

# LA PUBBLICITÀ LEGALE DELLE IMPRESE: PROBLEMI E PROSPETTIVE

di *Carlo Ibba*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La semplificazione intesa come facoltatività dei controlli. – 2.1. Il procedimento di costituzione e iscrizione delle *start-up* innovative in forma di s.r.l.: dal controllo obbligatorio al controllo facoltativo. – 2.2. *Segue*: disciplina del controllo preventivo e tempi del procedimento di iscrizione. – 2.3. *Segue*: il rapporto fra iscrizione nella sezione ordinaria e iscrizione nella sezione speciale; la così detta iscrizione provvisoria e il suo “venir meno”. – 2.4. Pro-memoria per un legislatore che voglia regolare il controllo preventivo. – 3. Un caso (speriamo) di “fanta-diritto”: dal controllo del Giudice del registro al controllo del Ministero dello sviluppo economico. – 4. Problemi inerenti al rapporto fra tipicità e completezza delle iscrizioni. – 5. Problemi inerenti al rapporto fra iscrizione e archiviazione. – 6. Conclusione. – NOTA BIBLIOGRAFICA.

1. *Introduzione*. – Affronterò il tema traendo spunto, fundamentalmente, da tre recenti vicende, la prima normativa e le altre due giurisprudenziali.

Esse mettono in luce problemi che attengono direttamente al procedimento di iscrizione ma hanno riflessi non trascurabili sul piano degli effetti; e, pur riguardando la prima una specifica tipologia societaria (quella delle *start-up* innovative) e le altre due una fattispecie specifica e circoscritta (le domande giudiziali concernenti trasferimenti di quote l'una, il perfezionamento della modifica statutaria di una società *in house* l'altra), il loro esame può suggerire, mi pare, qualche riflessione di carattere generale sia sulla situazione attuale, a (poco più di) vent'anni dall'effettiva entrata in funzione del registro delle imprese, sia sulle prospettive future.

2. *La semplificazione intesa come facoltatività dei controlli*. – Comincio con l'osservare che nel panorama normativo degli ultimi anni si coglie una linea di tendenza che mira alla semplificazione e alla riduzione di costi amministrativi e che, quando non è solo dichiarata o declamata, si risolve, in concreto, nella svalutazione di requisiti di forma e di controlli fino a poco prima ritenuti irrinunciabili.

Naturalmente il giudizio su operazioni del genere non può che essere dato caso per caso, sulla base di una valutazione comparativa di tutti gli interessi coinvolti, dunque non solo di quelli protetti ma anche di quelli sacrificati dalla norma sem-

plificatrice. In linea generale la mia sensazione, o il mio timore, è che sull'altare della semplificazione vengano immolate istanze di tutela e di garanzia dei terzi e del mercato che forse avrebbero meritato, almeno in qualche occasione, maggiore considerazione e migliore sorte.

A ciò posso aggiungere che spesso la strada della semplificazione non viene percorsa in modo coerente, affrancando il perfezionamento di una determinata fattispecie da controlli ed oneri formali ritenuti evidentemente non più necessari: no, controlli e oneri vengono mantenuti – il che può far pensare che della loro superfluità non si sia troppo convinti – ma si consente agli interessati di sottrarsene a loro discrezione.

Questa tendenza emerge anche nella disciplina del registro delle imprese. Anche qui, al di là del merito (o del demerito) della “semplificazione”, i cui pericoli mi paiono peraltro abbastanza evidenti, si realizza talvolta una incomprensibile alternatività fra due regimi *i cui costi e benefici sono del tutto diversi*, per di più lasciandosi la scelta fra l'uno e l'altro a coloro che dovrebbero subire i rigori della disciplina ove non optassero per il regime più *soft*.

Penso ad esempio alle *start-up* innovative, introdotte nel nostro ordinamento, com'è noto, dall'art. 25 ss., d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modifiche in l. 17 dicembre 2012, n. 221, sulla cui disciplina si sono poi registrati alcuni altri interventi normativi che hanno inciso, in particolare, sulla loro costituzione; ed è su questi interventi successivi che concentrerò ora l'attenzione.

2.1. *Il procedimento di costituzione e iscrizione delle start-up innovative in forma di s.r.l.: dal controllo obbligatorio al controllo facoltativo.* – L'art. 4, comma 10-bis, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, aggiunto in sede di conversione dall'art. 1, comma 1, l. 24 marzo 2015, n. 33, ha stabilito che, «*al solo fine di favorire l'avvio di attività imprenditoriale*», «*l'atto costitutivo e le successive modificazioni di start-up innovative [la cui forma giuridica, come sappiamo, è quella di società di capitali o società cooperative] sono redatti per atto pubblico ovvero per atto sottoscritto con le modalità previste dall'articolo 24 del codice dell'amministrazione digitale*»; modalità che sono quelle della firma digitale semplice e non autenticata.

Ora, questa previsione a mio avviso è illegittima per violazione della direttiva 68/151/CEE del 9 marzo 1968, poi “codificata” nella direttiva 2009/101/CE del 16 settembre 2009. Com'è noto, infatti, il suo art. 10 (11, nella numerazione della direttiva 2009/101) – anche in considerazione delle restrizioni alla dichiarazione d'invalidità delle società di capitali, pur esse previste dalla direttiva – stabilisce che «*in tutti gli Stati membri la cui legislazione non preveda, all'atto della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario, l'atto costitutivo e lo statuto della società e le loro modifiche devono rivestire la forma dell'atto pubblico*».

Il citato art. 4, comma 10-bis, viceversa, rende facoltativa la forma dell'atto

pubblico e consente quindi di evitare l'unico controllo preventivo previsto nel nostro ordinamento, che – da quando è venuto meno il giudizio di omologazione – è appunto quello svolto dal notaio in sede di redazione dell'atto costitutivo in forma pubblica.

Per superare l'ostacolo rappresentato dalla disposizione comunitaria occorrerebbe qualificare le *start-up* innovative come tipi societari autonomi, perciò esterni all'area di applicazione della citata direttiva (così ricalcandosi alcune posizioni emerse nella dottrina francese con riferimento alla *société par actions simplifiée*); tentativo che, si è notato, «se potrebbe avere un tasso non disprezzabile di serietà per le *start-up* costituite in forma di società a responsabilità limitata, sarebbe sicuramente destinato al naufragio per quelle aventi veste azionaria, senza ombra di dubbio riconducibili al modello tipologico principale».

