



i p[ro]statu: de re. futura de qua nemo
 hoc iurare e[st] aliqd faciend[um] ul' no[n]
 o[mn]i teste p[ro]mittit. p[ro]m[iss]i scilicet ass[er]tor
 alius sp[irit]us. nam alii iurat d[omi]ni
 tate dice[n]t. iter de malicia q[uo]d absit de q[uo]b[us]
 sup[er] de iuram[en]to calipnic[us] c[apitulum] m. ap[osto]l[us] i. s. i.
 7. de re. iur[is] p[ro]f[ess]o[rum] s. de iur[is] q[ui]b[us]. Et sic ne du
 de f[aci]o. s. 7. de iur[is] iur[is] fr[ater] et q[ui]dam alii. im
 p[ro]p[ri]et[em] suam sup[er]iore no[n] recognoscunt.
 Co[n]t[ra]t[us] cum Haroldus magnus i[st]i p[ro]f[ess]o
 nam fuit t[ra]nslatum i[n] p[ro]p[ri]um i[n] germanos
 no[n] iur[is] i[n] fili[is] su
 ent regnum f
 si forsan aliqu
 b[er]adun[us] iur[is] i[n]
 cu[m] disc[er]it. Co
 adit p[ro]m[iss]um. hic attendend[um] q[uo]d duplex est
 iuram[en]tum. unum e[st] ass[er]tor[is] q[uo]d fit de re p[ro]f[ess]o
 ul' p[ro]f[ess]o q[ui]m q[ui]s ass[er]t[ur]e pot[est] si e[st] b[er]n[ard]us et h[oc] iur[is]
 iure e[st] aliqd deo teste ass[er]t[ur]e. xii. q. ii. i. su
 ma et de hoc intelli[gitur] iste textus. aliud e[st] p[ro]m[iss]i

RIVISTA GIURIDICA SARDA

1-2019

Anno XXXIV

Gennaio-Aprile – Pubblicazione quadrimestrale

EDIZIONI AV

TRIBUNALE DI CAGLIARI, Sez. Specializzata in materia di imprese, 11 ottobre 2018, n. 14025 — TAMPONI *Presidente* — BERNARDINO *Estensore* — D. s.r.l. (avv. ti Di Michele, Mura Toro) — G.A.T. (avv.ti Racugno, Porcu).

Società di capitali - Società a responsabilità limitata - Operazioni sul capitale - Aumento reale del capitale - Delibera di aumento - Rifiuto dell'iscrizione - Mancanza delle condizioni di legge - Oggetto del controllo notarile - Esclusione.

(Cod. civ. artt. 2436, 2481-*bis*).

Il controllo di legalità demandato al notaio, da svolgersi attraverso un'analisi di carattere rigorosamente documentale e aliena da ogni sindacato di merito, non può involgere la presenza dei presupposti sostanziali necessari all'adozione della delibera di aumento del capitale sociale di una società a responsabilità limitata (1).

(*Omissis*). — Con ricorso depositato in data 17 maggio 2018 il signor R. G.T., nella sua qualità di amministratore unico della società D. s.r.l. con sede in Tortolì, ha richiesto a questo Tribunale, ai sensi dell'art. 2436 c.c., richiamato dall'art. 2480 c.c., di voler ordinare al registro delle imprese l'iscrizione della delibera adottata dall'assemblea in data 27 febbraio 2018 (verbale di assemblea a rogito del dottor G.C. (*omissis*) con la quale era stato disposto:

«1) di aumentare il capitale sociale a pagamento ed in denaro da euro 10.200,00 (diecimiladuecento virgola zero zero) a euro 200.000,00 (duecentomila virgola zero zero), con offerta di sottoscrizione ai soci, in proporzione alle partecipazioni da ciascuno possedute, senza sovrapprezzo;

2) di prevedere quale termine per la sottoscrizione del deliberato aumento quello di trenta giorni dall'iscrizione della presente delibera nel competente registro della imprese;

(1) La nota segue a p. 141.

3) di prevedere che, qualora l'aumento di capitale non sia stato interamente sottoscritto entro tale data, l'aumento sarà eseguito per l'importo pari alle sottoscrizioni raggiunte entro tale data;

4) di dare mandato all'organo amministrativo affinché, una volta eseguito il deliberato aumento, depositi presso il competente registro delle imprese il testo aggiornato di statuto sociale, con l'importo del capitale aggiornato alle sottoscrizioni effettuate».

Si precisa che il citato ricorso è stato depositato presso la Sezione Specializzata in materia d'Impresa di questo Tribunale in seguito al decreto del Tribunale di Nuoro del 24 aprile 2018, con il quale il predetto giudice aveva dichiarato la propria incompetenza, avendo ritenuto che tra i procedimenti di volontaria giurisdizione in materia societaria attribuiti alla Sezione Specializzata in materia d'Impresa «rientri anche quello di omologazione delle deliberazioni di modificazione dello statuto previsto dall'art. 2436 3° e 4° comma cod. civ., avente ad oggetto un controllo preventivo circa la sussistenza delle condizioni stabilite dalla legge e quindi la conformità della delibera al modello legale, diverso da quello meramente formale demandato dal 2° comma dello stesso art. 2436 all'ufficio del registro (e quindi al giudice del registro)».

Parte ricorrente ha, in particolare, allegato l'infondatezza dei motivi d'impugnazione del bilancio d'esercizio chiuso al 31 dicembre 2016, che il socio di minoranza G.A.T., intervenuto in assemblea, aveva indicato quale causa ostativa all'adozione della delibera di aumento di capitale sociale, e la cui indicazione era stata posta dal notaio verbalizzante a fondamento del rifiuto d'iscrizione.

