ed è dunque rilevante l'attività di controllo esercitata in tale fase. Peraltro l'autore della circolare è ben consapevole della necessità di tali controlli, stabilita dall'art. 11 della direttiva 101/2009/CE³², opportunamente richiamata nel preambolo del d.m. 17 febbraio 2016 e menzionata nella circolare, il cui disposto è

³¹ G.P. LA SALA, *Start-up innovative: fattispecie e costituzione in forma di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2017, 1118; S. GUZZARDI, *L'impresa startup innovativa costituita in forma di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 549, per quanto riguarda, poi, il diritto della crisi d'impresa, cfr. A. PICCHIONE, (nt. 15), oltre a O. CAGNASSO, *Note in tema di start up innovative, riduzione del capitale e stato di crisi (Dalla "nuova" alla "nuovissima" s.r.l.)*, in *NDS*, 2019, 1267. Il contributo è stato presentato come relazione al V convegno annuale dell'associazione Orizzonti del diritto commerciale, dal titolo *L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore della crisi*, Roma, 21-22 febbraio 2014.

³² Il testo della norma prevede 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».

oggi stato trasfuso all'art. 10 della direttiva UE 2017/1132 che codifica il diritto societario europeo³³.

Consapevole dell'avvenuta istituzione di una modalità di costituzione di società che non fa ricorso alla forma dell'atto pubblico, il MiSE attraverso la circolare indica quei processi di controllo amministrativo preventivi richiesti dalle fonti europee, onerando il registro delle imprese del loro compimento. In particolare la circolare individua quattro tipi di controlli, corrispondenti a quelli riferiti nell'elenco di cui all'art. 2, secondo comma, d.m. 17 febbraio 2016: mera legalità formale [lett. a), b), c), e), f), g), j)]; legalità formale allargata nel rispetto dell'articolo 11 della direttiva [lett. h)]; legalità formale dedicata [lett. d) e i)]; verifica antiriciclaggio [lett. k)].

Con riferimento ai controlli di legalità formale dedicata, ossia quelli relativi all'accertamento della natura di start-up innovativa, si tratta di un'anticipazione della futura verifica che sarà più compiutamente eseguita al momento del passaggio dalla sezione ordinaria a quella speciale. Diversamente è più pregnante il controllo sull'oggetto sociale, poiché è attribuito al registro delle imprese il controllo sulla liceità, possibilità, determinatezza ovvero determinabilità dello stesso [cfr. lett. h)].

Anche le previsioni in merito alla sottoscrizione degli atti pongono in capo al registro delle imprese la necessità di effettuare alcuni controlli. Infatti, oltre al rispetto dei parametri tecnici e di verifica della validità della firma ai sensi dell'art. 24 c.a.d., dovrà altresì essere accertata la capacità giuridica del firmatario. Nella circolare in esame, il MiSE risolve la questione evidenziando come il certificato rilasciato al soggetto cui è riferibile la firma digitale presupponga che la sua identità e capacità giuridica siano state già accertate, anche se in un momento diverso rispetto a quello della sottoscrizione dell'atto costitutivo. Ciò distingue questa modalità da quella che prevede la sottoscrizione di fronte a un notaio, il quale può verificare l'identità e la capacità giuridica nel momento esatto della sottoscrizione, e non presupponendo che quest'ultima sussistesse al momento del rilascio del certificato qualificato per la firma digitale³⁴.

Il MiSE, inoltre, sostiene che il registro delle imprese possa facilmente reperire altre informazioni utili per verificare la validità della sottoscrizione, po-

³³ Per una completa ricognizione del diritto societario europeo previgente alla direttiva UE 2017/1132 e in questa trasfuso, N. DE LUCA, *Foundations of European Company Law*, Roma, LUISS, 2016.

³⁴ N. DE LUCA, *La costituzione online delle società riflessioni sulla direttiva 2019/1159/EU (direttiva corptech)*, in *Riv. not.*, 2020, 413.

tendo accertare da pubblici registri e comunque da altre amministrazioni pubbliche la maggiore età, l'assenza di interdizione, inabilitazione, ovvero di intervenuta nomina di un amministratore di sostegno, l'eventuale stato di soggetto ipovedente, lo stato civile e il conseguente regime patrimoniale, nonché da ultimo la sussistenza di condanne interdittive o inabilitative.

Nella circolare in questione il MiSE tratta estensivamente degli aspetti legati alla disciplina antiriciclaggio di cui al d.lgs. n. 231/2007, in quanto è ritenuta una competenza del tutto nuova per il registro delle imprese e le Camere di commercio incaricate della sua tenuta³⁵. Dunque al registro delle imprese sono attribuiti i compiti di adeguata verifica e di segnalazione di eventuali operazioni sospette ai sensi della normativa citata. Qui emerge la necessità, ai fini del rispetto della disciplina antiriciclaggio, di separare le verifiche e le registrazioni di dati effettuate dall'ufficio AQI al momento dell'autenticazione della firma ai sensi dell'art. 25 c.a.d., da quelle del registro delle imprese al momento della valutazione della domanda di iscrizione della start-up.

Il MiSE ha poi adottato un nuovo Decreto Ministeriale, in data 28 ottobre 2016 dedicato alla disciplina degli atti modificativi dell'atto costitutivo e dello statuto delle start-up innovative³⁶. Anche per gli atti modificativi sono stati predisposti dei modelli standard ed è stata imposta la redazione in modalità informatica³⁷. Inoltre il procedimento di iscrizione delle modificazioni richiede al registro delle imprese l'effettuazione di controlli analoghi a quelli necessari in sede di iscrizione (art. 2, secondo comma, d.m. 28 ottobre 2016)³⁸. Oc-

³⁵ Sull'inidoneità dell'assetto di controlli antiriciclaggio predisposti dal MiSE, C. LICINI, *Un preoccupante disinteresse: lo statuto standard di start-up innovativa*, in *Notariato*, 2016, 105-108.

³⁶ G.U. Serie Generale n. 277 del 26 novembre 2016.

³⁷ Come avvenuto per l'atto costitutivo e lo statuto, anche per gli atti modificativi è stato in seguito emanato un decreto direttoriale, datato 4 maggio 2017, per fissare le specifiche tecniche della struttura del modello informatico di atto modificativo degli atti costitutivi e degli statuti di start-up innovativa in forma di s.r.l. Anche in questo caso si è scelto, coerentemente, di far ricorso alla piattaforma.

³⁸ Il MiSE ha vagliato l'ipotesi di una start-up innovativa costituita con atto redatto da notaio che in seguito presentava al registro delle imprese un'istanza di modifica dell'atto costitutivo attraverso il modello standard approvato con d.m. 28 ottobre 2016. Il MiSE ha ritenuto non praticabile tale soluzione, sostenendo che la modifica attraverso il modello standard sia una modalità speciale e derogatoria, la cui utilizzabilità è riservata alle sole start-up innovative costituite con atti in forma diversa dall'atto pubblico. Diversamente, la modifica dell'atto costitutivo attraverso un atto notarile è possibile sia per le start-up innovative costituite con atto pubblico, sia per quelle costituite con il modello standard, proprio perché trattandosi di una

corre qui precisare che in occasione della modificazione dell'atto costitutivo la start-up innovativa si trova nuovamente a dover transitare nella sezione ordinaria del registro delle imprese, per poi tornare in quella speciale (art. 2, quarto comma, d.m. 28 ottobre 2016)³⁹.

Le innovazioni all'ordinamento portate dall'introduzione dei modelli di start-up innovativa e PMI innovativa hanno suscitato alcune difficoltà applicative sollevate dai professionisti, nonché dagli enti designati all'effettuazione dei controlli. Il MiSE ha tentato di replicare alle questioni emerse con una nuova circolare, la n. 3696/c del 14 febbraio 2017⁴⁰. Il testo appare di interesse per ciò che attiene il regime delle verifiche richieste al registro delle imprese in sede di costituzione e modificazione delle start-up innovative. In primo luogo il MiSE ha voluto distinguere tra le "verifiche preventive (in entrata)", da compiersi al momento della costituzione o della modifica, e le "verifiche dinamiche (in itinere)", svolte nel corso del tempo per appurare il mantenimento dei requisiti per l'iscrizione nel registro speciale. Questa seconda circolare n. 3696/c del 14 febbraio 2017 si concentra sui requisiti previsti dalla normativa primaria all'art. 25 d.l. n. 179/2012, al contrario della precedente circolare n. 3691/C del 1.07.2016 che era invece focalizzata sui requisiti previsti dal d.m. 17 febbraio 2016.

Dunque la seconda circolare attiene ai requisiti posti dalla legge ed è qui interessante svolgere alcune considerazioni su quanto stabilito in materia di verifica circa l'oggetto sociale di cui all'art. 25, secondo comma, lett. f) d.l. n. 179/2012, dove è previsto che il registro delle imprese si assicuri che la start-up innovativa abbia «quale oggetto sociale esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi inno-

procedura ordinaria trova applicazione generalizzata. La posizione appena riferita è stata assunta dal MiSE con parere n. 193627 del 24 maggio 2017.

³⁹ Nel caso esemplificativo della s.r.l., modello tenuto a mente dal legislatore nel predisporre la normativa in materia di start-up innovativa, il novero delle modifiche all'atto costitutivo astrattamente realizzabili è molto ampio. Il ricorso a dei modelli standard limita la possibilità di compiere talune operazioni di modificazione dell'atto costitutivo, poiché il legislatore non è riuscito a predisporre la piattaforma informatica in modo da poter soddisfare tutte le possibili esigenze modificative. Così per la realizzazione di talune modifiche all'atto costitutivo dovrà abbandonarsi la procedura digitale e compiere atti in forma pubblica con modalità ordinarie, ricorrendo dunque all'ausilio della figura del notaio. La questione è stata affrontata dallo stesso MiSE nella lettera-circolare n. 560010 del 27 dicembre 2017.

⁴⁰ Pubblicata sul sito del MiSE e reperibile in internet al seguente indirizzo: <https://www.mise.gov.it/index.php/it/normativa/circolari-note-direttive-e-atti-di-indirizzo/2036020-circolare-del-14-febbraio-2017-n-3696-c-start-up-e-pmi-innovative-controlli-in-sede-di-iscrizione-in-sezione-speciale>.

vativi ad alto valore tecnologico». Secondo il MiSE tale apprezzamento deve essere compiuto con un approccio teleologico e olistico (*sic*), richiedendo al registro la «valutazione di una serie di elementi non correlati alla mera formulazione testuale». Sulla scia di questi criteri, il registro delle imprese deve compiere uno scrutinio più o meno approfondito, a seconda delle informazioni rese dai soci fondatori. Infatti già l'autocertificazione sulla sussistenza di uno dei requisiti di innovazione ai sensi dell'art. 25, secondo comma, lett. h), d.l. n. 179/2012 è indicata come elemento sufficiente affinché il registro delle imprese possa ritenere positivamente superato il controllo sulla compatibilità dell'oggetto sociale con la figura societaria scelta. In mancanza, il registro delle imprese esaminerà la descrizione dell'attività svolta, resa in fase di compilazione della modulistica. L'esame del registro delle imprese, poi, può spingersi sino a una valutazione delle informazioni contenute nel sito web della società, il cui indirizzo deve essere reso in fase di deposito della domanda di iscrizione. Qualora non vi fosse un sito, nella prospettazione del MiSE il registro delle imprese potrebbe richiedere ai soci fondatori un *presentation deck* per illustrare le attività che saranno svolte dal costituendo ente. Come elemento sintomatico della sussistenza del requisito di innovatività, il MiSE indica da ultimo la circostanza che l'impresa sia fisicamente ospitata presso un incubatore certificato, di quelli previsti dallo stesso art. 25, quinto e settimo comma, d.l. n. 179/2012.