La letteratura che più ha approfondito il problema, tuttavia, esclude che la *start-up* innovativa in forma di s.r.l. costituisca un tipo societario autonomo, osservando per un verso che le clausole astrattamente identificative di tale tipo sono tutte facoltative, per un altro che la loro legittimità è condizionata e temporanea; la disciplina in questione, dunque, «non designa uno statuto legale indefettibile (preordinato alla qualificazione) deviante rispetto allo statuto legale della società a responsabilità limitata di diritto comune», presentandosi piuttosto quale «disciplina condizionata e transitoria della società a responsabilità limitata, prevalentemente atteggiata come immunità da regole del diritto comune».

Con l'obiettivo dichiarato di «*garantire una più uniforme applicazione*» della disciplina, poi, la norma in esame ha demandato l'adozione di un modello uniforme di atto costitutivo e statuto a un decreto del Ministero dello Sviluppo Economico. Diamo allora uno sguardo a questo decreto (il d.m. 17 febbraio 2016, n. 97228), con la doverosa avvertenza che ho avuto occasione di occuparmene professionalmente, avendolo impugnato davanti al Tar del Lazio per conto di un sindacato notarile.

Fra i numerosi vizi rilevati, che sono davvero tanti (e lo dico per convinzione scientifica e non per dovere professionale), segnalerò solo quelli che in qualche modo si riflettono sulla disciplina del registro delle imprese. Comincio col dire che verosimilmente chi ha scritto il decreto ministeriale si è reso conto della non conformità dell'art. 4, comma 10-*bis* alle prescrizioni della prima direttiva, e ha cercato di porvi rimedio; ma lo ha fatto in modo maldestro, per più ragioni.

a) Intanto, pur essendo chiamato dalla norma primaria esclusivamente ad adottare il modello uniforme di atto costitutivo, è andato ben oltre: ha infatti pensato di introdurre un controllo preventivo di legittimità affidato al Conservatore del registro delle imprese. Così facendo, però, ha violato sia la norma che doveva attuare, della quale ha ecceduto i limiti, sia la disciplina prevista nel codice civile e in altre norme primarie, che sugli atti costitutivi di società di capitali demandano al Conservatore controlli che attengono esclusivamente alla regolarità

formale della documentazione presentata (cfr. gli artt. artt. 2189, comma 2, 2330, comma 3, e 2436, comma 2 [gli ultimi due richiamati per le s.r.l. dagli artt. 2463, comma 3, e 2480], c.c.; nonché gli artt. 11, comma 6, e art. 13, comma 4, d.p.r. n. 581/1995).

b) In secondo luogo, il controllo che si è così inteso affidare al Conservatore è comunque parziale, perché ristretto fondamentalmente alla verifica della legittimità dell'oggetto sociale e dell'esclusività o prevalenza dell'attività a carattere innovativo (art. 2.2, lett. *h* e *i*), e dunque ridotto rispetto a quello richiesto dalla direttiva comunitaria per poter ovviare alla necessità dell'atto pubblico.

c) Il decreto, inoltre, ha previsto una disciplina davvero singolare per l'eventualità in cui la costituzione avvenga, invece che per scrittura sottoscritta con firma digitale semplice, per scrittura con firma digitale autenticata: in questo caso, infatti, se l'autenticante è un notaio gli vengono demandati i controlli, sia pure parziali, altrimenti affidati al Conservatore, di cui ho appena detto (art. 5.1); se invece l'autenticante è il Conservatore, per ragioni del tutto incomprensibili ogni controllo viene meno e l'atto è iscritto «*senza necessità di alcuna ulteriore verifica*» (art. 5.2); così fra l'altro introducendo, fra le due fattispecie, una diversità di trattamento del tutto irragionevole.

d) Ancora. Contrariamente a quanto stabilito dalla norma di legge cui il MISE era chiamato a dare attuazione, la forma dell'atto con firma digitale non autenticata parrebbe individuata dal decreto ministeriale non già come una modalità di costituzione *alternativa* rispetto a quella dell'atto pubblico, bensì come *l'unica possibile* modalità di costituzione (*contra* la circolare MISE 3691/C del 1° luglio 2016, su cui mi soffermerò poco oltre).

Nel decreto ministeriale, infatti, si legge testualmente che «*in deroga a quanto previsto dall'art. 2463 del codice civile, i contratti di società a responsabilità limitata*» relativi a *start-up* innovative «*sono redatti in forma elettronica e firmati digitalmente a norma dell'art. 24 del C.A.D.*» (ossia con firma digitale non autenticata: art. 1.1); si ripete che quei contratti che «*sono redatti in modalità esclusivamente informatica e portano l'impronta digitale di ciascuno dei sottoscrittori apposta a norma dell'art. 24 del C.A.D.*» (art. 1.2); e si stabilisce infine che «*l'atto sottoscritto in maniera diversa da quanto previsto dal comma 2 non è iscrivibile nel registro delle imprese*» (art. 1.3).

Non solo, dunque, la possibilità di redazione mediante atto pubblico non è minimamente menzionata nel testo del decreto, ma è significativa la formula prescrittiva «*sono redatti*» (in forma elettronica con firma digitale semplice), in vece di quella facoltizzante «*possono essere redatti*», accompagnata dalla previsione della non iscrivibilità degli atti sottoscritti in forma diversa.

Né mi pare che il vizio sia superabile adducendo la possibilità di ricorrere alla stipulazione mediante atto pubblico elettronico, posto che l'atto notarile in-

formatico, introdotto dal d.l. n. 110/2010, è soggetto ad una specifica disciplina, pur ancora incompleta (cfr. l'art. 6, d.l. n. 179/2012, nonché le modifiche apportate dall'art. 6, d.l. n. 145/2013, conv. in legge con modificazioni dalla l. n. 9/2014); disciplina che il decreto ministeriale impugnato non richiama minimamente, con ciò confermando che l'unica forma di costituzione da esso prevista e ammessa è quella della scrittura con firma digitale (non bisognosa di autenticazione).