Con comparsa del 21 maggio 2018 è intervenuto nel procedimento il socio G.A.T., che ha richiesto il rigetto del ricorso, osservando che del tutto correttamente il notaio non aveva dato corso all'iscrizione della delibera nel registro delle imprese, per le seguenti ragioni:

a) per aver a fondamento un bilancio falso e *sub judice* (essendo infatti pendente dinanzi a questo tribunale il giudizio d'impugnazione del bilancio 31 dicembre 2016);

b) per essere volta, attraverso l'aumento del capitale, a ripianare un *deficit* del patrimonio sociale;

c) per essere priva d'interesse sociale e volta unicamente a danneggiare il socio di minoranza. (*Omissis*)

Il ricorso è fondato, per i motivi che di seguito si espongono.

Ai sensi dell'art. 2436 c.c., richiamato dall'art. 2480 c.c. per le società a responsabilità limitata, il notaio richiede l'iscrizione della

delibera modificativa dello statuto nel registro delle imprese «*verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge*».

Si è precisato che «*nel sistema instauratosi in forza dell'art. 32 della legge 24.11.2000, n. 340, recante semplificazione della fase costitutiva e della fase modificativa delle società di capitali, e poi confermato dalla riforma del diritto societario nel nuovo art. 2436 cod. civ., compito del notaio è quello di esercitare un controllo sostanziale di legalità volto ad accertare, attraverso un'analisi di carattere rigorosamente documentale ed aliena da ogni sindacato di merito, la conformità della delibera assembleare rispetto alle caratteristiche tipologiche previste dalla disciplina di legge*» (Cass. civ., Sez. II, sent. n. 14766 del 19 luglio 2016).

Si ritiene altresì che rientri nei poteri di controllo del notaio, «*anche la conformità alla legge del suo procedimento formativo, avendo il notaio, nella sua funzione di filtro preventivo, il dovere di rifiutarsi di iscrivere nel registro delle imprese deliberazioni assunte in assenza delle condizioni procedurali di legge, ogniqualvolta il vizio emerga in modo palese dagli eventi assembleari che il notaio ha verbalizzato, senza che sia a tal fine necessaria alcuna indagine extraassembleare*» (Cass. citata).

Nel caso di specie, con nota dell'8 marzo 2018 il notaio ha motivato il rifiuto dell'iscrizione della delibera di aumento del capitale sociale nel registro delle imprese sul presupposto per cui non sarebbe possibile l'accertamento della presenza dei presupposti sostanziali necessari all'adozione di tale aumento, ed in particolare della situazione patrimoniale della società, essendo stato impugnato l'ultimo bilancio approvato.

Tanto premesso, ritiene il Tribunale che il notaio non abbia correttamente esercitato il potere demandatogli dalla legge.

Si rileva innanzitutto che l'assemblea dei soci ha deliberato un aumento a pagamento (c.d. aumento reale) del capitale sociale, da euro 10.200,00 ad euro 200.000,00.

La presentazione all'assemblea della relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società è prevista nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2482-*bis* c.c., ovvero sia la diminuzione del capitale di oltre un terzo in conseguenza di perdite.

Tale ipotesi non risulta essersi verificata nel caso di specie: ed infatti di essa non si dà atto nel verbale di assemblea, oltre che nella nota dell'8 marzo 2018.

Nella citata nota, infatti, il notaio si è limitato a prospettare come possibile tale evenienza, in considerazione del fatto che l'ulti-

mo bilancio approvato è stato impugnato ed il relativo giudizio è tuttora pendente.

Osserva a tale proposito il Tribunale che il predetto bilancio, la cui delibera di approvazione non risulta essere stata sospesa, è da considerarsi alla stregua di un atto valido e pienamente efficace.

Pare quasi superfluo osservare che, in caso contrario, un'impugnazione del bilancio, specie se proposta con finalità dilatorie, costituirebbe un fin troppo facile espediente per il socio dissenziente al fine di paralizzare la decisione di aumento reale del capitale sociale adottata dalla maggioranza.

Per altro verso, riprendendo quanto affermato dalla Suprema Corte, il controllo di legalità demandato al notaio, da svolgersi attraverso un'analisi di carattere rigorosamente documentale ed aliena da ogni sindacato di merito, non può di certo involgere la fondatezza dei motivi addotti a sostegno dell'impugnazione del bilancio.

Per lo stesso motivo, evidentemente, alcun sindacato può compiere il notaio con riferimento al c.d. abuso della maggioranza ravvisato dal socio dissenziente G.A.T.

Come ha infatti chiarito la Suprema Corte, il vizio della delibera tale da giustificarne il rifiuto dell'iscrizione deve emergere in modo palese dagli eventi assembleari che il notaio ha verbalizzato, senza che si debba svolgere un'indagine extra-assembleare, e tale circostanza non sussiste nel caso di specie.

Per quanto sopra esposto, deve essere ordinata l'iscrizione della delibera nel registro delle imprese territorialmente competente, che nel caso di specie è il registro delle imprese di Nuoro.

Non vi è luogo a provvedere alle spese, stante la natura non contenziosa del presente procedimento di volontaria giurisdizione.