Visti i rilevanti spazi di discrezionalità concessi al registro delle imprese nella valutazione della congruità dell'oggetto sociale⁴¹, il MiSE si preoccupa di fornire un supporto e una fonte interpretativa centralizzata, invitando i registri delle imprese territoriali a rivolgersi direttamente al ministero nel caso in cui talune fattispecie concrete dovessero risultare incerte.

Quanto ai tre requisiti alternativi di cui all'art. 25, secondo comma, lett. h), d.l. n. 179/2012, il MiSE osserva come questi, in sede di costituzione, rappresentino una sorta di dichiarazione d'intenti, ossia la manifestazione di un progetto imprenditoriale dei soci fondatori. Del resto in sede di costituzione risulta arduo verificare: le spese in ricerca e sviluppo; la presenza di personale qualificato; il possesso di diritti di privativa intellettuale o industriale.

Di sicuro interesse gli orientamenti espressi nella parte dedicata alle «verifiche dinamiche (in itinere)», che disegnano un sistema nel quale il registro delle imprese è chiamato a un ruolo attivo di vigilanza periodica su ciascuna start-up innovativa, con l'obiettivo di accertare il permanere dei re-

⁴¹ A. F. NICOTRA, *L'oggetto sociale nelle start-up innovative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 254.

quisiti normativi che consentono di beneficiare dell'iscrizione nel registro speciale⁴².

Il MiSE si preoccupa sin da subito di precisare come possa trattarsi di «verifiche automatizzabili, in quanto trovano fonte diretta ed esclusiva nei dati in possesso di codeste Camere».

Il profilo più critico, ma di interesse alla luce del ruolo del registro delle imprese, è quello sull'accertamento della sussistenza di almeno uno dei requisiti alternativi di cui all'art. 25, secondo comma lett. *h*), d.l. n. 179/2012, che prevedono controlli sulle modalità di spesa delle risorse della società, sul reclutamento del personale e le relative qualifiche, e da ultimo sul possesso di diritti di privativa. Quanto al primo requisito, il ministero pare fiducioso sulla possibilità di verificarne il possesso dall'analisi del bilancio depositato⁴³, mentre per il secondo requisito, attinente al personale impiegato, continua a fare affidamento sulle dichiarazioni della società. Cica il terzo requisito, in materia di diritti di privativa, il MiSE lo ritiene "sostanzialmente inalterabile" e confida nell'iniziale verifica compiuta al momento dell'iscrizione, senza avvertire la necessità di sollecitare successivi accertamenti.

2. I controlli demandati al notaio e al registro delle imprese in via ordinaria.

Avuto riguardo alle particolari modalità di costituzione della start-up inno-

⁴² La permanenza nel registro speciale ha riflessi di favore in termini fiscali, che sono meglio precisati nella Circolare n. 16/E del 11 giugno 2014 emessa dall'Agenzia delle Entrate, dove sono precisati i meccanismi per l'applicazione delle agevolazioni, le condizioni di fruizioni e i casi di decadenza.

⁴³ Un bilancio compilato secondo le regole ordinarie non permetterebbe di verificare l'entità di spesa in ricerca e sviluppo da parte di una società, tanto più se redatto con le modalità semplificate previste per le micro-imprese di cui all'art. 2435-ter c.c. che non prevede la stesura della nota integrativa. Il MiSE aveva inizialmente prescritto alla start-up innovativa, in virtù del regime di specialità per questa predisposto, la redazione della nota integrativa anche nel caso di applicabilità della disciplina dettata in materia di micro-imprese. La necessità di appurare l'entità della spesa in ricerca e sviluppo, e dunque la sussistenza del requisito di cui all'art. 25, secondo comma, lett. *h*), n. 1, d.l. n. 179/2012 era ritenuta prevalente rispetto alla possibilità di beneficiare dell'esenzione dalla redazione della nota integrativa. Tuttavia nel parere n. 50195 del 14 febbraio 2017 il MiSE ha modificato il proprio orientamento, ritenendo che la start-up innovativa possa applicare in pieno la disciplina prevista per le micro-imprese e dunque non redigere una nota integrativa, dovendo però inserire informazioni circa la spesa in ricerca e sviluppo in calce allo stato patrimoniale, al fine di consentire la verifica del permanere delle condizioni per l'applicazione del regime speciale.

vativa, occorre brevemente riferire della normativa di portata generale in materia di controlli di legalità degli atti societari e del ruolo che in tale contesto è stato nel tempo assunto dalla figura professionale del notaio.

Se in origine il controllo sulla costituzione delle società era esercitato direttamente dal potere esecutivo, tale facoltà sarà poi attribuita al Tribunale civile dal codice di commercio del 1882, dando così vita al sistema dell'omologazione⁴⁴, poi sopravvissuto all'abrogazione del codice di commercio e alla sua trasfusione nel codice civile del 1942.

Il meccanismo dell'omologazione è stato abrogato dapprima con la l. 24 novembre 2000, n. 340 e poi in via definitiva con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, per essere sostituito dal controllo notarile sulla legittimità degli atti societari da iscriversi nel registro delle imprese⁴⁵. In particolare, l'art. 32 della l. n. 340/2000 ha innovato il dettato dell'art. 2330 c.c. circa la fase costitutiva della società, e dell'art. 2411 c.c., che invece si occupa delle successive modificazioni dell'atto costitutivo⁴⁶.

Come evidenziato da molteplici autori⁴⁷, il nuovo art. 2330 c.c. e in generale le disposizioni sulla costituzione delle società di capitali, non individuano esplicitamente il notaio quale soggetto a cui sono demandati i controlli di legalità. Lo stesso concetto di controllo di legalità non appare ben individuato, poiché è del tutto assente una puntuale elencazione dei singoli controlli richiesti al momento della costituzione di una società di capitali.

Così si è avuta una prima divisione tra coloro che ritenevano il notaio investito dei controlli in precedenza demandati al tribunale in sede di omologazione⁴⁸, e coloro che invece negavano tale esatta corrispondenza, ritenendo che il tribunale godesse di un potere ispettivo generale precluso al notaio⁴⁹.

⁴⁴ U. MORERA, *L'omologazione degli statuti di società*, Milano, Giuffrè, 1988, 30-33; A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in AA.VV., *1882-1982. Cento anni dal codice di commercio. Atti del convegno internazionale di Studi, Taormina 4-6 novembre 1982*, Milano, Giuffrè, 1984.

⁴⁵ M. DI FABIO, *Il procedimento di omologazione dopo la riforma del diritto societario e l'intervento del notaio*, in *Riv. not.*, 2008, 237.

⁴⁶ I testi degli artt. 2230 e 2411 c.c. differiscono tra loro con riguardo ai riferimenti al ruolo del notaio, il presente contributo si concentra sugli aspetti relativi al controllo del notaio in fase di costituzione e dunque a quanto previsto all'art. 2330 c.c.

⁴⁷ V. DONATIVI, *La pubblicità legale delle società di capitali: tensioni evolutive e nuove fattispecie*, Milano, Giuffrè, 2006; A. BORTOLUZZI, *Il notaio e la verifica degli atti societari*, in *Riv. not.*, 2002, 1351; E. BOCCHINI, "Atti" e "fatti" nella teoria della pubblicità legale commerciale, in *Giur. comm.*, 2004, II, 240.

⁴⁸ V. DONATIVI, (nt. 47).

⁴⁹ A. BORTOLUZZI, (nt. 47), nonché lo stesso CNN, per opera di M SILVA, *L'art. 20 comma 7*

Vi è poi chi ha sostenuto come il notaio non dovesse compiere una verifica sulla validità degli atti da iscrivere, ma solo sulla veridicità e tipicità degli stessi intesa come conformità dell'atto controllato al modello societario emergente dalle norme di diritto positivo⁵⁰.

Più largamente accettata appare l'interpretazione che vede il controllo del notaio sugli atti costitutivi di società come volto all'accertamento della legalità degli atti, non solo formale ma anche sostanziale⁵¹. Si tratterebbe, così, di un tipo di scrutinio che non è ancorato alla mera ricerca di quei vizi ascrivibili alle categorie dell'annullabilità e della nullità degli atti⁵², estrinsecandosi invece in un controllo di conformità rispetto al modello legale di riferimento fissato dal legislatore⁵³. Del resto il controllo sarebbe finalizzato ad assicurare l'interesse pubblico alla creazione di società di capitali corrispondenti all'astratto modello posto dalle norme. La lacunosità del testo legislativo deve dunque essere integrata con le previsioni della l. 16 febbraio 1912, n. 89 (c.d. legge notarile) e nello specifico con il disposto dell'art. 28, laddove vieta al notaio di ricevere atti proibiti dalla legge, prevedendo in caso di violazione le sanzioni di cui al successivo art. 138-*bis*⁵⁴.

bis del d.l. 24 giugno 2014 n. 91: semplificazione procedimentale e valorizzazione del controllo notarile, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, *Studio n. 198*, 2018, I, 3. Sul tema del controllo notarile si vedano anche i contributi al dibattito offerti da U. MORERA, *Dall'“omologazione” del tribunale all'“omologazione” del notaio. Prime riflessioni sull'art. 32, legge 340/2000*, in *Riv. not.*, 2001, 295; P. REVIGLIONE, *Il contenuto del controllo notarile di iscrivibilità sugli atti societari: prime considerazioni*, *ivi*, 2001, 303; G. FERRI JR., *Profili di responsabilità notarile*, in *Riv. soc.*, 2001, 1422; A. ALBANESE, *La verifica notarile di legalità sulle società: primi problemi interpretativi*, in *Contr. impr.*, 2001, 791.

⁵⁰ E. BOCCHINI, (nt. 47).

⁵¹ Poiché il notaio interviene anche nella fase di stesura del testo, e non solo al momento dell'omologazione come il Tribunale, è stato sostenuto che ruolo del notaio non debba arrestarsi alla funzione certificativa, ma debba anche svolgere una positiva funzione di adeguamento della volontà delle parti alla legge, traducendo le pattuizioni convenute dalle parti in un atto societario conforme all'ordinamento, si veda A. ALBANESE, *Il controllo preventivo sugli atti delle società di capitali e delle cooperative fra storia e cronaca*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 779.