Ma il punto è che l'art. 4 del d.l. n. 3/2015 non consentiva la preclusione dell'utilizzo della forma dell'atto pubblico (né la limitazione all'utilizzo dell'atto pubblico informatico, ove ipoteticamente ammesso). Ora, a dire il vero ho notizia di atti pubblici costitutivi di *start-up* la cui domanda d'iscrizione, posteriore al decreto ministeriale, è stata accolta; ma a questa soluzione può arriversi, secondo me, non applicando il decreto ministeriale bensì attraverso la sua disapplicazione.

Come accennato, la citata circolare 3691/C del 1° luglio 2016 si esprime in senso contrario a quanto sin qui esposto: vi si legge infatti che il decreto ministeriale, «*in adesione alla delega normativa, ha, ovviamente, regolato esclusivamente il modello standard alternativo, rimanendo disciplinata dal codice civile [...] l'ordinaria costituzione tramite atto pubblico*», sicché gli Uffici del registro delle imprese «*potranno continuare a iscrivere in sezione ordinaria e speciale, start-up, costituite nella forma di società a responsabilità limitata a norma dell'art. 2463 del codice civile, con atto pubblico*».

In proposito tuttavia osserverei che: a) l'interpretazione del decreto ministeriale così propugnata è, a dir poco, antitestuale, oltre che smentita dalle considerazioni appena esposte; b) se davvero il decreto impugnato avesse regolato esclusivamente il modello alternativo, restando la costituzione per atto pubblico regolata dal codice civile, così facendo esso avrebbe egualmente violato, e non attuato, la delega normativa: questa infatti, come abbiamo visto, poneva esplicitamente «*l'obiettivo di garantire una più uniforme applicazione delle disposizioni in materia di start-up innovative*», a tal fine stabilendo che «*l'atto costitutivo e le successive modificazioni di start-up innovative sono redatti [per atto pubblico o per atto sottoscritto con firma digitale semplice] 'secondo un modello uniforme'*» adottato con decreto ministeriale. Secondo la circolare, invece, il modello uniforme varrebbe solo per gli atti costitutivi sottoscritti con firma digitale e non anche per quelli redatti con atto notarile, rimanendo questi assoggettati unicamente alla disciplina del codice civile: la scelta di regolare esclusivamente una delle due forme di costituzione, insomma, lungi dall'essere ovvia, come improvvidamente afferma la circolare, sarebbe illegittima.

e) Ma non è finita. Perché, forse spaventato dalla pericolosità delle norme che andava introducendo, chi ha scritto il decreto – pur essendo chiamato ad approvare un modello statutario uniforme a prescindere dal tipo societario adottato (s.p.a., s.r.l. o cooperativa) – ne ha ristretto il campo di applicazione alle sole *start-up* in forma di s.r.l. (e il pensiero va immediatamente all'analogha scelta,

verosimilmente dettata da analoghe ragioni, fatta nell'art. 20, comma 7-*bis*, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 116, su cui v. qualche cenno oltre, nel § 2.2).

A seguito di ciò possono ipotizzarsi, in relazione agli altri tipi societari, due diverse conseguenze, fra loro alternative ma entrambe non conformi alla legge. La prima è quella di ritenere che ad una *start-up* innovativa sia oggi preclusa la costituzione come s.p.a. (o come cooperativa), nel qual caso, però, sarebbe evidente la violazione dell'art. 25 del d.l. n. 179/2012, che espressamente contempla l'utilizzabilità anche di tali tipi societari (la quale è del resto implicita nello stesso art. 4, comma 10-*bis*, del d.l. n. 3/2015, che non fa alcuna distinzione fra s.p.a. ed s.r.l.).

È dunque più corretto ritenere che la costituzione della *start-up* in forma di s.p.a. rimane consentita. Il punto è, però, che essa non potrebbe avvenire adottando il modello di statuto uniforme, che il decreto ministeriale ha indebitamente circoscritto al tipo della s.r.l., con ciò precludendo il raggiungimento di quella uniformità di disciplina che la norma primaria esplicitamente poneva quale obiettivo da raggiungere.

*f)* Aggiungo infine che il modello di statuto uniforme, quale ciliegina sulla torta, contiene alcune clausole certamente illegittime per violazione di norme imperative, con evidente violazione della gerarchia delle fonti, posto che certo il decreto ministeriale non era abilitato a introdurre deroghe al diritto societario comune diverse da quelle introdotte dalla disciplina legislativa delle *start-up*.

Cito ad esempio la clausola (contenuta nell'art. 6.2) che in caso di aumento del capitale prevede un termine per la sottoscrizione di dieci giorni, a fronte del termine minimo di trenta giorni inderogabilmente previsto dall'art. 2481-*bis* c.c.; o quella (contenuta nell'art. 7.1) che ammette l'emissione di titoli di debito al portatore, in contrasto con il meccanismo della responsabilità del primo sottoscrittore previsto dall'art. 2483, comma 2, c.c. (La segnalazione di queste due sviste – aggiungo ora – ha portato alla loro correzione, avvenuta con il d.m. 7 luglio 2016, n. 101874, art. 1, lett. *d* ed *e*).

*2.2. Segue: disciplina del controllo preventivo e tempi del procedimento di iscrizione.* – Veniamo ora al procedimento di iscrizione.

In proposito va premesso che nel “micro-sistema” introdotto dal d.l. n. 179/2012, le *start-up* innovative sono tenute a iscriversi sia nella sezione ordinaria del registro delle imprese, al pari di tutte le altre società di capitali (come si desume fra l'altro dall'art. 25.16), sia – al fine di poter fruire dello statuto speciale ad esse riservato – nella apposita sezione speciale (artt. 25.8 e 25.9); con la precisazione che, mentre per la prima iscrizione non è dettata alcuna regola speciale, essendo dunque essa assoggettata all'ordinario procedimento pubblicitario, la seconda iscrizione deve avvenire “automaticamente”, a seguito della presentazione di una domanda avente i requisiti indicati dalla legge speciale (così prescrive l'art. 25.12).

Ora, riguardo ai tempi dell'iscrizione ricordo preliminarmente che, con previsione di carattere generale dal cui campo di applicazione sono escluse le sole società per azioni, il già citato art. 20, comma 7-*bis*, d.l. n. 91/2014), «*al fine di facilitare e di accelerare [...] le procedure di iscrizione nel registro delle imprese*», ha stabilito che, «*quando l'iscrizione è richiesta sulla base di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata*», «*il conservatore del registro procede all'iscrizione immediata dell'atto*», ferma restando la possibilità di una cancellazione d'ufficio ove successivamente si accerti la mancanza delle condizioni richieste per l'iscrizione.