Ciò in quanto esso ha ad oggetto non la risoluzione di un conflitto di interessi, ma il regolamento, secondo la legge, dell'interesse pubblico alla corretta iscrizione delle delibere modificative dello statuto nel registro delle imprese, cosicché in esso non è ravvisabile una parte vittoriosa o soccombente (per l'affermazione del medesimo principio in una fattispecie da considerarsi analoga, concernente il reclamo avverso il rifiuto del Conservatore dei registri immobiliari, oggi Direttore dell'Agenzia del Territorio – Servizio di Pubblicità Immobiliare, di eseguire una trascrizione v. Cass. civ., Sez. I, sent. n. 1513 del 20 luglio 2015).

(1) **Modifiche statutarie e condizioni per l'iscrizione della delibera di aumento del capitale.**

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. La disciplina del controllo preventivo di legalità. – 3. Il contenuto del controllo preventivo di legalità alla luce di una recente sentenza della Cassazione. – 4. Il rifiuto dell'iscrizione della delibera di aumento e le ragioni del ricorso. – 5. L'impugnazione e la mancata sospensione della delibera di approvazione del bilancio. – 6. Il preteso abuso di maggioranza.

1. *Il fatto.* – Il decreto che si annota è stato emesso dal Tribunale di Cagliari, in accoglimento del ricorso presentato dall'amministratore unico della D. s.r.l., con il quale quest'ultimo chiedeva, alla suddetta autorità giudiziaria, di ordinare l'iscrizione nel registro delle imprese – ai sensi dell'art. 2436 c.c. – della delibera avente ad oggetto l'aumento a pagamento del capitale della società (da euro 10.200 a euro 200.000). L'iscrizione in parola, infatti, non era avvenuta sino a quel momento a causa del rifiuto opposto da parte del notaio rogante, il quale aveva ritenuto non soddisfatte le relative condizioni di legge.

In principio, dunque, l'assemblea aveva deliberato l'aumento reale e scindibile del capitale sociale, nella misura specificata, riservandolo ai soci e senza prevedere un sovrapprezzo.

In quella medesima occasione, il socio di minoranza aveva sostenuto che il bilancio d'esercizio, sul quale l'operazione poggiava, fosse falso e che la conseguente impugnazione della relativa decisione di approvazione dimostrasse chiaramente la mancanza delle condizioni per l'assunzione della delibera di aumento.

Il notaio rogante aveva ritenuto che l'intervenuta impugnazione della delibera di approvazione del bilancio fosse effettivamente sufficiente a impedire che si realizzassero le condizioni necessarie per considerare legittimo l'atto e per richiederne l'iscrizione nel registro delle imprese.

Il ricorso si proponeva dunque di rimediare agli effetti provocati dal descritto rifiuto, confutando la pretesa mancanza delle condizioni di legge, la cui presenza giustifica altrimenti l'adempimento pubblicitario (proprio) da parte del notaio.

Il socio di minoranza era perciò intervenuto nel procedimento davanti al Tribunale di Cagliari, al fine di ottenere il rigetto del ricorso in parola.

Il medesimo socio di minoranza assumeva perciò che la falsificazione del bilancio avesse consentito di nascondere le perdite che l'aumento di capitale si proponeva – invece – implicitamente di ripianare e che l'operazione della quale si chiedeva l'iscrizione non soddisfacesse alcun interesse della società, ma fosse unicamente volta a realizzare un abuso di maggioranza.

Il Tribunale (1) – in sede di volontaria giurisdizione – accoglieva il ricorso e ordinava l'iscrizione della delibera di aumento nel registro delle imprese.

Come vedremo meglio tra poco, la decisione verte sull'interpretazione della norma di cui all'art. 2436 c.c. – richiamato dall'art. 2480 c.c., per la s.r.l. – che

(1) Dinanzi alla cui Sezione Specializzata in materia di impresa il ricorso in parola era stato depositato, dopo che il Tribunale di Nuoro, con decreto, aveva dichiarato la propria incompetenza, ritenendo che tra i procedimenti di volontaria giurisdizione in materia societaria, attribuiti alla Sezione Specializzata in materia d'impresa, rientri anche quello di omologazione delle deliberazioni di modificazione dello statuto, di cui all'art. 2436 c.c.

attribuisce al notaio il controllo sulla legalità della deliberazione di modifica dell'atto costitutivo, della quale deve chiedere l'iscrizione (2).

2. *La disciplina del controllo preventivo di legalità.* – L'art. 2436 c.c., come è noto, ha replicato la formula con la quale l'art. 32 della l. 340 del 2000 delineava la funzione di controllo sugli atti costitutivi e modificativi delle società di capitali (prima di quel momento riservata al Tribunale), assegnandola invece (quasi interamente) al notaio (3).

Questi, dunque, “verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge”, deve chiedere l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese. Come è stato condivisibilmente rilevato (4), la genericità della formula impiegata, che il legislatore della novella societaria non ha inteso superare, ha inevitabilmente alimentato il dibattito sul contenuto del controllo omologativo, senza chiarirne né gli obiettivi (*i.e.* quali siano i vizi rilevanti) né i limiti.

Prima di procedere, occorre ricordare che l'attuale disciplina codicistica, in piena consonanza con quella introdotta dalla citata l. n. 340 del 2000, prevede che il controllo del quale si discute venga effettuato dal notaio che ha verbalizzato l'atto, il quale deve procedere all'iscrizione (5) entro trenta giorni.