⁵² Certamente il notaio dovrà rifiutare di rogare e iscrivere clausole nulle, si veda R. TORRE, *Atti costitutivi e modificativi di società di capitali ricevuti da notaio e richiesta di iscrizione presso il registro delle imprese: funzione, natura, oggetto del controllo di iscrivibilità e soggetti legittimati in materia*, in *Riv. not.*, 2006, 343.

⁵³ G. CARMELLINO, *Teoria e prassi nel controllo notarile sugli atti societari alla luce del fenomeno della degiurisdizionalizzazione*, in *NDS*, 2018, 67-74.

⁵⁴ V. SALAFIA, *Le funzioni notarili nella costituzione di società di capitali e nella verbalizzazione delle delibere di assemblea straordinaria*, in *Società*, 2002, 1061, nonché G. SERPI, *Atti societari e controllo notarile di legittimità: alcune osservazioni*, in *Riv. not.*, 2002, 679.

Visto il perimetro di azione del notaio, è opportuno riferire della sua interpolazione con i controlli effettuati in sede di iscrizione degli atti presso il registro delle imprese. Per ciò che attiene al ruolo del registro delle imprese, questo è stato previsto dal codice civile del 1942 all'art. 2188, sostituendo il previgente modello di cui al codice del 1882 fondato su un sistema di pubblicità legale gestito dalle cancellerie dei tribunali⁵⁵.

Nonostante le previsioni contenute nel codice civile già dalla sua emanazione, il registro delle imprese ha visto la luce solo dopo molti anni, durante i quali è rimasta in vigore una disciplina transitoria, corretta nel tempo da alcuni interventi del legislatore⁵⁶.

Il registro delle imprese è stato finalmente istituito dalla l. 29 dicembre 1993, n. 580 e il relativo regolamento di attuazione emanato con il d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581.

I controlli demandati al registro delle imprese sono anzitutto menzionati all'art. 2189, secondo comma, c.c., ove si chiede all'ufficio di verificare l'autenticità della sottoscrizione e «il concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione». I controlli del registro delle imprese sono ulteriormente dettagliati agli artt. 11 e 13 del d.p.r. n. 581/1995. La normativa è entrata in vigore mentre era ancora presente il sistema dell'omologazione degli atti societari. Non essendovi stato un aggiornamento del testo, questo riporta ancora il riferimento al decreto di omologazione e al ruolo del tribunale, che tuttavia andrà inteso alla luce del diverso sistema di controllo ora in essere.

L'art. 11 del d.p.r. riguarda il caso di iscrizione su domanda, ossia quando non vi sia stato un controllo di omologazione da parte del tribunale. In questo caso l'art. 11 prevede uno specifico procedimento e, ai sensi del sesto comma, l'ufficio è chiamato ad accertare la correttezza degli atti e in particolare: l'autenticità della sottoscrizione, la corretta compilazione del modulo di domanda, la «corrispondenza dell'atto o del fatto del quale si chiede l'iscrizione a quello previsto dalla legge» (lett. c), e la sussistenza delle altre condizioni previste dalla legge. Come si vede, in questo caso il registro delle imprese è investito di un controllo «qualificatorio»⁵⁷ o di «tipicità» rispetto al dettato normativo⁵⁸.

⁵⁵ Per una ricostruzione del sistema previgente al codice del 1942 e la lunga fase prima dell'attuazione della disciplina del registro delle imprese, si veda S. TONDO, *Per un registro delle imprese*, in *Foro it.*, 1993, V, 128-136.

⁵⁶ Le principali fonti idonee a descrivere il sistema previgente all'istituzione del registro delle imprese sono gli artt. 99-100 disp. att. c.c., il d.p.r. n. 1127/1969, come integrato dalla l. n. 256/1973 e dal conseguente d.m. 20 giugno 1973 pubblicato in G.U. 27 luglio 1973, n. 193.

⁵⁷ Di controllo qualificatorio parla il giudice del registro delle imprese nella sentenza del Trib. Roma, 12 gennaio 2018.

Diversamente, l'art. 13 del d.p.r. tratta dei controlli sugli atti omologati dal tribunale⁵⁹, dunque il procedimento è decisamente più snello, visto che vi è già stato uno scrutinio da parte di un'autorità giudiziaria, e secondo l'art. 13, quarto comma, il perimetro del controllo affidato al registro delle imprese è ristretto all'autenticità della sottoscrizione, alla regolare compilazione del modello di domanda e alla "regolarità formale" di tutti i documenti dei quali è prescritta la presentazione.

Dovendo armonizzare le norme appena riferite con il sistema di controlli ora in essere, che non prevedono più l'omologazione, è stato ritenuto che gli atti presentati dal notaio debbano seguire il procedimento di cui all'art. 11 d.p.r. n. 581/1995⁶⁰, fuorché per l'applicazione dei controlli di cui al sesto comma di detto articolo, con particolare riguardo a quello di tipicità di cui alla lett. c) che dovrebbe limitarsi a un esame *prima facie*. Ne risulta un procedimento come quello previsto dall'art. 11, ma con i soli controlli di cui all'art. 13, quarto comma, integrati dal controllo di cui all'art. 11, sesto comma, lett. e), nonché da un ulteriore controllo di tipicità, sebbene ridimensionato rispetto a quello di cui all'art. 11, sesto comma, lett. c), comunque ritenuto necessario⁶¹.

Riguardo all'estensione dei controlli sugli atti societari demandati all'ufficio del registro delle imprese, è stato sostenuto che gli stessi non siano limitati al mero accertamento della corretta intestazione dell'atto⁶², ma si estenda-

⁵⁸ G. VANZELLI, *I poteri di controllo dell'ufficio del registro delle imprese*, in *Il registro delle imprese a vent'anni dalla sua attuazione*, a cura di C. IBBA, I. DEMURO, Torino, Giappichelli, 2017, 105-155. Vi sono poi contributi più risalenti, utili a ricostruire l'evoluzione normativa e del parallelo dibattito dottrinale, tra i quali si segnalano P. REVIGLIONE, *Il "nuovo" Registro delle imprese: struttura e procedimento*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 296 ss.; G. MARASÀ, C. IBBA, *Il registro delle imprese*, Torino, Utet, 1997; E. BOCCHINI, *Nuovi profili della pubblicità commerciale*, in *Riv. not.*, 1996, 10 ss.; V. DONATIVI, *Sui poteri-doveri di controllo dell'ufficio del registro delle imprese in merito alla validità degli atti sottoposti ad iscrizione o a deposito*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 57; V. SALAFIA, *Il procedimento di iscrizione nel registro delle imprese*, in *Società*, 1996, 626 ss.; C.S. HAMEL, *Sull'estensione del potere di controllo del conservatore del registro delle imprese*, *ivi*, 2014, 420; A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, Giappichelli, 2001, 49.

⁵⁹ Come detto, l'omologazione non è più in vigore, ma la disposizione resta valida nei limiti indicati nel testo.

⁶⁰ La legittimazione del notaio alla presentazione degli atti da lui rogati è sancita dall'art. 13-ter d.l. 25 ottobre 2002, n. 236, convertito con modificazioni dalla l. n. 284/2002, che ha inserito il secondo comma *ter* all'art. 31 l. n. 340/2000, dove è peraltro ribadito che spetta al registro delle imprese di verificare la regolarità formale della documentazione presentata.

⁶¹ G. VANZELLI, (nt. 58), 109-111.

⁶² Si tratterebbe, più propriamente, di una formale verifica della corrispondenza "tipologi-

no anche alla forma e al contenuto di legge⁶³, sino a ricercare una “corrispondenza sostanziale” con la documentazione richiesta dalla legge⁶⁴. Si è parlato così di un controllo di regolarità da parte dell’ufficio del registro delle imprese, in contrapposizione al controllo di legalità svolto dal notaio, quest’ultimo esteso sia agli aspetti formali che sostanziali degli atti societari⁶⁵. Il controllo di regolarità del registro delle imprese avrebbe a oggetto il documento da iscrivere e non l’atto, quest’ultimo inteso come contenuto giuridico del documento, risultando dunque orientato alla verifica della completezza del complessivo procedimento e della sussistenza dei suoi presupposti, quali la legittimazione del richiedente, l’utilizzo della modulistica e la competenza territoriale del registro adito⁶⁶.

Un approdo maggiormente chiaro sembra essere stato raggiunto limitatamente alla fattispecie prevista dall’art. 20, comma 7-*bis*, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 116, secondo il quale l’iscrizione di atti societari in forma pubblica o di scrittura privata autenticata è disposta immediatamente dal conservatore del registro delle imprese e «l’accertamento delle condizioni richieste dalla legge rientra nella esclusiva responsabilità del pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l’atto». Questa norma, che non trova applicazione nel caso delle s.p.a., sembra definitivamente circoscrivere una fattispecie nella quale i controlli demandati al registro delle imprese sono meramente formali e limitati agli aspetti procedurali, senza alcun profilo inerente la tipicità, né sue sfumature⁶⁷.

I controlli di cui si è detto sinora culminano nell’iscrizione dell’atto nel registro delle imprese, con effetti tanto dichiarativi che costitutivi⁶⁸.

ca” dell’atto da iscrivere a quello previsto dalla legge, senza che lo scrutinio si estenda all’accertamento della possibile validità negoziale dell’atto, cfr. Trib. Padova, 16 febbraio 2007, in *Società*, 2008, 327.

⁶³ Si noti che taluni controlli sono stati oggetto di automazione da parte dell’art. 10 d.p.c.m. 6 maggio 2009 in G.U. 3 luglio 2009 n. 152.

⁶⁴ Ad esempio, nel caso delle start-up innovative si è sostenuto che l’iscrizione nella sezione speciale può essere negata dal conservatore del registro delle imprese soltanto in caso di manifesta carenza, nell’oggetto sociale, dei caratteri di innovatività e alto valore tecnologico dei servizi e/o beni prodotti, cfr. Trib. Roma, 5 aprile 2019, in *Società*, 2019, 1375.

⁶⁵ V. DONATIVI, (nt. 47), 156.

⁶⁶ V. DONATIVI, (nt. 47), 156.

⁶⁷ G. VANZELLI, (nt. 58), 113.

⁶⁸ C. IBBA, *La pubblicità legale delle imprese*, in *AGE*, 2014, 53-65.

3. Le censure di illegittimità mosse ai decreti attuativi, la sentenza del T.A.R. e quella del Consiglio di Stato.

Dal raffronto tra le norme in tema di controlli di legalità sugli atti societari di cui al paragrafo precedente e le novità introdotte con legge – poi meglio specificate dalle fonti regolamentari – concernenti i controlli richiesti al momento della costituzione della start-up innovativa, emerge un significativo scostamento del legislatore dallo schema tipico di redazione dell'atto costitutivo in forma di atto pubblico e conseguente ripartizione dei controlli tra notaio e registro delle imprese, che ha rappresentato l'unica modalità di creazione di una società di capitali, almeno sino alla novella del 2015.