Si tratta, secondo me, di una norma di scarsa utilità, considerando la normale rapidità dei procedimenti di iscrizione, e che presenta non poche controindicazioni (non a caso se ne è prevista l'inapplicabilità alle società per azioni), da quella di un'attenuazione – se non proprio eliminazione – del controllo preventivo al rischio di creare una corsia preferenziale per le iscrizioni da essa regolate rispetto a quelle al di fuori del suo campo di applicazione, alterando così l'ordine naturale delle iscrizioni. Gli interpreti, quindi, si stanno industriando nell'escogitare interpretazioni più o meno correttive che riducano le controindicazioni di questa disciplina.

Può poi incidentalmente notarsi l'operare schizofrenico del nostro legislatore, che con la norma del 2014 ha eliminato il controllo del Conservatore (o, secondo una certa interpretazione, lo ha attribuito al notaio), mentre con la norma del 2016 ha eliminato il controllo del notaio e lo ha attribuito (sia pure in parte e, a mio avviso, illegittimamente) al Conservatore.

Tornando alle *start-up* innovative, il decreto ministeriale è innanzi tutto intervenuto – pur senza essere abilitato a farlo – sui tempi dell'iscrizione.

E lo ha fatto in modo abbastanza sorprendente, perché per l'iscrizione nella sezione ordinaria ha raddoppiato i tempi rispetto a quelli ordinariamente previsti (dieci giorni invece di cinque: art. 2.4, in deroga – forse inconsapevole – all'art. 11.8, d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581), mentre per l'iscrizione nella sezione speciale non ha fissato un termine ma di certo, regolandone il procedimento (nell'art. 3), ne ha escluso l'automaticità che abbiamo visto essere invece prevista nel d.l. n. 179/2012.

Insomma, pur dovendo perseguire il fine di «*favorire [e dunque, immagino, sveltire] l'avvio di attività imprenditoriale*» (è questo il già ricordato *incipit* dell'art. 4, comma 10-*bis*, d.l. n. 3/2015), le citate previsioni sono tali da allungare, invece che abbreviare, i tempi dell'iscrizione nel registro delle imprese.

2.3. *Segue: il rapporto fra iscrizione nella sezione ordinaria e iscrizione nella sezione speciale; la così detta iscrizione provvisoria e il suo "venir meno".* – I problemi maggiori, tuttavia, sono altri.

In coerenza con la disciplina in esso prevista, il d.l. n. 179/2012 ha stabilito che, in caso di perdita dei requisiti previsti ai fini della qualificabilità come *start-up*,

«la start-up innovativa o l'incubatore certificato sono cancellati d'ufficio dalla sezione speciale [questo, naturalmente, in assenza di un'istanza di cancellazione proveniente dalla stessa società: e v. la nota MISE 19 gennaio 2015, n. 6064; preciso che qui l'adempimento pubblicitario è, tecnicamente, l'iscrizione del venir meno della qualifica di *start-up*, iscrizione che può avvenire su domanda di parte, ex art. 2189 c.c., o in mancanza d'ufficio, ex art. 2190 c.c.], permanendo l'iscrizione alla sezione ordinaria» (art. 25.16).

L'art. 4 del decreto ministeriale, poi, ha puntualizzato che la *start-up* cancellata dalla sezione speciale «per motivi sopravvenuti [...] mantiene l'iscrizione in sezione ordinaria senza alcuna necessità di modificare o ripetere l'atto»; e ciò fino ad una eventuale modifica statutaria, che dovrà seguire le regole formali e procedurali previste nel codice civile. Il che significa che – venuti meno i requisiti inizialmente posseduti, o comunque scaduto il periodo temporale al quale la legge ancora il permanere dello statuto speciale delle *start-up* – la società *ex start-up* potrà restare iscritta nella sezione ordinaria, indefinitamente, pur essendo stata costituita mediante scrittura privata, fino alla prima modifica statutaria.

Nulla è stato invece disposto dalla legge per il caso in cui si accerti la mancanza originaria dei requisiti in questione (che, si ricordi, devono semplicemente essere autocertificati: art. 25.9, d.l. n. 179/2012), ma soccorre al riguardo l'art. 2191 c.c., che prevede la cancellazione d'ufficio delle iscrizioni avvenute in assenza delle condizioni di legge: anche in questo caso, dunque, la società dovrebbe essere cancellata dalla sezione speciale, non essendo qualificabile come *start-up*, restando iscritta nella sezione ordinaria come una qualunque altra s.p.a. o s.r.l. (diversamente il MISE, in un parere che citerò più avanti).

Ora, tutto ciò è assolutamente ragionevole in un sistema (qual era quello in cui s'inseriva il d.l. n. 179/2012) nel quale l'iscrizione nella sezione ordinaria sia preceduta dal controllo sostanziale di legalità connesso alla forma dell'atto pubblico; lo è molto meno, o non lo è affatto, nell'assetto normativo conseguente all'art. 4, comma 10-*bis* ed al d.m. del 2016, in cui tutte le (sedicenti) *start-up* sono esonerate da quel controllo e da quella forma, sicché sarà sufficiente dichiarare il possesso dei requisiti in questione per poter costituire società di capitali senza dover subire il controllo di legalità connesso all'utilizzo della forma dell'atto pubblico.

Insomma, il combinato disposto dell'art. 4, comma 10-*bis*, e del decreto ministeriale parrebbe apprestare un meccanismo agevolmente utilizzabile per eludere il controllo preventivo notarile sulla costituzione delle ordinarie società di capitali. E in ogni caso – anche senza immaginare ipotesi “truffaldine” peraltro possibili o la perdita dei requisiti successiva all'avvenuta iscrizione, di ancor più probabile verificabilità – da tale disciplina discende inevitabilmente che allo scadere del periodo di operatività del regime speciale tutte le *ex start-up* costituite con firma digitale non autenticata resteranno iscritte nella sezione ordinaria del registro, al pari di qualunque altra società di capitali, pur non essendo state costituite nella forma dell'atto pubblico.