Il legislatore precisa altresì che, nel caso in cui il medesimo notaio ritenga non adempiute le condizioni stabilite dalla legge, ne deve dare comunicazione entro il medesimo termine agli amministratori. Questi ultimi (6), nei trenta giorni successivi, possono tanto convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti (7) quanto ricorrere al Tribunale il quale, nel caso in cui, diversamente

(2) Con riguardo, invece, al controllo che spetta al Conservatore, IBBA, *Il controllo del conservatore*, in ID., *La pubblicità delle imprese*², Padova, 2012, p. 63 ss.; sulla natura del controllo del Conservatore, in giurisprudenza, Trib. Verona, 28 settembre 2009, consultabile su *www.ilcaso.it*.

(3) E v. MARASÀ, *Controllo e pubblicità delle delibere di modifica statutaria nelle s.p.a.*, in *Riv. not.*, 2007, I, p. 523 ss., p. 524.

(4) MALTONI, *Il controllo notarile sugli atti societari ex art. 2436 alla luce di una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. not.*, 2016, II, p. 1177 ss., p. 1178; ID., *Il controllo preventivo “esterno”*, in IBBA e DEMURO (a cura di), *Il registro delle imprese. A vent'anni dalla sua attuazione*, Torino, 2017, p. 93 ss.

(5) Con riguardo al controllo di legalità formale, operato dal Conservatore del registro delle imprese, v. ancora IBBA, *op. loc. ultt. citt.*; MARASÀ, *op. cit.*, p. 527 ss.

(6) Con riferimento a quest'ultimo profilo, emerge in realtà una rilevante modifica intervenuta nel passaggio dall'art. 32 della l. n. 340 del 2000 al codice civile riformato. Come rileva MARASÀ, *op. cit.*, p. 525, il codice riformato riduce ulteriormente lo spazio per l'intervento omologatorio del Tribunale, in considerazione del fatto che oggi, ai sensi del comma 3° dell'art. 2436 c.c., solo gli amministratori possono ricorrere al Tribunale, in caso di rifiuto dell'iscrizione da parte del notaio, mentre precedentemente la suddetta legittimazione era riconosciuta anche al singolo socio; il che aveva suscitato una forte reazione critica in dottrina.

(7) Possibilità non espressamente esplicitata dall'art. 32, comma 4°, della l. n. 340 del 2000, ma generalmente riconosciuta dalla dottrina, come rilevato da MARASÀ, *op. loc. ultt. citt.*, al quale si rinvia anche per l'analisi relativa al senso della previsione in parola; ID., *ivi*, p. 525.

dal notaio rogante, ritenga che l'atto sia conforme alla legge, ne ordina con decreto – sentito il pubblico ministero – l'iscrizione nel registro delle imprese.

In questi precisi termini, la riforma dell'omologazione degli atti societari, riprodotta (pressoché) integralmente – come detto – dal legislatore della novella del 2003, conserva un limitato spazio di intervento – in sede di volontaria giurisdizione – al Tribunale (8). Ed è proprio in un'ipotesi come quella evocata da ultimo, che il Tribunale di Cagliari ha accolto il ricorso dell'amministratore unico della D. s.r.l. e ha ordinato l'iscrizione della delibera di aumento nel registro delle imprese.

3. *Il contenuto del controllo preventivo di legalità alla luce di una recente sentenza della Cassazione.* – Come abbiamo appena rilevato, conformemente peraltro con le posizioni espresse dalla dottrina pronunciatasi sul punto (9), il principale limite della riforma dell'omologazione deve attribuirsi alla mancata chiarificazione del contenuto e della effettiva portata del controllo rimesso (in via principale) al notaio.

In altri termini, il legislatore ha perso l'occasione di dire chiaramente «(...) se l'area del controllo sia limitata al risultato della deliberazione assembleare, quindi alla clausola statutaria approvata, o si estenda anche al procedimento deliberativo; se i vizi rilevabili in sede di controllo, tali da inibire l'iscrizione della delibera nel registro delle imprese, siano solo quelli che comportano nullità o anche quelli sanzionati con l'annullabilità della delibera, oppure, in una diversa prospettiva, se siano solo quei vizi che derivano dalla violazione di norme poste a tutela di interessi generali, o anche quelli che conseguono al mancato rispetto di norme che proteggono interessi dei soci» (10).

In un quadro caratterizzato da perplessità come quelle appena prospettate, è intervenuta un'importante pronuncia di legittimità (11), la quale è inevitabilmente destinata a pesare (12) sulla definizione del contenuto del controllo notarile (e non) sugli atti costitutivi e modificativi delle società di capitali.

I giudici affermano infatti che «(...) compito del notaio è quello di esercitare un controllo sostanziale di legalità, volto ad accertare, attraverso un'analisi di

(8) E v. ancora MARASÀ, *op. cit.*, p. 524 s.; e prima della novella societaria, STELLA RICHTER jr., *Considerazioni generali sulla riforma delle omologazioni societarie*, in *Riv. not.*, 2001, I, p. 279 ss., p. 286 ss., il quale con riguardo alla disciplina allora vigente, individua anche ulteriori casi.

(9) MALTONI, *op. loc. ult. cit.*

(10) Così ancora MALTONI, *op. loc. ultt. citt.*; nello stesso senso, sin da prima della novella societaria, MORERA, *Dall'«omologazione» del tribunale all'«omologazione» del notaio: prime riflessioni sull'art. 32 legge 340/2000*, in *Riv. not.*, 2001, I, p. 295 ss., p. 299 ss.

(11) Cass., 19 luglio 2016, n. 14766, consultabile su www.cortedicassazione.it.