Non a caso, la normazione secondaria della start-up innovativa ha dato vita a un contenzioso promosso dal Consiglio nazionale del notariato (di seguito, CNN), che con il ricorso r.g.n. 6262/2016 ha chiesto al T.A.R. Lazio l'annullamento dei principali atti secondari sopra menzionati, e in particolare del d.m. 17 febbraio 2016, del decreto direttoriale del 1° luglio 2016, della circolare n. 3691/c del 1° luglio 2016 e del d.m. 28 ottobre 2016.

Nel proprio ricorso il CNN lamentava anzitutto che le modalità di costituzione di società derogatorie all'ordinario procedimento dell'atto avente forma pubblica sarebbero state introdotte da un provvedimento di rango regolamentare, peraltro confliggente con la legge, con ciò violando la riserva di legge presente in materia. In aggiunta il CNN sosteneva l'incompatibilità dei nuovi compiti di controllo attribuiti al registro delle imprese nella fase costitutiva di società col ruolo che l'ufficio ha nell'ordinamento italiano, anche alla luce dei principi europei sanciti dalla direttiva 2009/101/CE. Infatti secondo il CNN il legislatore italiano, a fronte delle alternative fornite dalla direttiva citata, avrebbe compiuto la scelta di fondo di attribuire al solo notaio, mediante la redazione in forma pubblica, il controllo di legalità sugli atti costitutivi, a scapito del controllo giurisdizionale e di quello amministrativo. Così non sarebbe stato possibile, nell'introdurre la fattispecie della start-up innovativa divergere da tale scelta e, limitatamente a tale figura societaria, demandare i controlli al registro delle imprese. Perseguendo tale obiettivo il legislatore avrebbe peraltro attribuito al registro delle imprese funzioni nuove, non previste nella legge che ne regola l'attività.

Il CNN rinveniva dunque nei provvedimenti impugnati un aggiramento della normativa in materia di iscrizione della s.r.l. e una contrarietà del modello di statuto proposto ai principi civilistici. Si censuravano infine viola-

zioni all'art. 24 c.a.d., alla normativa antiriciclaggio e a quella fiscale⁶⁹.

Il T.A.R. Lazio si pronunciava sul ricorso con la sentenza n. 10004 del 2 ottobre 2017⁷⁰. I giudici amministrativi respingevano quasi totalmente il ricorso, rinvenendo un'illegittimità solo nel meccanismo che prevedeva, in caso di perdita dello stato di start-up innovativa, l'automatico transito nella sezione ordinaria del registro delle imprese anche per quelle società costituite senza il ricorso alla forma dell'atto pubblico⁷¹.

Nella sentenza il T.A.R. Lazio rifiutava l'interpretazione del CNN che aveva ravvisato nella previsione di redazione "in modalità esclusivamente informatica" dell'atto costitutivo di cui all'art. 1, secondo comma, d.m. 17 febbraio 2016 un contrasto con la norma primaria dell'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015, che invece prevede un'alternativa tra la forma dell'atto pubblico e quella informatica. Secondo i giudici amministrativi il d.m. 17 febbraio 2016 non avrebbe in alcun modo voluto abrogare la possibilità, offerta dalla norma primaria, di redigere l'atto costitutivo nella forma di atto pubblico, ma si sarebbe concentrato solo sulla modalità informatica di costituzione in quanto innovativa, pertanto bisognosa di ulteriori specificazioni e regolamentazioni di dettaglio, lasciando sullo sfondo la modalità ordinaria a mezzo di atto pubblico, ben nota sia nella legislazione che nella prassi. Peraltro, a parere del T.A.R. Lazio, non vi sarebbe stata neanche una carenza del d.m. del 17 febbraio 2016 quale atto di natura regolamentare, atteso che il principio di tipicità vale esclusivamente per le fonti primarie e non per quelle di rango secondario⁷².

Quanto, poi, alla violazione dell'art. 11 della direttiva 2009/101/CE, il T.A.R. Lazio rilevava come il meccanismo di costituzione della start-up innovativa mediante un modello uniforme sottoscritto digitalmente dai soci fondatori non violasse la richiamata norma europea, in quanto non costituiva un ag-

⁶⁹ In materia tributaria, vi sarebbe stata una violazione dell'art. 1, terzo comma, d.l. 10 gennaio 2006, n. 2, dell'art. 3-*bis* d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 463, e del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 in tema di obblighi di natura fiscale connessi all'attività di registrazione degli atti.

⁷⁰ Il testo del provvedimento del T.A.R. Lazio è liberamente reperibile in internet al seguente indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

⁷¹ Il T.A.R. Lazio risolveva la questione sostenendo che, alla luce del successivo meccanismo di costituzione di società anche in assenza di atto pubblico, l'art. 25, sedicesimo comma, d.l. n. 179/2012 andasse letto nel senso che dopo la perdita dei requisiti per l'iscrizione nella sezione speciale, una start-up innovativa in forma di s.r.l. possa essere automaticamente iscritta alla sezione ordinaria solo se il suo procedimento di formazione sia stato compatibile con quello di una ordinaria s.r.l., e dunque se sia avvenuto attraverso un atto pubblico.

⁷² Sul punto il T.A.R. Lazio ha rimandato alla corposa giurisprudenza che riconosce al legislatore la possibilità di introdurre fonti regolamentari non esplicitamente disciplinate dalle norme generali contenute nella l. 23 agosto 1988, n. 400 e in particolare all'art. 17 della stessa.

giramento del sistema dei controlli di legalità. Secondo i giudici di prime cure, la verifica di legalità sostanziale sull'atto costitutivo, così come richiesto dalla direttiva, era garantita dalla predisposizione di un modello uniforme, elaborando il quale il legislatore avrebbe individuato in anticipo gli elementi contrattuali compatibili con l'ordinamento, rendendo superflua ogni aggiuntiva verifica ulteriore rispetto all'accertamento della conformità tra lo specifico atto costitutivo presentato e il modello predefinito⁷³.

In merito ai controlli del registro delle imprese, che il CNN riteneva esorbitanti dalle ordinarie attribuzioni dell'ufficio, il T.A.R. Lazio notava come il complesso dei controlli demandati al registro delle imprese dal combinato disposto dell'art. 2, secondo comma, d.m. 17 febbraio 2016 e dell'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015 di fatto non eccedesse il novero dei controlli già richiesti all'ufficio dal d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581 che ne regola il funzionamento. Anche rispetto a questo profilo il T.A.R. Lazio ribadiva che la legge e il regolamento in materia di start-up innovativa forniscono al registro delle imprese precisi parametri per effettuare la verifica dell'atto costitutivo al momento dell'iscrizione, cosicché l'ufficio non si troverebbe in una condizione equiparabile a quella dell'estensore dell'atto pubblico, cui è demandato un controllo di legalità di più ampia portata.

Quanto ai profili di illegittimità sollevati dal CNN e relativi alla scelta di ritenere ammissibili gli atti costitutivi sottoscritti con firma digitale ai sensi dell'art. 24 c.a.d. essi erano respinti, in quanto tale modalità di sottoscrizione è stata prevista direttamente dalla legge e non sarebbe stato possibile per il CNN ottenere alcun utile provvedimento da parte del giudice adito. Nella propria ricostruzione il CNN asseriva che la firma ai sensi dell'art. 24 c.a.d. non potesse essere equiparata a una firma autenticata, ma solo alla sottoscrizione di una scrittura privata. Come detto, il T.A.R. Lazio non entrava nel merito della qualificazione, limitandosi a rilevare l'impossibilità di censurare le disposizioni del d.m. 17 febbraio 2016 che attengono a profili contenuti nella fonte primaria.

Gli ulteriori motivi di illegittimità adottati dal CNN sono stati allo stesso modo dichiarati inammissibili per difetto d'interesse. Tra questi occorre segnalare che il T.A.R. Lazio riteneva compatibile la natura pubblicistica del registro delle imprese con gli obblighi anticiclaggio di cui al d.lgs. n. 231/2007.

Il CNN spiegava appello avverso la sentenza di primo grado introducendo il procedimento r.g.n. 2997/2018, sul quale e il Consiglio di Stato si è pronun-

⁷³ In questo passaggio i giudici amministrativi hanno richiamato, forse in maniera troppo sbrigativa, la disciplina della s.r.l.s. che, come esposto nei primi paragrafi di questo contributo, prevede l'utilizzo di un modello standard di atto costitutivo.

ciato definitivamente con la sentenza n. 2643 pubblicata il 29 marzo 2021⁷⁴. Nella sentenza il Consiglio di Stato ha totalmente ribaltato l'esito cui era giunto il T.A.R. Lazio.

Un'attenta disamina della sentenza del Consiglio di Stato richiede una ripartizione basata sulle argomentazioni spese dal giudice amministrativo di secondo grado per accogliere i due motivi di appello proposti dal CNN.

3.1. La decisione del Consiglio di Stato sul primo motivo di appello.

Con il primo motivo di appello, il CNN ha riproposto la censura di legittimità verso l'art. 1, secondo comma, d.m. del 17 febbraio 2016, con il quale il MiSE avrebbe fatto erronea applicazione dell'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015 prevedendo per l'atto costitutivo una modalità di redazione esclusivamente informatica, con sottoscrizione ai sensi dell'art. 24 c.a.d. Il d.m., nella prospettazione del CNN, si porrebbe in contrasto con il comma 10-*bis* sopra richiamato, nel quale sono previste due modalità di redazione dell'atto di costituzione: quella informatica e quella per atto pubblico, quest'ultima indebitamente omessa nelle norme secondarie a parere del CNN. Dunque l'organo di rappresentanza del notariato ha avvertito l'interpretazione del T.A.R. Lazio, tesa a dare una lettura della norma che potesse essere compatibile con l'ordinamento. Il T.A.R. Lazio, infatti, aveva sostenuto che il d.m. non avrebbe inteso abrogare la norma primaria laddove prevede anche la possibilità di redigere l'atto costitutivo in forma pubblica, ma avrebbe invece mirato a regolare la sola modalità di costituzione in via informatica, rimandando alla legislazione già vigente per quella a mezzo di atto pubblico.

Il Consiglio di Stato non ha condiviso l'opzione ermeneutica del giudice di primo grado, accogliendo l'appello del CNN sul punto.