Ad evitare tale dirompente conseguenza può proporsi un'interpretazione in virtù della quale, se è vero che la cancellazione dalla sezione speciale non determina di per sé la cancellazione anche dalla sezione ordinaria, tuttavia il permanere "in vita" della società – che a questo punto è, come si è detto, una ordinaria società di capitali – soggiace integralmente alle regole del diritto societario comune, inclusa quella che impone la forma dell'atto pubblico. Conseguentemente, quanto meno la società priva *ab origine* dei requisiti propri delle *start-up*, essendosi costituita mediante scrittura privata senza averne titolo, potrebbe e dovrebbe essere dichiarata nulla, ai sensi dell'art. 2332, n. 1, c.c., per mancanza della forma dell'atto pubblico.

I problemi sarebbero finiti se non fosse intervenuta, a complicarli ulteriormente, la normativa ministeriale e subministeriale.

La prima, infatti, ha qualificato come "provvisoria" l'iscrizione nella sezione ordinaria nelle more dell'iscrizione nella sezione speciale (così il comma 4 dell'art. 2, d.m. n. 97228/2016, dalla numerazione pur essa singolare in quanto, a conferma della grande accuratezza con cui il provvedimento è stato confezionato, non contempla il comma 3); un'iscrizione provvisoria del tutto inedita, in quanto sconosciuta alla normativa primaria, e di cui è francamente difficile cogliere il senso.

Sul punto è poi intervenuto il decreto direttoriale MISE 1° luglio 2016, che – travalicando i limiti ad esso imposti dal decreto ministeriale (essendo chiamato a dettare unicamente «*le specifiche tecniche del formato elettronico elaborabile del modello*» e «*le relative istruzioni per l'iscrizione*»: così l'art. 2.1, d.m. n. 97228/2016) – ha inopinatamente disposto che:

– mentre «*la cancellazione della società dalla sezione speciale per motivi sopravvenuti successivamente alla valida iscrizione della stessa alla medesima sezione speciale [...] non comporta la cancellazione della stessa dalla sezione ordinaria*» (art. 5.3, il cui enunciato non fa che riprodurre l'analogo precetto già contenuto nel d.l. n. 179/2012);

– viceversa, «*la mancata iscrizione nella sezione speciale [...] comporta il rifiuto dell'iscrizione in sezione ordinaria*» (così si esprime l'art. 5.2), il che equivale a prevedere il rifiuto di un'iscrizione che, per quanto detto, ... è già stata effettuata!

Ora, come possa rifiutarsi un'iscrizione che è già avvenuta è un mistero nel quale non voglio addentrarmi. Certo, la logica vorrebbe che – qualora successivamente all'iscrizione nella sezione ordinaria si accerti la mancanza dei requisiti propri delle *start-up* e perciò si rifiuti l'iscrizione nella sezione speciale – l'iscrizione nella sezione ordinaria debba essere non già "rifiutata" ai sensi dell'art. 2189 c.c., bensì "cancellata d'ufficio" ai sensi dell'art. 2191. E non si tratta di una questione solo terminologica, dal momento che il provvedimento di rifiuto è di competenza del Conservatore (e contro di esso è ammesso ricorso al Giudi-

ce del registro: art. 2189, comma 3), mentre il provvedimento di cancellazione d'ufficio è di competenza del Giudice del registro (e contro di esso è ammesso il ricorso al Tribunale: art. 2192).

Ma non si tratta solo di questo.

Il punto è che né il così detto “rifiuto d'iscrizione” *a posteriori*, né la cancellazione d'ufficio sarebbero legittimi, per il loro evidente contrasto con la disciplina interna e con quella comunitaria. Com'è noto, infatti, queste stabiliscono imperativamente che, avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, le società di capitali possono essere eliminate dal traffico giuridico solamente previa dichiarazione di nullità, che deve avvenire con sentenza, può essere pronunciata solo in casi tassativi previsti dalla legge (fra i quali non rientra la fattispecie in discussione) e al termine di un ordinario procedimento di liquidazione (cfr. gli artt. 12 e 13 della citata direttiva 2009/101; e l'art. 2332 c.c., applicabile anche alle s.r.l. in virtù del rinvio contenuto nell'art. 2463, terzultimo comma; nonché, per il caso di società la cui costituzione è sottoposta *ex art.* 2329, n. 3, c.c., ad autorizzazioni di cui si accerti dopo l'iscrizione la mancanza o l'invalidità, l'art. 223-*quater* disp. att. c.c.).

L'eliminazione della società, insomma, deve fare i conti con il fatto che essa, *medio tempore*, ha operato con i terzi (ha stipulato contratti, ha contratto debiti, magari si è aggiudicata un appalto pubblico, magari è stata convenuta in giudizio, ecc.) e non può scomparire dal traffico giuridico prima che siano stati definiti tutti i rapporti (sostanziali e processuali) in corso.

Né può pensarsi di eludere il problema semplicemente qualificando come “provvisoria” la sua iscrizione, perché la società “provvisoriamente iscritta” opera con i terzi esattamente come una qualunque altra società; sicché occorre pur sempre fare i conti con gli artt. 12 e 13 della I direttiva, con l'art. 2332 c.c. e con le più elementari esigenze di tutela dei terzi dei quali queste norme si fanno carico, non potendosi ammettere che la società, dopo aver operato sul mercato, venga fatta ... sparire, con buona pace dei creditori e dei terzi che hanno contrattato con essa.

Il vero è che la disciplina interna e comunitaria sopra riportata esclude l'ammissibilità dell'iscrizione provvisoria di una società di capitali; ed esclude la legittimità di una disciplina che pretenda di eliminarla, o di darla per non avvenuta, così come fa l'art. 5.2 del decreto direttoriale.

*2.4. Pro-memoria per un legislatore che voglia regolare il controllo preventivo.* – Tornando al punto specifico del controllo preventivo, preciso che in astratto il legislatore certamente avrebbe potuto introdurre per le *start-up* innovative una forma di controllo di tipo amministrativo diversa rispetto a quella operata dal notaio in sede di redazione dell'atto pubblico.

Tuttavia, per fare questo nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e di quello europeo avrebbe dovuto intervenire con una norma di rango primario e non con un decreto ministeriale; e per farlo nel rispetto dei principi dell'ordina-

mento europeo avrebbe dovuto affidare al Conservatore un potere di controllo funzionalmente equivalente a quello svolto dal notaio, esteso quindi a verificare il sussistere di tutte le condizioni richieste dalla legge nonché la conformità dell'atto costitutivo(-statuto) della società al modello legale.