(12) MALTONI, *op. loc. ultt. citt.* fa notare, infatti, che il pronunciamento dei giudici di legittimità è ancor più significativo in quanto giunto a chiudere un procedimento disciplinare a carico di un notaio, il che porterà inevitabilmente i notai nel loro complesso a conformarsi all'orientamento espresso dalla Cassazione.

carattere rigorosamente documentale ed aliena da ogni sindacato di merito, la conformità della delibera assembleare rispetto alle caratteristiche tipologiche previste dalla disciplina di legge». In questa luce, «il controllo notarile sulle deliberazioni sociali è finalizzato ad assicurare, anzitutto e a monte, la certezza dei traffici, stante l'attitudine del contratto di società, e delle sue successive modificazioni, a produrre effetti nei confronti dei terzi. Si tratta di una verifica di conformità al modello legale di riferimento che prescinde dalla tradizionale distinzione tra vizi negoziali, in termini di nullità o di annullabilità, da cui l'atto può essere affetto. Rientra nel perimetro di controllo preventivo che il notaio è chiamato ad esercitare, oltre ai profili contenutistici della delibera, anche la conformità alla legge del suo procedimento formativo, avendo il notaio, nella sua funzione di filtro preventivo, il dovere di rifiutarsi di iscrivere nel registro delle imprese deliberazioni assunte in assenza delle condizioni procedurali di legge, ogniquale volta il vizio emerge in modo palese dagli eventi assembleari che il notaio ha verbalizzato, senza che sia a tal fine necessaria alcuna indagine extra-assembleare» (13).

In questo modo la Cassazione – in accordo con la dottrina (14) prevalente – ha definito i contorni generali della fattispecie controllo preventivo sugli atti societari (15). Quest'ultimo dunque si estende al procedimento e non si limita al contenuto dell'atto; nella medesima chiave, non può fermarsi a rilevare i soli vizi che determinano la nullità della deliberazione; e, quindi, se la si vuole guardare da un differente punto d'osservazione, deve accertare anche l'eventuale violazione di norme poste a tutela del solo interesse dei soci.

L'orientamento in parola è pienamente coerente con l'idea, espressa dagli stessi giudici di legittimità e condivisa in dottrina (16), in base alla quale l'art. 138-*bis*

(13) Così Cass., 19 luglio 2016, n. 14766, *cit.*, p. 14 s.

(14) MARASÀ, *op. cit.*, p. 526 s.

(15) Come precisa MALTONI, *op. cit.*, p. 1179, si tratta del controllo preventivo, non necessariamente di controllo notarile. Egli afferma infatti «l'attribuzione al notariato della competenza in materia è un accidente storico: una fra le possibilità che la disciplina comunitaria concede (Direttiva 68/15/CEE del 9 marzo 1968, che, nel prescrivere il controllo preventivo, consente che lo stesso possa essere amministrativo, giudiziale o notarile)».

(16) REVIGLIONE, *Il contenuto del controllo notarile di iscrivibilità sugli atti societari: prime considerazioni*, in *Riv. not.*, 2001, I, p. 299 ss., p. 306 ss.; ID., *Il controllo di iscrivibilità sugli atti societari: profili sostanziali e procedurali*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1443 ss.; IBBA, *Il controllo sull'iscrivibilità degli atti d'impresa*, in *Riv. not.*, 2001, I, p. 323 ss., p. 328 s., parla al riguardo di controllo in senso pieno; GUERRERA, Art. 2436, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, II, p. 1098 ss., p. 1101 s.

Nella giurisprudenza di merito, recentemente, Trib. Milano, Sez. Impresa B, 25 settembre 2015, in *Società*, 2016, p. 43 ss., p. 44, che – nello specifico – ritiene non pertinente la dicotomia nullità/annullabilità propria di un ordinario giudizio contenzioso e opta invece per un controllo (naturalmente limitato ad un esame di carattere rigorosamente documentale ed alieno da ogni sindacato di merito) condotto alla luce dei più generali parametri di conformità dell'atto al modello legale di riferimento; nello stesso senso, Trib. Ascoli Piceno, 12 aprile 2014, consultabile su *www.Il caso.it*; Trib. Bologna, 18 giugno 2008, in *Vita not.*, 2008, I, p. 1473.

della legge notarile definisce «(...) un'autonoma prescrizione svincolata dal tema della nullità negoziale (...)», come emerge dal rapporto tra quest'ultima previsione e l'art. 28, comma 1°, n. 1.

In diversi termini, mentre l'art. 28, comma 1°, n. 1 della suddetta legge notarile, che vieta al notaio di ricevere o autenticare atti, se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari all'ordine pubblico o al buon costume, deve intendersi alla stregua di una disposizione di carattere generale, l'art. 138-*bis* della medesima legge, non a caso introdotto – com'è noto – proprio dall'art. 32 della l. n. 340 del 2000 (poi sostituito dall'art. 23, comma 1°, del d.lgs. n. 249 del 2006) è una norma speciale, che attiene alla responsabilità disciplinare cui il medesimo notaio va incontro nel (solo) caso in cui chieda l'iscrizione nel registro delle imprese di un atto costitutivo (comma 2°) o di una delibera modificativa (comma 1°), quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge (17).