Il giudice del gravame ha ritenuto che il d.m. del MiSE non potesse «avere alcuna portata innovativa dell'ordinamento» non potendo modificare le modalità di costituzione della start-up innovativa individuate dalla legge. Il Consiglio di Stato ha rilevato che l'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015 ha previsto due modalità alternative per la costituzione della start-up innovativa. Rispetto a tale previsione, la legge avrebbe rimesso al successivo regolamento la sola predisposizione del modello uniforme, con le relative modalità pratiche di redazione dell'atto costitutivo. La disposizione contenuta nel d.m. impugnato,

⁷⁴ Il testo del provvedimento del Cons. St. è liberamente reperibile in internet al seguente indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

che stabilisce come l'atto costitutivo e lo statuto siano redatti in modalità esclusivamente informatica, è stata considerata dal Consiglio di Stato come rivelatrice della volontà di modificare indebitamente la legislazione primaria con il mezzo regolamentare. Per il supremo giudice amministrativo il d.m. del 17 febbraio 2016 avrebbe inteso escludere ogni modalità di costituzione di start-up innovativa diversa da quella informatica, così ponendosi in illegittimo contrasto con la previsione legislativa che ammetteva anche la costituzione per atto pubblico. Tale violazione al principio di gerarchia delle fonti è stata ritenuta insanabile dal Consiglio di Stato, che non ha condiviso l'interpretazione adeguatrice del T.A.R. Lazio, assumendo invece un approccio interpretativo rigidamente testuale.

3.2. La decisione del Consiglio di Stato sul secondo motivo di appello.

Con il secondo motivo di appello il CNN ha riproposto altresì la censura di pretesa violazione dell'art. 10 della direttiva UE 2017/1132 in materia di controlli sugli atti societari, nonché di violazione dell'art. 8, l. n. 580/1993 che istituisce il registro delle imprese e dell'art. 11, d.p.r. n. 581/1995 che regola il procedimento di iscrizione di una società al registro delle imprese, individuando i controlli demandati all'ufficio.

Secondo il CNN, il legislatore italiano ha scelto di compiere il controllo di legalità degli atti societari per il mezzo della loro redazione nella forma di atto pubblico, così rinunciando a delegare il controllo a organi giudiziari o amministrativi. Avendo esercitato tale opzione di fondo, non sarebbe in seguito possibile attraverso il d.m. del 17 febbraio 2016 attribuire al registro delle imprese l'esercizio del controllo di legalità sugli atti societari, poiché l'ordinamento ha conferito al registro delle imprese solo funzioni di controllo formale.

Il Consiglio di Stato ha accolto anche questo secondo motivo spiegato dal CNN, concordando con l'organo notarile sull'attribuzione al registro delle imprese di un potere di controllo meramente formale, anche sulla scorta della giurisprudenza di merito formatasi nel tempo⁷⁵.

Anche rispetto all'accertamento circa la riconducibilità dell'atto di cui si chiede l'iscrizione alla fattispecie prevista dalla legge, c.d. controllo qualificatorio, previsto dall'art. 11, sesto comma, lett. c), d.p.r. n. 581/1995 è stato ritenuto

⁷⁵ Si tratta delle pronunce del giudice del registro e in particolare: Trib. Padova, 16 febbraio 2007 e del Trib. Reggio Emilia, 29 febbraio 2016, quest'ultima pronuncia pubblicata in *Società*, 2016, 1089.

comunque di natura formale e mai sostanziale. Il Consiglio di Stato ha riportato come persino l'orientamento giurisprudenziale più estensivo in materia di controlli del conservatore del registro delle imprese non si spinga oltre il riconoscimento della facoltà di ricercare i vizi estrinseci, senza ulteriori indagini di merito circa il contenuto e la portata delle previsioni dell'atto costitutivo⁷⁶.

Date queste premesse, i giudici amministrativi di appello hanno concluso che con l'elenco di cui all'art. 2, secondo comma, il d.m. 17 febbraio 2016 avrebbe illegittimamente ampliato il novero dei controlli demandati al registro delle imprese⁷⁷, senza che il legislatore avesse in precedenza innovato l'ordinamento in modo tale da consentire tale estensione. In particolare, è stato osservato che il controllo previsto alla lett. *d*), sulla riferibilità astratta dell'atto di cui si richiede la registrazione alla figura di start-up innovativa, impone al conservatore un'indagine su aspetti non immediatamente emergenti dall'atto costitutivo di cui si chiede la registrazione, poiché implica l'accertamento delle condizioni poste dalla legge per attribuire una speciale qualificazione alla società. Allo stesso modo la lett. *h*), laddove prescrive un controllo circa la liceità, possibilità e determinabilità dell'oggetto sociale⁷⁸, richiederebbe a parere del Consiglio di Stato, una forma di controllo di legittimità piena (e dunque sostanziale) sul contenuto delle previsioni dell'atto costitutivo, non essendo equiparabile al mero rilievo di vizi di validità formale, nella specie del mancato rispetto delle condizioni poste dalla legge, come avviene sulla base dell'art. 11, sesto comma, lett. *e*), d.p.r. n. 581/1995.

Nell'argomentare sulla posizione assunta, il Consiglio di Stato si è spinto sino ad affermare che «non appaiono infondati i dubbi dell'appellante [CNN, nda] circa la possibilità di ovviare alle modalità tradizionali di costituzione della società» senza incorrere nella violazione della direttiva UE 2017/1132. La posizione assunta dai giudici amministrativi getta un'ombra sulle innova-

⁷⁶ Si vedano le sentenze di merito sin qui citate (nt. 59, 64 e 77).

⁷⁷ Sul punto deve darsi notizia della sentenza del Giudice del registro delle imprese del Trib. Torino, 10 febbraio 2017, pubblicata e commentata da S. CORSO, *Innovatività dell'oggetto sociale di start-up innovativa e controlli del Registro delle imprese*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, 72. Il giudice torinese ha ribadito il carattere formale dei controlli attribuiti al conservatore, con la conseguente mancanza di un potere di compiere verifiche ispettive o valutazioni di merito, dovendo invece limitarsi a rilevare la presenza dell'autocertificazione del rappresentante d'impresa sulla sussistenza dei caratteri di innovatività. Un'estensione alla verifica della coerenza tra il modello normativo e l'atto concreto di cui si chiede l'iscrizione potrebbe essere effettuata dal conservatore, secondo il Tribunale di Torino, solo nel caso in cui le difformità emergano in modo evidente da un esame superficiale della documentazione.

⁷⁸ Per una riflessione sul contenuto specifico dell'oggetto sociale di una start-up innovativa, si veda A. F. NICOTRA, (nt. 41), 254.

zioni introdotte dal legislatore, ma probabilmente non tiene in debita considerazione che la stessa direttiva poc' anzi citata è stata emendata e prevede ora la possibilità di costituzione delle società di capitali con procedure interamente online, come si dirà nel paragrafo conclusivo.

4. Gli effetti della sentenza del Consiglio di Stato e l'esistenza di una alternativa che consenta la costituzione senza l'intervento notarile.

L'effetto immediato della sentenza del Consiglio di Stato si è concretizzato nella sospensione del servizio di costituzione e modifica di start-up innovative con modalità informatiche nell'apposita sezione del portale startup.registroimprese.it.

Se da un lato le valutazioni espresse Consiglio di Stato nella sentenza n. 2643/2021 sembrano escludere in radice la possibilità di costituzione con modalità informatiche di una società di capitali, dall'altro lato la portata della sentenza è tale da investire la sola normativa secondaria, senza incidere sulle fonti primarie che pure hanno previsto una simile procedura di costituzione.

È infatti venuto meno il d.m. 17 febbraio 2016 colpito da illegittimità, ma resta in vigore e pienamente efficace la norma primaria, specie la previsione di cui all'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015, laddove sono previste due modalità alternative di costituzione della start-up innovativa: quella per atto pubblico e quella per atto sottoscritto con le modalità previste dagli artt. 24 e 25 c.a.d.

A prima vista, dunque, per superare il vuoto creatosi dall'annullamento del d.m. del 17 febbraio 2016 sarebbe stata sufficiente una nuova norma regolamentare che avesse dato attuazione alla legge secondo criteri compatibili con l'orientamento assunto dal giudice amministrativo. Sarebbe stata, invece, incoerente con il quadro normativo una previsione che potesse essere interpretata in modo tale da far ipotizzare il venir meno del doppio binario di costituzione della start-up innovativa, sia a mezzo di atto pubblico, sia con modalità informatiche.

In sede di recepimento della direttiva UE 2019/1151 il legislatore ha superato il vuoto normativo venutosi a creare in materia di costituzione di società con modalità informatiche, come si vedrà nel successivo paragrafo. Volendo comunque svolgere un'indagine in retrospettiva, ogni possibile alternativa a disposizione del legislatore deve essere esaminata tenendo a mente quale obiettivo quello del superamento dei profili di illegittimità sollevati dai giudici amministrativi; in particolare non può lasciarsi irrisolta la questione dell'attri-

buzione dei poteri di controllo eccedenti i profili di legalità formale, che il d.m. 17 febbraio 2016 aveva attribuito al registro delle imprese nel caso di procedimento di costituzione o modifica con modalità informatiche.

Il riferimento è, in particolare, ai controlli in precedenza previsti dall'art. 2, secondo comma, lett. *d)*, *h)*, d.m. 17 febbraio 2016: il primo in relazione alla riferibilità astratta dell'atto al modello della start-up innovativa e il secondo alla liceità, possibilità e determinabilità dell'oggetto sociale. Deve anzitutto osservarsi che nell'ordinamento interno tale genere di controllo, e più in generale tutti quelli inerenti agli aspetti coperti dall'elenco di cui all'art. 2, secondo comma, d.m. 17 febbraio 2016, risulta imprescindibile in fase di costituzione o modifica e dunque deve essere necessariamente individuato un soggetto competente a effettuarlo. Ciò vale ancor più nel caso della start-up innovativa costituita con modalità informatica, viste le peculiarità della figura societaria, dove deve essere altresì individuata la compatibilità con i requisiti di cui al d.l. n. 179/2012.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza di cui si è trattato sopra, ha escluso che l'attribuzione di simili controlli, specie quelli di cui alle lett. *d)* e *h)*, possa avvenire con il mezzo di un regolamento, vista la loro portata estensiva rispetto ai controlli di mera legalità formale ordinariamente attribuiti all'ufficio del registro delle imprese.

Di conseguenza, prima ancora dell'adozione di un nuovo regolamento attuativo della disciplina in materia di start-up innovativa, sarebbe stato necessario un intervento legislativo correttivo che avesse modificato la norma primaria in materia di controlli in caso di costituzione della start-up innovativa con modalità informatiche. Ciò avrebbe potuto realizzarsi in due modi differenti. Una prima opzione, più aderente all'originario quadro normativo in materia di start-up innovativa, avrebbe potuto sostanziarsi in un intervento con una norma di rango primario per attribuire in via eccezionale all'ufficio del registro delle imprese i poteri di controllo di legalità sostanziale previsti dall'elenco di cui all'art. 2, secondo comma, d.m. 17 febbraio 2016, limitatamente alle fattispecie di costituzione e modificazione di start-up innovativa con modalità informatica. Sarebbe stata così superata la violazione del principio di gerarchia delle fonti rilevata dal Consiglio di Stato e vi sarebbe stato un più netto quadro normativo a sostegno dell'azione dell'ufficio del registro delle imprese in sede di controlli estesi oltre gli aspetti formali.