Non avendo fatto niente di tutto questo, c'è la concreta possibilità – se l'impugnazione di cui ho detto sarà accolta dal Tar del Lazio – che (non solo, come dicevo prima, le “finte” *start-up*, ma) tutte le *start-up* costituite *medio tempore* con le modalità illegittimamente introdotte dall'art. 4, comma 10-*bis* e dal decreto ministeriale siano dichiarate nulle. Insomma, per effetto dell'opera maldestra del legislatore, possiamo aspettarci che l'art. 2332, n. 1, non sia più citato solo nelle aule universitarie ma anche nelle aule dei tribunali e che la nullità per mancanza dell'atto pubblico cessi di essere un caso di scuola.

3. *Un caso (speriamo) di “fanta-diritto”*: dal controllo del Giudice del registro al controllo del Ministero dello sviluppo economico. – Come sappiamo, l'art. 10 della c.d. legge Madia (l. n. 124/2015), contenente una delega per il riordino delle funzioni e del finanziamento delle camere di commercio, incide anche sulla disciplina del registro delle imprese. Ciò in particolare là dove prevede la «ridefinizione dei compiti e delle funzioni, con particolare riguardo a quelle di pubblicità legale generale e di settore» (lett. c) ed il «riordino delle competenze relative alla tenuta e valorizzazione del registro delle imprese [...], con particolare riguardo alle funzioni di promozione della trasparenza del mercato e di pubblicità legale delle imprese, garantendo la continuità operativa del sistema informativo nazionale e l'unitarietà di indirizzo applicativo e interpretativo attraverso il ruolo di coordinamento del Ministero dello sviluppo economico» (lett. d).

Ora, ogni volta che si parla di un prossimo intervento del legislatore è difficile aspettarsi qualcosa di buono; nella nostra materia, poi, i timori sono ancor più giustificati se pensiamo ai vari annunci fatti da esponenti del Governo (abolizione del registro delle imprese, affidamento della sua gestione al Ministero dell'economia, e via dicendo).

Dell'art. 10, in particolare, mi preoccupa la parte finale della lett. d, che sembra rivelatrice di una scarsa conoscenza del funzionamento del registro delle imprese. Chi l'ha scritta sembra non sapere che per ogni ufficio c'è un Giudice del registro (ovvero – dopo il d.lgs. 25 novembre 2016, n. 219, che ha modificato l'art. 8, l. 29 dicembre 1993, n. 580, in modo, peraltro, non so quanto rispettoso della legge-delega e non so quanto coerente con gli artt. 2188 e 2192 c.c. – uno o più Giudici del registro scelti fra quelli facenti parte delle sezioni specializzate in materia di impresa) e in seconda istanza il Tribunale; se lo avesse saputo, si sarebbe reso conto che per realizzare l'“unitarietà di indirizzo applicativo e interpretativo” avrebbe dovuto accentrare tutte le funzioni attualmente ripartite localmente su un unico “maxi-Giudice” del registro (idea sicuramente pessima ma giuridicamente prospettabile) e non sul MISE (v. ora sul punto –

dopo il d.lgs. n. 219/2016 – l'art. 8, l. n. 580/1993, secondo cui, «al fine di garantire condizioni di uniformità informativa su tutto il territorio nazionale e fatte salve le disposizioni legislative e regolamentari in materia», il MISE, d'intesa col Ministero della giustizia, «emana direttive sulla tenuta del registro, assicurandone la relativa vigilanza» [comma 2]; “vigilanza” che peraltro il comma 3, «in conformità agli artt. 2188 e seguenti del codice civile», mantiene in capo ai Giudici del registro).

Idee di questo tipo, del resto, circolano già al Ministero dello Sviluppo economico: mi riferisco al parere 3 giugno 2015, prot. 82454, con il quale il MISE si autoattribuisce il potere di ordinare le cancellazioni d'ufficio delle *start-up* innovative e degli incubatori certificati dalla relativa sezione speciale. Ciò argomentando dall'art. 31, comma 8, d.l. n. 179/2012, che in realtà si limita ad attribuire al MISE il compito di «*vigilare sul corretto utilizzo delle agevolazioni e sul rispetto della disciplina*» delle *start-up* e degli incubatori certificati. Tanto basta al MISE per ricavarne, con una buona dose di fantasia, di essere legittimato a ordinare la cancellazione senza che l'ufficio sia chiamato ad alcuna verifica e nemmeno, sul piano procedimentale, a sentire la *start-up* o l'incubatore interessato: «*la cancellazione – afferma categoricamente il MISE – appare l'elemento terminale di un procedimento incardinato unicamente nel Ministero*», impugnabile in sede giurisdizionale ma non davanti al giudice del registro delle imprese.

Ora, come ho detto mi pare che in questo parere si lavori molto di fantasia (addirittura il MISE parifica la propria posizione a quella del Ministero del lavoro, *ex art. 2547-septiesdecies c.c.*, in ordine alla cancellazione delle cooperative, dimenticando che questa norma esplicitamente attribuisce il potere di cancellazione e indica i presupposti per il suo esercizio, ciò che la legge sulle *start-up* innovative assolutamente non fa) e, in un colpo solo, si scavalchino il Conservatore, il Giudice del registro e la legge. L'ipotesi cui si riferisce il parere, infatti, ricade certamente nel campo di applicazione del già citato art. 2191 c.c., a norma del quale, qualora ci si avveda di iscrizioni avvenute indebitamente, è il Giudice che, sentito l'interessato, ne ordina al Conservatore la cancellazione, con un provvedimento contro il quale è ammesso il ricorso al Tribunale (art. 2192 c.c.; e v. anche l'art. 2188, richiamato dal già cit. art. 8, comma 3, l. n. 580/1993, che attribuisce a ciascun Giudice del registro la vigilanza sulla tenuta del registro stesso; nonché, per l'ordine di iscrizione di una *start-up* a seguito di ricorso *ex art. 2189, comma 3, c.c.*, Giud. reg. Torino 10 febbraio 2017, in *www.ilcaso.it*).

Conseguentemente ritengo che, là dove un Conservatore riceva dal MISE un ordine di cancellazione, non solo non sia tenuto ma nemmeno sia legittimato a darvi esecuzione, perché questo significherebbe violare le disposizioni del codice civile appena richiamate (la soluzione, insomma, è quella della disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo); potrà invece segnalare il caso al Giudice del registro affinché questi valuti l'apertura di un rituale procedimento di cancellazione d'ufficio.