A quest'ultimo riguardo, proprio la Cassazione, nella sent. n. 14766 del 2016 alla quale abbiamo più volte fatto riferimento, ha affermato che «questa interpretazione è resa evidente dal tenore letterale dell'art. 138-*bis*, comma 1°, il quale prevede che “il notaio che chiede l'iscrizione nel registro delle imprese delle deliberazioni di società di capitali, dallo stesso notaio verbalizzate, quando risultano manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge, viola l'art. 28, comma 1, n. 1) ed è punito...”, non che “il notaio che chiede l'iscrizione nel registro delle imprese delle deliberazioni di società di capitali, dallo stesso notaio verbalizzate, quando risultano manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge, se viola l'art. 28, comma 1, n. 1), è punito...” (18).

Il controllo preventivo sugli atti costitutivi (19) e modificativi delle società di capitali, dunque, nella condivisibile ricostruzione operata dai giudici di legittimità, deve garantire la loro piena conformità alla legge, seppure con l'unico limite rappresentato dal fatto che il notaio (o, nella limitata misura in cui è ancora competente, il tribunale) non può andare oltre *un'analisi di carattere rigorosamente documentale ed aliena da ogni sindacato di merito*.

In quest'ultima chiave, peraltro, il controllo che ci occupa può consentire un livello di tutela degli interessi dipendenti dall'atto oggetto di omologa molto superiore rispetto a quello altrimenti discendente tanto dalla disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari (tra le quali, anche quella relativa all'invalidità dell'atto in virtù del quale interviene l'approvazione del bilancio, di cui all'art. 2434-*bis* c.c.)

(17) Sul tema della responsabilità notarile, dopo la semplificazione dell'omologazione, diffusamente, CASU, *Sanzione disciplinare e sanzione amministrativa nella legge 340/2000. Natura e competenza applicativa*, in *Riv. not.*, 2001, p. 331 ss.; FERRI jr., *Profili di responsabilità notarile*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1422 ss.

(18) Così Cass., 19 luglio 2016, n. 14766, *cit.*, p. 17 s.

(19) Sulla conservazione del controllo omologatorio sugli atti costitutivi, anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 340 del 2000, a dispetto del passaggio della relativa competenza in capo al notaio, che aveva portato alcuni a ritenere che proprio quest'ultima scelta rivelasse l'intendimento di abrogare la stessa omologazione nella fase della costituzione della società, STELLA RICHTER jr., *op. cit.*, p. 283 ss.; MORERA, *op. cit.*, p. 298 s.

quanto da quella, più specifica, dell'invalidità delle operazioni sul capitale (e di emissione di obbligazioni) e di quelle straordinarie (20).

In quasi tutte le occasioni evocate da ultimo, infatti, il legislatore – com'è noto – ha scelto di limitare drasticamente lo spazio entro il quale è ancora possibile l'esperimento di rimedi di natura reale, spazio che viene invece del tutto azzerato nel caso delle operazioni straordinarie, dopo l'iscrizione del relativo atto nel registro delle imprese; salvaguardando in questo modo, seppure in virtù di meccanismi non del tutto coincidenti, l'efficacia dell'atto invalido, e affidando – in via preferenziale – la cura dell'interesse leso – qualunque esso sia – a rimedi di natura obbligatoria (21).

(20) E v. MALTONI, *op. cit.*, p. 1179 ss., il quale precisa che il controllo preventivo mira non tanto alla certezza dei traffici, quanto alla correttezza dei traffici. E la posizione in parola non può non essere pienamente condivisa, proprio nella chiave da noi proposta nel testo. Se la novella, infatti, mira – come rileva lo stesso Maltoni – alla stabilità degli atti societari, nonché alla protezione dei terzi e della sicurezza dei traffici; il controllo preventivo è il momento nel quale si può più efficacemente salvaguardare la correttezza degli atti destinati all'iscrizione. L'autore ritiene perciò che il controllo preventivo diventi il mezzo a cui ci si affida per mediare tra tutela di interessi ritenuti meritevoli e certezza del mercato e dei traffici economici: «(...) mediazione cercata mediante un filtro capace di fermare l'atto lesivo di tali interessi prima che esso abbia esecuzione e crei affidamento nei terzi»; ID., *ibidem*.

Sul tema generale, v., tra gli altri, SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il Nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso diretto da Abbadesse e Portale, 2, Torino, 2006, p. 135 ss., p. 141, il quale sottolinea che la tendenza alla restrizione della tutela reale non si ferma alla disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari – tanto nella sua versione generale, quanto in quella speciale, relativa alle delibere aventi a oggetto le operazioni di aumento e riduzione del capitale nonché di emissione di obbligazioni – ma coinvolge anche le operazioni straordinarie, in specie con l'estensione alla trasformazione del regime già previsto per l'invalidità della fusione e della scissione (art. 2500-*bis* c.c.), nonché la disciplina della nullità del contratto di società, in virtù della restrizione del numero delle relative cause (art. 2332 c.c.), le norme sulle impugnazioni delle deliberazioni consiliari e la nuova disciplina dei gruppi; GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, *ivi*, p. 219 ss., p. 221, la quale sottolinea che tutte le previsioni prese in esame hanno anche rilevanza sostanziale, in quanto limitano, seppure con modalità e intensità differenti, le possibilità di caducazione invalidativa ex artt. 2377 ss. c.c., garantendo stabilità a tali deliberazioni e agli atti esecutivi delle medesime; sul tema, tra gli altri, anche MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, *ivi*, p. 295 ss.; GLIOZZI, *Le condonabili deroghe a norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 16 ss.

E v. anche, sebbene dal punto d'osservazione più direttamente processualistico, SALA, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, *ivi*, p. 257 ss.