Una seconda alternativa, più pervasiva rispetto all'assetto originario e favorevole alle istanze corporative del notariato, avrebbe potuto invece introdurre l'intervento del notaio anche nel processo di costituzione con modalità informatiche della start-up innovativa, come poi è in concreto avvenuto, sebbene

con riferimento generale alle s.r.l. e s.r.l.s. e senza una specifica disciplina per la start-up innovativa.

In ogni caso, a seguito dell'illegittimità pronunciata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 2643/2021 e sino al recepimento della direttiva UE 2019/1151 vi è stato un lasso temporale durante il quale non è stata possibile la costituzione con modalità informatica di nuove start-up innovative per via della mancanza di una norma che definisse controlli di legalità necessari e li attribuisse a un soggetto ben individuato.

Si è aperto, a questo punto, uno scenario di incertezza circa il destino delle start-up innovative già costituite con modalità informatica. Secondo il 18° rapporto trimestrale sulle start-up innovative costituite online, predisposto da Unioncamere, MiSE e InfoCamere sulla base dei dati al 31 dicembre 2020⁷⁹, le start-up innovative costituite con modalità informatica a tale data ammontavano a 3.579⁸⁰. Di queste 2.617 avevano sottoscritto gli atti costitutivi con firma digitale ai sensi dell'art. 24 c.a.d., svolgendo dunque il procedimento interamente online, mentre le rimanenti 962 avevano provveduto ai sensi dell'art. 25 c.a.d.⁸¹.

Rispetto a tali imprese, la sentenza del Consiglio di Stato sopra riferita poneva il problema della validità del procedimento di costituzione che – lo si anticipa – era poi stato risolto dal legislatore dopo alcuni mesi. Vi è infatti un tradizionale orientamento che attribuisce efficacia retroattiva alle sentenze di annullamento di atti normativi secondari⁸². Seguendo tale filone i procedimenti di costituzione delle 3.579 start-up innovative esistenti sarebbero divenuti privi di ogni sostegno normativo che ne potesse legittimare il compimento. Le società sarebbero state colpite da nullità per vizio nel procedimento di costituzione nella specie della mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma di atto pubblico⁸³, salva la possibilità di sanare la causa di

⁷⁹ Il rapporto è consultabile sul sito del MiSE www.mise.gov.it.

⁸⁰ Deve evidenziarsi come il successivo rapporto trimestrale del MiSE sulle start-up innovative, relativo al primo trimestre 2021 ed elaborato con dati aggiornati al 1° aprile 2021 non riporti alcuna informazione circa il numero di società costituite online. Anche questo documento è consultabile sul sito del MiSE www.mise.gov.it.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Per una più completa ricognizione, si veda R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2019.

⁸³ Il caso in esame rappresenta una fattispecie inedita nell'ordinamento, rispetto alla quale potrebbe ipotizzarsi l'applicazione dell'art. 2332 c.c., che sanziona con la nullità la società costituita senza stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico. Del resto, venendo meno il d.m. 17 febbraio 2016, le start-up innovative nel mentre costituite con modalità in-

nullità *ex art.* 2332, quinto comma, c.c. provvedendo a redigere un nuovo atto costitutivo⁸⁴.

Tuttavia deve anzitutto darsi atto di un progressivo temperamento nell'affermazione dell'efficacia retroattiva delle sentenze di annullamento di atti normativi secondari⁸⁵. Nel recente parere n. 1233 del 26 giugno 2020 il Consiglio di Stato ha sostenuto che la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato può essere derogata nel caso di atti normativi o generali, quando l'annullamento possa generale una condizione di vuoto regolatorio che si risolve in una situazione di minor tutela degli interessi fatti valere con il ricorso⁸⁶.

Nel parere da ultimo richiamato, il Consiglio di Stato ha sostenuto che il principio di effettività della tutela giurisdizionale può giustificare una modulazione temporale dell'efficacia della pronuncia giudiziale quando vi è la necessità di assicurare in tal modo l'interesse fatto valere con la domanda.

Nel caso in esame, l'interesse a ricorrere del CNN era stato oggetto di scrutinio da parte del T.A.R. Lazio durante il giudizio di primo grado, senza scostamenti sul punto nel grado di appello di fronte al Consiglio di Stato. I giudici di prime cure avevano considerato il CNN come soggetto che «cura la tutela degli interessi della categoria dei notai», come previsto all'art. 2, lett. e), l. 3 agosto 1949, n. 577, ritenendo così ammissibili solo le doglianze attinenti alla lesione della sfera professionale.

Poiché il CNN ha ottenuto l'annullamento del d.m. impugnato e per l'effetto la riaffermazione dell'imprescindibile intervento del notaio nella fase di costituzione della società, l'interesse azionato in giudizio avrebbe potuto ritenersi sufficientemente tutelato anche nel caso in cui non si fosse ritenuto retroattivo l'annullamento. La pronuncia del Consiglio di Stato ha di fatto accolto la tesi del notariato circa la necessità di garantire un controllo di le-

formatica non hanno redatto l'atto costitutivo in forma di atto pubblico e la norma che legittima il ricorso al procedimento alternativo è venuta meno con efficacia retroattiva.

⁸⁴ Si veda il commento all'art. 2332 c.c. in G. BONFANTE, D. CORAPI, L. DE ANGELIS, V. NAPOLEONI, R. RORDORF, V. SALAFIA, *Codice commentato delle società*, Milano, Ipsoa, 2011.

⁸⁵ Il cambio di paradigma nella giurisprudenza amministrativa si deve al Cons. St. nella pronuncia del 10 maggio 2011, n. 2755 con la quale è stato relativizzato il principio di retroattività dell'annullamento dell'atto illegittimo. In seguito, l'Adunanza Plenaria del Cons. St., nella pronuncia del 13 aprile 2015, n. 4 ha ricordato come l'efficacia *ex tunc* dell'annullamento dell'atto amministrativo non sia prevista dalla legge, ma da un orientamento suscettibile di revisione.

⁸⁶ V. DI CIOCIOLA, *L'annullamento con effetti ex tunc dell'atto impugnato quale principio derogabile. Il piano antincendio della Regione Toscana*, in *Dir. amm.*, 2021, V.

galità pieno sugli atti costitutivi di società, che non era sufficientemente assicurato dall'assetto previsto dal legislatore con le misure regolamentari impugnate. Così, dal momento della sentenza in avanti i notai sono tornati ad essere indispensabili per la costituzione di ogni genere di società, avendo ripristinato in pieno l'originario perimetro di controllo di legalità sugli atti societari. Per quanto riguarda il passato, e in particolare il periodo intercorrente tra il 2016 (emanazione del d.m.) e il 2021 (sentenza del Consiglio di Stato) sulla base del d.m. annullato era stato possibile costituire almeno 2.617 società di capitali senza l'intervento notarile, sottoponendole a un controllo di legalità poi ritenuto non compatibile con l'ordinamento. Il numero appare esiguo rispetto alla totalità delle società costituite e comunque deve tenersi a mente che le società così costituite avrebbero avuto comunque una durata limitata a 60 mesi, tale è infatti il limite temporale per la qualifica di start-up innovativa, superato il quale avrebbero dovuto transitare nella sezione ordinaria del registro delle imprese, ovvero in quella delle PMI innovative. In entrambi i casi, stando agli arresti giurisprudenziali richiamati, sarebbe stata loro richiesta la redazione dell'atto costitutivo in forma di atto pubblico. Si sarebbe avuta così, nell'arco di 60 mesi a partire dalla sentenza del Consiglio di Stato, una sanatoria di fatto dei profili di illegittimità sanzionati dai giudici amministrativi. Dunque l'interesse di categoria, e quello più generale dell'ordinamento, espresso dal CNN avrebbe potuto ritenersi sufficientemente tutelato anche ipotizzando un'efficacia non retroattiva dell'annullamento del d.m. 17 febbraio 2016⁸⁷.

Al contrario, qualora si fosse voluta sostenere la tesi della retroattività dell'annullamento anche nel caso qui in esame, si sarebbe dovuta considerare come immediata conseguenza che almeno 2.617 società si sarebbero trovate di colpo affette da nullità, dovendo in breve tempo redigere un nuovo atto costitutivo in forma di atto pubblico per sanare il vizio, con la prospettiva di essere poste in stato di liquidazione nel caso in cui non avessero provveduto. In considerazione dell'esteso problema di ordine sistematico e dell'incertezza negoziale e dei traffici che l'improvvisa nullità di oltre duemila società avrebbe

⁸⁷ Volendo prendere in considerazione aspetti più strettamente corporativisti, il d.m. annullato aveva sensibilmente ridotto l'estensione delle attività per le quali è garantita ai notai la riserva professionale: è stato infatti possibile costituire almeno 2.617 società di capitali senza l'intervento notarile. Il numero appare esiguo rispetto alla totalità delle società costituite e anche sotto il profilo economico le start-up innovative non rappresentano certo una clientela particolarmente munifica per i notai, considerando che al momento della genesi della società le disponibilità patrimoniali sono generalmente ridotte. In ogni caso, la sentenza del Cons. St. ha permesso ai notai di evitare la perdita anche di questo genere di clientela.

comportato, specie se rapportata all'interesse del ricorrente CNN, il legislatore è intervenuto al fine rimuovere ogni dubbio circa la non retroattività degli effetti derivanti dall'annullamento del d.m. 17 febbraio 2016.

Con la l. 29 luglio 2021, n. 108, che ha convertito con modificazioni il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, è stato aggiunto a quest'ultimo atto normativo l'art. 39-*septies*, che al primo comma ha sancito la validità ed efficacia degli atti costitutivi e delle loro successive modificazioni relativi alle start-up innovative redatti con modalità alternative all'atto pubblico, purché già depositati presso l'ufficio del registro delle imprese al 31 luglio 2021.

Il legislatore ha così risolto i dubbi sopra cennati e, con il successivo secondo comma dell'art. 39-*septies* appena menzionato ha chiarito il ritorno alla disciplina di cui all'art. 2480 c.c. per eventuali modificazioni dell'atto costitutivo delle start-up innovative originariamente costituite con modalità informatiche, almeno «fino all'adozione delle nuove misure concernenti l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario».

In ogni caso, in merito al destino delle start-up innovative già costituite con modalità informatica, residua la circostanza di quelle che dovessero perdere i requisiti di legge validi per l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese, ma che non potranno transitare nella sezione ordinaria in virtù di quanto espresso dal T.A.R. Lazio nella sentenza n. 10004/2017 e poi confermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2643/2021. Il giudice di prime cure aveva interpretato l'art. 25, sedicesimo comma, d.l. n. 179/2012 nel senso di ritenere che la previsione consente il passaggio dal registro speciale a quello ordinario delle sole start-up innovative costituite con atto pubblico, escludendola per quelle costituite con modalità informatica, anche se il testo legislativo non si esprimeva sul punto, utilizzando una formulazione generica che potrebbe intendersi riferita a entrambe le figure⁸⁸. Ebbene allo stato non sembra esservi altra soluzione rispetto a quella di ritenere che al momento della perdita dei requisiti per l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese una start-up innovativa costituita con modalità informatica possa transitare nella sezione ordinaria solo qualora formi nuovamente il proprio atto costitutivo come atto pubblico⁸⁹, dovendo altrimenti essere posta in liquidazione⁹⁰.