4. *Problemi inerenti al rapporto fra tipicità e completezza delle iscrizioni.* – Vengo ora alla prima delle due vicende giurisprudenziali cui alludevo in apertura.

Essa concerne il persistente contrasto in ordine all'iscrivibilità delle domande giudiziali aventi ad oggetto (trasferimenti di) quote di s.r.l., e sollecita considerazioni di carattere generale che attengono al rapporto fra il principio di tipicità e il principio di completezza delle iscrizioni.

A proposito del primo ricordo che sul finire degli anni '90, subito dopo l'attuazione del registro delle imprese, esso era considerato una sorta di dogma intoccabile, del quale molti dei nostri Conservatori facevano un'applicazione rigorosissima. Così, in particolare, in omaggio al tenore letterale dell'art. 2207 c.c., che assoggetta a pubblicità «*gli atti con i quali viene successivamente limitata o revocata la procura*», alcuni Uffici del registro respingevano le domande d'iscrizione della rinuncia ad una procura già iscritta, in quanto appunto non contemplate nella disposizione citata.

Poi è successo che, per evitare questi eccessi interpretativi e le loro disdicevoli conseguenze (prima fra tutte la diffusione di notizie non più rispondenti al vero, perché superate dal fatto non espressamente incluso fra quelli da iscrivere, oltre alle ripercussioni sul piano dell'opponibilità di quel fatto), la dottrina ha elaborato quello che oggi chiamiamo il principio di completezza, secondo il quale devono essere iscritti, pur in assenza di un'espressa previsione normativa, tutti gli eventi modificativi o estintivi di situazioni soggette ad iscrizione. E lo ha fatto estraendo quel principio da tutta una serie di norme, fra le quali includerei in particolare gli artt. 2196, ult. comma; 2300; 2436; 2332, ult. comma; 2385, ult. comma; 2400, penult. comma; 2497-bis, commi 1 e 3; 2612, ult. comma, del codice civile (ma v. anche, nell'art. 8, comma 6, l. 29 dicembre 1993, n. 580, la sottolineatura dell'obiettivo di «*assicurare completezza ed organicità di pubblicità*»; formula che compare ancora, nella sostanza, pur dopo le modifiche apportate nel d.lgs. n. 219/2016).

Successivamente ancora è accaduto – e la cosa è particolarmente evidente negli ultimi anni – che, spingendo all'estremo la finalità informativa insita nel sistema pubblicitario, si tenda a dilatare al di là del lecito la portata del principio di completezza, arrivando in sostanza a predicare l'iscrivibilità di qualunque atto o fatto rispetto al quale sussista un non meglio identificato “interesse all'informazione” dei terzi o del mercato.

Detto questo in termini generali, vengo più specificamente al problema dell'iscrivibilità delle domande giudiziali. Inizialmente chi era favorevole argomentava dalla asserita natura di beni mobili registrati, o dall'equiparazione, pur essa asserita, fra quote e beni mobili registrati. La debolezza di queste argomentazioni, e la popolarità – se posso usare questo termine – nel frattempo raggiunta dal principio di completezza hanno fatto sì che ora per lo più si arrivi ad affermare l'iscrivibilità, appunto, mediante richiamo a tale principio.

Io credo invece che invocare quel principio non sia corretto. La domanda giu-

diziale (che sia di nullità, annullamento, simulazione, revocatoria o altro non importa), anche quando non sia infondata o addirittura pretestuosa, in sé non produce alcuna modificazione rispetto all'atto negoziale cui si riferisce. È la sentenza che – se accoglie la domanda – produce la modificazione della situazione precedente, ed è dunque (solo) la sentenza che, se favorevole all'attore – e non se favorevole al convenuto, nel qual caso non muta alcunché –, deve essere iscritta (diverso naturalmente è il caso in cui la domanda abbia effetto sospensivo degli effetti della situazione iscritta, come accade ad esempio per l'opposizione alla trasformazione eterogenea o alla riduzione reale del capitale [artt. 2500-*novies* e 2445 c.c.], essendo essa allora certamente iscrivibile).

Allo stesso modo non mi convince l'argomentare di chi desume dal principio di completezza l'iscrivibilità – oltre che degli eventi modificativi o estintivi – anche dei così detti “atti prodromici” (rispetto a quello la cui iscrivibilità è normativamente sancita), fra i quali rientrerebbero appunto le domande giudiziali. Mi sembra infatti un mero espediente verbale in cui, a ben vedere, nessuno crede davvero sino in fondo. Basti pensare che non risulta vengano iscritti i numerosissimi contratti preliminari di cessione di quota o di azienda; e questo senza che nessuno si sogni di attivare per essi altrettanti procedimenti di iscrizione d'ufficio, come altrimenti dovrebbe farsi *ex art.* 2190 c.c., essendo il contratto preliminare l'atto prodromico per eccellenza.

Aggiungo che la pubblicizzazione di una domanda determina uno stato di incertezza sulla commerciabilità del bene (nel nostro caso, la quota societaria) che ne è oggetto, ostacolandone la circolazione (tanto che la giurisprudenza ha ritenuto costituire un illecito permanente, potenzialmente produttivo di un danno risarcibile, la trascrizione di una domanda non compresa nell'elenco di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c.); considerazione, anche questa, che dovrebbe indurre a una rigorosa delimitazione del principio di completezza.

E aggiungo altresì che, ammessa e non concessa l'iscrivibilità della domanda, andrebbe ancora dimostrato che essa possa produrre l'effetto prenotativo che ha nel sistema della trascrizione immobiliare; un effetto che va ben al di là della normale efficacia della trascrizione (e, *ex art.* 2193 c.c., dell'iscrizione nel registro delle imprese) e che si produce in virtù delle specifiche disposizioni contenute nell'art. 2652 c.c.; disposizioni comunemente considerate eccezionali e pertanto non applicabili analogicamente.

Un'ultima precisazione, per maggior chiarezza. Non ho niente in contrario a che, il legislatore, effettuata una valutazione comparativa di tutti gli interessi coinvolti, si risolva a integrare il catalogo degli atti iscrivibili, includendovi le domande giudiziali in questione e regolando gli effetti della loro iscrizione. Ho molto in contrario, invece, a che queste scelte siano fatte dalla prassi dei conservatori o dalla giurisprudenza, con esiti diversi a seconda dell'ufficio del registro, del giudice del registro e (in sede contenziosa) del tribunale delle imprese competenti.