(21) E v., sul punto, con un'analisi ampia, puntuale e persuasiva sugli esiti cui conduce la scelta operata dal legislatore della novella, SACCHI, *op. cit.*, p. 138 ss.; diffusamente anche GENOVESE, *op. cit.*, p. 225 ss., la quale non a caso sottolinea – *ivi*, p. 230 – come le previsioni che ci occupano abbiano riguardo all'invalidità degli atti aventi rilievo organizzativo. Stante quest'ultima premessa, la studiosa precisa – *ivi*, p. 236 – che «(...) una volta riconosciuta l'efficacia della deliberazione come fatto che si inserisce nell'organizzazione sociale, diventa possibile ritenere che, a seguito della sua pubblicità, dell'esecuzione, o del decorso del tempo, o dia una combinazione di questi fattori, ne risulti impraticabile la caducazione».

Il rifiuto dell'iscrizione della delibera non conforme alla legge nel registro delle imprese, al contrario, deve ascrivere alla classe dei rimedi di natura reale, in ragione del fatto che il mancato perfezionamento della fattispecie impedisce all'atto stesso di produrre effetti. E ciò dimostra quale sia la rilevanza del potere rimesso al notaio nell'esercizio della funzione di controllo omologativo.

Questi, dunque, deve rifiutare l'iscrizione nel registro delle imprese di una delibera che non sia aderente al profilo tipologico per essa previsto, ogniqualvolta ciò risulti chiaramente e per via documentale. Il medesimo notaio dovrà invece procedere all'iscrizione in tutte le circostanze nelle quali il vizio – sia esso sostanziale o procedimentale – non emerga nei modi suddetti e occorra perciò dar corso a un'indagine che sia destinata a sfociare in un giudizio di merito. In tutte le occasioni evocate da ultimo, infatti, il legislatore ha previsto che della relativa decisione venga investito il giudice, in virtù della impugnazione dell'atto (che si pretende) viziato, intervenuta dopo la sua iscrizione nel registro delle imprese. Ed è proprio in quest'ultime circostanze che il legislatore ha deciso di privilegiare la tendenziale stabilità degli atti invalidi.

4. *Il rifiuto dell'iscrizione della delibera di aumento e le ragioni del ricorso.* – Quanto detto sino a questo momento ci consente di prendere in esame la decisione assunta dal Tribunale di Cagliari con il decreto che si annota.

Il principale motivo, posto dal notaio rogante alla base della decisione di rifiutare l'iscrizione della delibera di aumento reale nel registro delle imprese, risale – come detto – all'intervenuta impugnazione (della delibera di approvazione) del bilancio della società, in ragione della sua pretesa falsità.

Da questo punto d'osservazione, lo stesso notaio ha ritenuto che vi fosse il fondato sospetto che i dati contabili fossero stati artatamente modificati, al fine di nascondere delle perdite che, nel caso in cui fossero state confermate, avrebbero imposto alla maggioranza intenzionata a procedere all'aumento a pagamento, la previa riduzione nominale del capitale. La mancata iscrizione della delibera di aumento, dunque, si spiegherebbe con l'esigenza di rispettare le regole che disciplinano le operazioni sul capitale nella classe societaria più sofisticata e nelle quali è sicuramente rinvenibile uno dei tratti tipologici essenziali ai quali fa riferimento la Cassazione, quando si sofferma sulla necessità che il controllo preventivo di legalità assicuri *la conformità della delibera assembleare alle caratteristiche tipologiche previste dalla disciplina di legge*.

La scelta operata dal notaio rogante dovrebbe dunque considerarsi perfettamente conforme ai principi intorno ai quali è costruita la disciplina contenuta nell'art. 2436 c.c. Ma una siffatta conclusione non sarebbe, a nostro modo di vedere, corretta.

Il limite del ragionamento, che sta alla base della decisione di rifiutare l'iscrizione della delibera di aumento, sta nel fatto che il controllo preventivo deve fondarsi – come detto – su un'analisi esclusivamente documentale (22).

(22) E v. MALTONI, *op. cit.*, p. 1180 s., il quale conclude condivisibilmente che l'ambito del controllo preventivo è circoscritto all'evento assembleare; più nello specifico, il vizio proce-

Il notaio deve cioè avere a disposizione – sin da subito – tutti gli elementi che gli consentono di affermare che non vi sono – al momento in cui opera il controllo preventivo di legalità – le condizioni di legge che giustificano l'adempimento pubblicitario.

Stante questa premessa, infatti, nel caso che ci occupa, l'intervenuta impugnazione della delibera di approvazione del bilancio sulla quale si fonda l'operazione della quale è stata rifiutata l'iscrizione non è sufficiente a far emergere, con certezza e *per tabulas*, la presenza delle perdite al cui implicito ripianamento, in dispregio delle regole che governano le operazioni sul capitale dei tipi societari più sofisticati, l'aumento sarebbe volto. Al fine di giungere a un siffatto esito, in diversi termini, il notaio avrebbe dovuto svolgere proprio le indagini extra-assembleari che la disciplina del controllo preventivo di legalità gli impedisce di condurre.

Paradossalmente, ma neanche tanto, potremmo dire dunque che il rifiuto opposto dal titolare della funzione di controllo preventivo di legalità contrasta con la *ratio* della disciplina in nome della quale quello stesso rifiuto è stato espresso.

5. *L'impugnazione e la mancata sospensione della delibera di approvazione del bilancio.* – Il punto dirimente è dunque quello relativo all'insufficienza dell'impugnazione della delibera di approvazione del bilancio al fine di poter affermare la presenza di perdite che – in piena consonanza con la disciplina della relativa operazione – imporrebbero la preventiva riduzione nominale del capitale.