⁸⁸ Si veda la pronuncia del giudice del registro presso il Trib. Roma, 5 aprile 2019, in *Foro it.*, 2019, I, 2546; nonché la nota a sentenza di E. CODAZZI, *Cancellazione di start-up innovativa dalla sezione speciale del registro delle imprese per perdita del requisito di innovatività*, in *Società*, 2019, 1375.

⁸⁹ Ovvero lo modifichi seguendo la disciplina di cui all'art. 2480 c.c., come ora ha previsto l'art. 39-*septies*, secondo comma, d.l. n. 77/2021.

⁹⁰ La soluzione appare inequivocabile per la start-up innovativa costituita con modalità in-

Del resto, anche la sanatoria contenuta nell'art. 39-*septies* d.l. n. 77/2021 si limita a garantire la validità delle costituzioni già avvenute con modalità informatiche, senza che tale modalità di costituzione sia equiparata a quella per atto pubblico⁹¹. Pertanto l'assenza di un atto pubblico originario, stante l'attuale normativa, è destinato a ripresentarsi nel momento in cui la start-up innovativa transita in una sezione del registro delle imprese diversa da quella speciale⁹².

Il rilievo appena svolto sull'assenza di un atto pubblico originario potrebbe far sorgere dubbi sulla sanatoria di cui si è detto. L'art. 39-*septies* d.l. n. 77/2021 ha conferito efficacia e validità agli atti costitutivi formati con modalità informatiche, superando *ex lege* le criticità evidenziate dal Consiglio di Stato, ma non ha convalidato i controlli effettuati dal registro delle imprese al momento della costituzione di tali società. Peraltro l'intervento normativo ha portata esclusivamente interna e, se da un lato è sufficiente per l'ordinamento italiano, dall'altro potrebbe non essere ritenuto idoneo a colmare la mancanza di un legittimo controllo sugli atti societari come richiesto dall'art. 10 della direttiva UE 2017/1132. Infatti l'art. 39-*septies* d.l. n. 77/2021 si limita ad attribuire efficacia e validità agli atti costitutivi, senza conferire legittimità ai controlli svolti dal registro delle imprese in vigenza della normativa annullata dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2643/2021. Dunque le costituzioni con modalità informatiche intervenute prima dell'arresto del Consiglio di Stato rimangono sfornite di un controllo di legalità, quantomeno nel caso in cui si

formatica e atto costitutivo sottoscritto ai sensi dell'art. 24 c.a.d., ma a un diverso apprezzamento potrebbe giungersi nel caso di sottoscrizione ai sensi dell'art. 25 c.a.d., poiché in tal caso si sarebbe più prossimo al modello dell'autentica della sottoscrizione, che rende la complessiva procedura non dissimile da quella prevista per la s.r.l.s.

⁹¹ Recita infatti la disposizione «Gli atti costitutivi, gli statuti e le loro successive modificazioni delle società start-up innovative di cui all'articolo 25, secondo comma, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, costituite in forma di società a responsabilità limitata, anche semplificata, depositati presso l'ufficio del registro delle imprese alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e redatti con le modalità alternative all'atto pubblico ai sensi dell'articolo 4, comma 10-*bis*, del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2015, n. 33, e secondo le disposizioni dettate dal decreto del Ministro dello sviluppo economico 17 febbraio 2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 56 dell'8 marzo 2016, restano validi ed efficaci e conseguentemente le medesime società conservano l'iscrizione nel registro delle imprese».

⁹² Tale fattispecie potrebbe ora ritenersi coperta dall'art. 39-*septies*, secondo comma, d.l. n. 77/2021, secondo il quale le modificazioni all'atto costitutivo di società costituite con modalità informatiche devono essere compiute ai sensi dell'art. 2480 c.c. e dunque con verbale redatto da notaio.

acceda alla tesi dell'efficacia *ex tunc* delle sentenze di annullamento del Consiglio di Stato. Anche sotto questo profilo, per superare eventuali criticità derivanti dal mancato rispetto della legislazione europea, potrebbe essere preferibile propendere per l'efficacia *ex nunc* della pronuncia del Consiglio di Stato, conferendo così legittimità ai controlli di legalità effettuati dal registro delle imprese sulle società costituite con modalità informatiche.

Vi sono, infine, alcuni profili sui quali il giudice amministrativo non ha ritenuto utile pronunciarsi, ovvero che esulavano dalle domande poste dal CNN, ma che rivestono un certo interesse ai fini di questa trattazione.

Dal testo delle sentenze del T.A.R. Lazio e del Consiglio di Stato sembrerebbe che CNN abbia sostenuto una tesi secondo la quale l'art. 10 della direttiva UE 2017/1132 istituisce un sistema nel quale ciascuno Stato Membro dovrebbe scegliere in via esclusiva una tra le tre modalità di controllo preventivo sugli atti societari prospettate dalla norma: amministrativa, giudiziaria, oppure attuata attraverso il vincolo di forma dell'atto pubblico. Così il legislatore italiano, avendo prescelto in termini generali la modalità del controllo mediante la redazione degli atti in forma pubblica, non potrebbe poi demandare in taluni casi il controllo al registro delle imprese, come sarebbe avvenuto nel caso delle start-up innovative costituite con modalità informatica.

I testi delle sentenze hanno trattato in maniera assai sfumata la questione. Appare appena il caso di rilevare come non si rinviene nell'art. 10 della citata direttiva alcun obbligo di scegliere in via esclusiva solo una delle modalità di controllo previste. Del resto non si vedono ostacoli all'adozione di un sistema nel quale per talune società individuate dal legislatore il controllo di legalità sia effettuato da un soggetto espressione dell'amministrazione (ad esempio dall'ufficio del registro delle imprese), mentre per altre sia compiuto per il tramite del ricorso alla forma pubblica degli atti costitutivi o modificativi. Sarebbe questo, del resto, il legittimo approdo cui potrebbe giungere il legislatore italiano qualora si limitasse ad attribuire con legge al registro delle imprese la legittimazione a effettuare quei controlli sulla start-up innovativa costituita con modalità informatica che erano previsti dall'elenco di cui all'art. 2, secondo comma, d.m. 17 febbraio 2016.

Altro profilo su cui i giudici amministrativi non si sono soffermati attiene all'idoneità della firma digitale di cui all'art. 24 c.a.d. al fine della sottoscrizione degli atti costitutivi e modificativi. Sia il T.A.R. Lazio, sia il Consiglio di Stato si sono limitati a precisare che la sottoscrizione *ex art. 24 c.a.d.* è prevista dalla norma primaria all'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015, intendendo così esimersi da ogni ulteriore scrutinio sulla norma. Pur nella corret-

tezza delle pronunce, resta aperto l'interrogativo sull'idoneità dello strumento diviso dal legislatore, specie in rapporto al grado di certezza sull'identità del sottoscrittore che si intende raggiungere, anch'esso suscettibile di varie gradazioni⁹³.

5. Conclusioni: il recepimento della direttiva UE 2019/1151 e il ritorno all'intervento notarile.

A seguito della sentenza del Consiglio di Stato n. 2643/2021 nell'ordinamento italiano non è stato possibile costituire società di capitali attraverso un procedimento interamente online. Tale impedimento si è protratto fino al recepimento nel diritto interno delle previsioni della direttiva UE 2019/1151⁹⁴. Il legislatore ha fatto indiretto riferimento a tale assetto all'art. 39-*septies*, secondo comma, d.l. n. 77/2021 dove si legge che gli atti societari di start-up innovativa tornano ad essere redatti nella forma di atto notarile «Fino all'adozione delle nuove misure concernenti l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario [...]», in ciò rinvenendosi un chiaro riferimento al recepimento della direttiva UE 2019/1151.

Infatti, dopo una lunga gestazione⁹⁵, è stata definitivamente approvata ed emanata nel giugno 2019 la predetta direttiva che modifica la direttiva UE 2017/1132 introducendo l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario. La direttiva, così come emendata, pone l'obbligo per gli Stati membri di prevedere la possibilità di costituzione totalmente online per alcuni modelli di società di capitali di ciascuno Stato membro, specificamente elencati nell'allegato II *bis* della direttiva, che per l'Italia menziona la s.r.l. e la s.r.l.s.

In particolare il nuovo art. 13-*octies* della direttiva UE 2017/1132 prevede che gli Stati Membri provvedano affinché la costituzione di società di capitali possa essere svolta totalmente online «senza che i richiedenti debbano comparire di persona dinanzi a un'autorità o a qualsiasi persona o organismo incaricato a norma del diritto nazionale di occuparsi di qualunque aspetto della co-

⁹³ Per una panoramica sul Codice dell'amministrazione digitale e le soluzioni di firma a disposizione, si veda F. TROJANI, *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale*, Bologna, Maggioni, 2016.

⁹⁴ Come del resto suggerisce l'art. 39-*septies*, secondo comma, d.l. n. 77/2021.

⁹⁵ C. TEICHMANN, *The Company Law Package-Content and State of Play*, in *ECFR*, 2019, 3-14; F. PERNAZZA, (nt. 3); A. BARTOLACELLI, *A new (?) framework (?) on digitalization in European (?) company (?) law?*, in *InterEULawEast*, 5(2), 2018, 1-68.

stituzione online delle società, compresa la redazione dell'atto costitutivo»⁹⁶. Sin qui la norma evita che i soci fondatori siano obbligati a presentarsi personalmente di fronte all'autorità preposta al controllo di legalità dell'atto costitutivo secondo l'ordinamento interno.

Per la costituzione online delle società è fatto obbligo agli Stati Membri di mettere a disposizione dei modelli predefiniti di atti costitutivi che possano essere utilizzati dai soci fondatori⁹⁷. In caso di utilizzo di questi modelli, il meccanismo che ne risulta è simile a quello già visto nei paragrafi precedenti per la s.r.l.s. e la s.r.l. start-up innovativa nell'esperienza italiana.

Al successivo art. 13-*nonies*, secondo comma, la direttiva stabilisce ora che «Gli Stati membri assicurano che i modelli di cui al paragrafo 1 possano essere usati dai richiedenti nel quadro della procedura di costituzione online di cui all'articolo 13-*octies*. Qualora i richiedenti utilizzino i modelli in conformità alle norme di cui all'articolo 13-*octies*, paragrafo 4, lettera *a*), l'obbligo di esporre degli atti costitutivi della società redatti e certificati in forma di atti pubblici qualora non sia previsto un controllo preventivo amministrativo o giudiziario, come previsto all'articolo 10, si considera soddisfatto». Dunque ai sensi del primo paragrafo dell'art. 13-*nonies*, secondo comma, della direttiva la costituzione di una società attraverso un modello predefinito soddisfa il requisito di forma dell'atto pubblico e, di conseguenza, lo svolgimento dei controlli di legalità che sarebbero stati effettuati al momento della redazione dell'atto pubblico. Riecheggiano qui le motivazioni espresse dal T.A.R. Lazio nella sentenza n. 10004/2017, dove era stato osservato come la stessa predisposizione da parte del legislatore di un modello di atto costitutivo, immutabile nel suo nucleo, rappresenti in sé una garanzia di conformità del documento con la legislazione vigente nell'ordinamento, senza la necessità di ulteriori controlli da parte di un pubblico ufficiale. Sin qui risulterebbe pienamente legittimato un sistema analogo a quello predisposto dal legislatore italiano per la s.r.l. start-up innovativa costituita in modalità informatica ai sensi dell'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015.

Tuttavia deve altresì darsi conto del secondo paragrafo del medesimo art. 13-*nonies*, secondo comma, della direttiva, che recita «La presente direttiva non pregiudica il requisito, ai sensi del diritto nazionale, che gli atti costitutivi siano redatti in forma di atto pubblico, purché la costituzione online di cui all'articolo 13-*octies* rimanga possibile». Questa ulteriore previsione

⁹⁶ N. DE LUCA, (nt. 34); T. JAKUPAK, Z. BREGES, *Digitalization: balance and protection – state-of-the-art*, in *InterEULawEast*, 7(2), 2020, 195-227.

⁹⁷ Si veda il dettato dell'art. 13-*nonies*, primo comma, direttiva UE 2017/1132.

chiarisce che gli Stati membri hanno facoltà di continuare a imporre, anche in caso di utilizzo del modello predefinito, che l'atto costitutivo sia redatto in forma di atto pubblico, purché tale documento sia formato con un procedimento online.

Il complessivo sistema posto dal nuovo testo della direttiva prevede che debba essere possibile la costituzione con procedura totalmente online di quelle società di capitali indicate nell'allegato (per l'Italia, s.r.l. e s.r.l.s.) e che qualora tale procedura sia svolta con l'uso modelli predefiniti di atto costitutivo, questi ultimi possano essere considerati alla stregua di atti pubblici per ciò che concerne i controlli di legalità sul loro contenuto. Al legislatore italiano è stato dunque richiesto di prevedere un sistema di costituzione totalmente online per s.r.l. e s.r.l.s. aventi atto costitutivo liberamente redatto dai soci fondatori, nonché una variante – ovvero un sistema separato – per la costituzione delle medesime società con l'utilizzo del modello predefinito.

Ciascuno Stato membro ha avuto tempo fino al 1° agosto 2021 per conformarsi alle previsioni della direttiva. Il Parlamento italiano ha approvato la l. 22 aprile 2021, n. 53 (c.d. Legge di delegazione europea 2019-2020), con la quale è stata data delega al governo per l'adozione di un decreto legislativo di recepimento della direttiva UE 2019/1151. L'art. 29 della l. n. 53/2021 prevede che la costituzione online di s.r.l. e s.r.l.s. 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».

Dando seguito alla legge di delegazione, nell'agosto 2021 il Governo ha presentato ai due rami del Parlamento uno schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva⁹⁸. Successivamente al passaggio parlamentare, il testo è stato approvato dal Consiglio dei Ministri divenendo il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 183⁹⁹.

Accogliendo una proposta proveniente dai rappresentanti del notariato¹⁰⁰,

⁹⁸ Lo “Schema di decreto legislativo recante recepimento della direttiva UE 2019/1151 recante modifica della direttiva UE 2017/1132 per quanto concerne l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario” è contenuto nell'atto del Governo n. 290, trasmesso alla Camera in data 6 agosto 2021 e al Senato in data 7 agosto 2021.

⁹⁹ Il decreto legislativo, intitolato “Recepimento della direttiva (UE) 2019/1151 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, recante modifica della direttiva (UE) 2017/1132 per quanto concerne l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario”, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, del 29 novembre 2021, n. 284.

¹⁰⁰ Documento presentato dall'organo notarile in sede di consultazioni presso il Senato della Repubblica, reperibile in www.senato.it.

la scelta del legislatore è ricaduta sulla prescrizione della forma di un atto pubblico per le società costituite online, anche qualora si faccia ricorso all'utilizzo di un modello standard di atto costitutivo. Nonostante la genericità del testo della legge delega, per realizzare lo scopo il legislatore ha deciso di introdurre una variante, in precedenza non esistente, dell'atto pubblico informatico regolato dagli artt. 47-*bis*, 47-*ter* e 52-*bis* della l. 16 febbraio 1913, n. 89¹⁰¹. Infatti le norme da ultimo citate consentono la sottoscrizione con firma digitale dell'atto pubblico, ma sono state interpretate nel senso di imporre comunque la presenza fisica degli intervenienti di fronte al notaio¹⁰², non ammettendo una sottoscrizione a distanza. La disciplina sarebbe stata incompatibile con la direttiva, che prescrive l'esistenza di una modalità di redazione dell'atto pubblico pur senza la presenza fisica delle parti di fronte al notaio. L'esecutivo ha superato l'ostacolo prevedendo esplicitamente all'art. 2, primo comma, d.lgs. n. 183/2021 che possa essere redatto un atto pubblico informatico interamente online, senza la presenza fisica degli intervenienti di fronte al pubblico ufficiale, ammettendo che questi possano essere collegati in videoconferenza all'interno di una specifica piattaforma predisposta per lo scopo dal CNN¹⁰³. Per gli altri aspetti relativi alla formazione dell'atto pubblico informatico, la norma rimanda esplicitamente agli artt. 47-*bis*, 47-*ter* e 52-*bis* l. n. 98/1913.

L'art. 2, secondo comma, d.lgs. n. 183/2021 tratteggia poi i caratteri della piattaforma gestita dal CNN, prevedendo che possa garantire l'accertamento dell'identità dei soggetti intervenienti e la verifica dell'apposizione da parte loro della firma digitale o di altro tipo di firma elettronica qualificata¹⁰⁴, oltre che la percezione di quanto accade alle parti collegate in videoconferenza nel momento in cui le stesse manifestano la propria volontà.

¹⁰¹ Gli articoli menzionati sono stati introdotti nella legge notarile dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 110, si veda M. NASTRI, *Le opportunità dell'atto pubblico informatico*, in *Notariato*, 2010, 566.

¹⁰² M. CEOLIN, F. CRIVELLARI, *L'atto pubblico informatico: note a margine del d.lgs. 2 luglio 2010 n. 110*, in *Studium iuris*, 2011, 903; E. SMANIOTTO, M. PORFIRI, *L'atto pubblico informatico*, in *Immobili & proprietà*, 2012, 177.

¹⁰³ La soluzione è stata prefigurata da N. DE LUCA, (nt. 34), 437. È stata costituita dal CNN ed è attiva la Piattaforma del Notariato italiano (PNI), utilizzando la quale è stata già compiuta la prima costituzione di s.r.l. con procedura interamente online, come riferisce il comunicato stampa del CNN del 15 dicembre 2021, reperibile in internet al seguente indirizzo: <https://www.notariato.it/wp-content/uploads/PrimaSrlonline.pdf>.

¹⁰⁴ Nel caso in cui le parti non disponessero di un simile tipo di firma, l'ultimo periodo del secondo comma si spinge a prevedere che la piattaforma del CNN sia in grado di attribuire al soggetto una firma elettronica adeguata.

L'utilizzo di modelli standard è contemplato all'art. 2, terzo comma, d.lgs. n. 183/2021 demandandone l'adozione con decreto al MiSE, che dovrà mettere a disposizione anche una versione in lingua inglese. Il testo della disposizione lascia intendere che nel processo di costituzione online l'utilizzo di un modello standard è solo eventuale, dunque possono costituirsi con atto pubblico informatico anche società con statuti liberamente redatti dai soci, allargando così la platea dei possibili utilizzatori della modalità di costituzione a distanza.

Infine, il decreto legislativo pone un limite massimo al compenso del notaio quale forma di agevolazione verso coloro che sceglieranno la modalità di costituzione informatica della società attraverso l'utilizzo del modello standard di statuto¹⁰⁵.

Come anticipato, nell'introdurre modalità di costituzione di società interamente online ai sensi della direttiva UE 2017/1132, il legislatore italiano ha voluto avvalersi del disposto dell'art. 13-*nonies*, secondo comma, secondo paragrafo, della direttiva per ristabilire un sistema di atti societari nei quali sia sempre necessaria la forma dell'atto pubblico, anche nel caso di utilizzo di un modello predefinito di statuto. L'approdo cui il legislatore è giunto rappresenta un passo indietro rispetto alle norme in tema di s.r.l. start-up innovativa costituita con modalità informatica, quantomeno in termini di deformalizzazione, snellezza del procedimento e minori costi per i soci, tutte caratteristiche che avevano informato il processo costitutivo di cui all'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015. D'altro canto la necessaria redazione di un atto pubblico e dunque l'intervento del notaio, anche in caso di procedimento online e utilizzo del modello standard, permette ai soci di apportare ogni variazione di loro gradimento al testo dello statuto, senza essere rigidamente condizionati dalle previsioni del modello predefinito, e senza che si ripresenti la limitazione al tipo di modifiche che possano in seguito essere apportate allo statuto, come invece avvenuto per la s.r.l. start-up innovativa costituita e modificata con modalità informatiche.

Nella ricezione delle previsioni introdotte dalla direttiva UE 2019/1151 il legislatore sembra in parte giovare dell'esperienza della s.r.l. start-up innovativa.

¹⁰⁵ L'art. 2, terzo comma, d.lgs. n. 183/2021 prevede un compenso non superiore a quello di cui alla tabella C "Notai", ridotto alla metà, del medesimo regolamento nel caso di utilizzo dei modelli standard. Invece il regime transitorio di cui all'art. 39-*septies*, terzo comma, d.l. n. 77/2021 prevedeva che l'attività notarile per le modificazioni degli atti costitutivi delle start-up innovative costituite con modalità informatica fosse remunerata in misura non superiore al compenso minimo previsto alla lett. b), tabella D "Notai", del regolamento del Ministero della Giustizia 20 luglio 2012, n. 140, pari a € 600,00.

tiva costituita con modalità informatica, nonché di quella della s.r.l.s. In primo luogo non dovrebbero esservi particolari difficoltà nella predisposizione di modelli di atto costitutivo standard per s.r.l. e s.r.l.s., quest'ultimo già esistente. Inoltre l'esperienza del portale startup.registroimprese.it ha rappresentato un punto di partenza per la predisposizione della piattaforma telematica gestita dal CNN secondo i dettami del d.lgs. n. 183/2021.