A quest'ultimo riguardo non si può non condividere l'assunto espresso dai giudici nel decreto che si annota e in virtù del quale il bilancio contestato, «(...) la cui delibera di approvazione non risulta essere stata sospesa, è da considerarsi alla stregua di un atto valido ed efficace». Da quest'ultimo punto d'osservazione, anzi, nel momento in cui si ritenesse diversamente, si stravolgerebbe la filosofia della novella societaria, alla quale abbiamo già precedentemente fatto riferimento.

A fronte di una chiara e manifesta preferenza del legislatore storico per l'arretramento della tutela reale, con la conseguente salvezza degli effetti prodotti dagli atti invalidi, e la previsione di rimedi di carattere obbligatorio a beneficio di coloro che siano titolari dell'interesse leso, è proprio il momento della decisione in ordine alla sospensione dell'esecuzione della deliberazione impugnata, quello nel quale può ancora aversi una forma di protezione effettiva – o reale, se si vuole – degli interessi dell'opponente (23).

dimentale deve essere rilevabile con l'ordinaria diligenza dal verbale e dalla documentazione, che deve essere prodotta a corredo del medesimo, secondo quanto prescrive la legge.

(23) E v., infatti, SACCHI, *op. cit.*, p. 140, il quale rileva come, stante il quadro che emerge dalla novella, le *chances* di accedere a forme di tutela reale sono affidate proprio alla possibilità di ottenere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione impugnata; e MEO, *op. cit.*, p. 305.

Sul tema della misura sospensiva, da un angolo d'osservazione più immediatamente processualistico, diffusamente, SALA, *op. cit.*, p. 280 ss.

A quest'ultimo riguardo, è opportuno sottolineare quanto è stato rilevato da un'autorevole dottrina, per la quale «vale (...) la pena di sottolineare l'accrescimento della funzione dello strumento cautelare nel nuovo contesto in cui l'esecuzione della delibera, e talora perfino l'inizio di essa, può costituire causa di preclusione dell'impugnativa o della pronunzia di invalidità, con la conseguenza che la sede cautelare, nonostante sia tuttora concepita come ancillare al giudizio ordinario di impugnazione a cognizione piena, diventa il vero luogo giurisdizionale di accertamento dell'invalidità, capace di impedire che la delibera trovi attuazione mediante esecuzione o, al contrario, di offrire la strada ai meccanismi pubblicitari idonei ad impedirne una volta per tutte la caducazione» (24).

È in quella sede, dunque, che il giudice deve fare una valutazione comparativa del pregiudizio che deriverebbe al ricorrente dall'esecuzione dell'atto e di quello che invece risentirebbe la società per effetto della sua sospensione (art. 2378, comma 4°, c.c., richiamato per la s.r.l. dall'art. 2479-ter, comma 4°, c.c.). E non è un caso che un siffatto giudizio competa al giudice e non certo al notaio, il quale, però, nel rifiutare l'iscrizione della delibera di aumento, per via della pretesa invalidità della delibera di approvazione del bilancio, sulla quale l'operazione poggia, si sostituisce al giudice al quale la competenza a decidere sulla sospensione dell'atto spetta in via esclusiva.

In questa chiave, a nostro modo di vedere, si devono leggere le parole dei giudici di Cagliari, i quali, nel decreto che si annota, affermano che, se l'impugnata deliberazione di approvazione del bilancio, in quanto non sospesa, non fosse da intendersi alla stregua di un atto valido ed efficace, «(...) un'impugnazione del bilancio, specie se proposta con finalità dilatorie, costituirebbe un fin troppo facile espediente per il socio dissenziente al fine di paralizzare la decisione di aumento reale del capitale adottata dalla maggioranza».

6. *Il preteso abuso di maggioranza.* – Quanto detto sino a questo punto consente altresì di escludere che il titolare del controllo preventivo di legalità possa giungere fino ad accertare gli estremi del preteso abuso di maggioranza (25) che, nella ricostruzione proposta dal socio di minoranza, sarebbe anche l'unico motivo che spiegherebbe la scelta di deliberare l'aumento.

In realtà, in un caso siffatto, ancora una volta, il vero problema – che la disciplina dell'invalidità delle operazioni sul capitale fa emergere chiaramente agli occhi dell'interprete – è quello relativo al ridotto periodo di tempo (centottanta giorni dall'iscrizione della relativa deliberazione) entro il quale può essere proposta l'impugnativa dell'atto (art. 2379-ter, comma 1°, c.c. richiamato per la s.r.l. dall'art. 2479-ter, comma 4°, c.c.). Il legislatore ha optato cioè per la conservazione degli effetti dell'aumento reale, a dispetto degli eventuali vizi della delibera (della quale costituisce l'oggetto e) della quale sia intervenuta l'iscrizione.

(24) Così MEO, *op. loc. ultt. citt.*

(25) E v., nel medesimo senso, proprio con riguardo al suddetto vizio della delibera, MALTONI, *op. cit.*, p. 1181.

In simili circostanze però il rimedio introdotto dalla novella è unicamente quello che si risolve nel diritto al risarcimento del danno che – ai sensi del comma 3° dell'art. 2379-*ter* c.c., richiamato per la s.r.l. dall'art. 2479-*ter*, comma 4°, c.c. – spetta eventualmente ai soci e ai terzi. Non vi sono altre vie.

GIUSEPPE PAOLO ALLECA