5. *Problemi inerenti al rapporto fra iscrizione e archiviazione.* – All'indomani dall'entrata in vigore del nuovo registro delle imprese avevo criticato la duplice distinzione, introdotta dal regolamento di attuazione, fra il *registro* e l'*archivio* e fra l'*iscrizione* (intesa come inserimento nella memoria dell'elaboratore elettronico, e messa a disposizione del pubblico tramite visura diretta, dei soli dati contenuti nel modello di domanda: art. 11, comma 8, d.p.r. n. 581/1995) e l'*archiviazione* (avente ad oggetto gli atti soggetti a pubblicità integralmente considerati: art. 8, d.p.r. n. 581/1995), la prima da eseguirsi nei dieci (ora: cinque) giorni dalla protocollazione, la seconda in un termine che il regolamento non indicava e non indica.

Avevo notato allora che tale distinzione, diversificando contenuti e tempi dei due adempimenti pubblicitari, apriva la strada a possibili dissociazioni fra l'opponibilità e la conoscibilità dei dati *iscritti ma non ancora archiviati* ovvero di quelli *archiviati ma non iscritti*, in quanto non presenti nei modelli di domanda, e quindi non risultanti dalle visure. E, ad evitare ciò, avevo proposto un'interpretazione correttiva delle disposizioni regolamentari (che poi ha avuto un certo seguito in dottrina), secondo la quale l'archivio deve considerarsi parte integrante del registro e l'archiviazione è pur essa una fase essenziale del procedimento d'iscrizione.

In questa prospettiva, a rigore il procedimento pubblicitario potrebbe dirsi perfezionato solo al momento dell'archiviazione, con la conseguenza che, fino a quel momento, anche i dati contenuti nel modello di domanda, pur iscritti, non sarebbero opponibili. Questa soluzione, tuttavia, se è logicamente corretta, è praticamente "scomoda", se non altro per via dell'incertezza sui tempi dell'archiviazione. È perciò preferibile una variante della prima lettura, in virtù della quale all'avvenuta archiviazione sia subordinata solo l'opponibilità ai terzi *dei dati non presenti nel modulo e dunque non iscritti*, e non anche quella *dei dati risultanti dal modulo, già iscritti* (e dunque già consultabili tramite visura).

Avevo infine più volte richiamato l'attenzione sulla duplice esigenza di stabilire un termine per l'archiviazione (un termine che, direi ora, dovrebbe coincidere con i cinque giorni previsti per l'iscrizione e dovrebbe essere oggettivamente certo per i terzi) e di avvertire i terzi, tramite annotazione inserita nelle visure, che queste non assicurano la conoscenza integrale degli atti iscritti, la quale può aversi solo chiedendo copia degli atti stessi.

Il problema dei tempi è ormai, nella pratica, fortemente attenuato se non risolto (mi risulta che, nella gran parte dei casi, l'archiviazione sia pressoché contestuale all'iscrizione; non so, però, se il momento dell'archiviazione sia annotato all'atto della stessa, come dovrebbe essere e come accade per il momento dell'iscrizione), non invece quello determinato dalla non perfetta coincidenza fra oggetto dell'iscrizione e oggetto dell'archiviazione. Problema, questo, che si è di recente manifestato in tutta la sua rilevanza in un caso risolto dalla Corte d'appello di Napoli, con una decisione molto ben argomentata che ha confermato il falli-

mento di una società *in house* malgrado la notissima (e criticatissima) pronuncia delle Sezioni Unite del novembre 2013 che, ai fini del riparto di giurisdizione sulle azioni di responsabilità, ha disconosciuto la soggettività giuridica delle società *in house*, configurandole come meri patrimoni separati dell'ente pubblico o degli enti pubblici soci.

Ora, il mio apprezzamento per la decisione della Corte d'appello di Napoli non è forse dei più obiettivi, perché essa mostra di condividere parecchie cose che ho scritto in tema di fallibilità delle società pubbliche; ma non è di questo che dobbiamo parlare, bensì di un problema pubblicitario che la sentenza ha dovuto affrontare preliminarmente.

Come sappiamo, infatti, nella pronuncia poco sopra ricordata le Sezioni Unite hanno affermato che i requisiti dell'*in house* (controllo analogo, attività svolta almeno prevalentemente a favore dei propri soci, tutti soggetti pubblici, incredibilità delle partecipazioni a privati) devono tutti risultare statutariamente; e, sotto questo profilo, la situazione che si presentava ai giudici napoletani era alquanto ingarbugliata. Io naturalmente non ho avuto modo di leggere le carte processuali ma solo la descrizione che risulta dalla motivazione, che – sperando di non sbagliare – riassumerei come segue.

Al momento della dichiarazione di fallimento dallo statuto archiviato risultava la ricorrenza di tutti i requisiti indicati, ad esito di una risalente modifica statutaria; una visura effettuata alla stessa data, viceversa, evidenziava la mancanza di almeno uno di quei requisiti (rivelando, in particolare, la libera trasferibilità delle partecipazioni, in realtà venuta meno per effetto della modifica citata).

Dalla lettura della motivazione non è chiarissimo se tale discrepanza fosse dovuta ad una compilazione solo parziale del modello S2 – con l'indicazione della modifica apportata all'oggetto sociale ma non di altre modifiche pur deliberate, fra le quali l'introduzione delle opportune limitazioni in ordine al trasferimento delle azioni – o ad altre ragioni.

Certo è che, argomentando da quella discrepanza e valorizzando l'affidamento ingenerato nei terzi dalla visura prodotta in giudizio, il Fallimento eccepiva l'inopponibilità degli adeguamenti statutari volti a dare alla società l'assetto proprio dell'*in house* e la conseguente non qualificabilità della società stessa come società *in house*, che avrebbe tolto ogni dubbio sulla sua fallibilità.

Al riguardo la sentenza nega che l'affidamento dei terzi giustifichi la soluzione dell'inopponibilità di quella modifica statutaria, ipotizzando conseguenze unicamente sul piano risarcitorio; e su questo francamente avrei qualche dubbio, soprattutto, ma non solo, nel caso in cui la discrepanza di cui parlo risultasse dovuta ad una compilazione del modulo di domanda incompleta, tale cioè da non dichiarare tutte le modifiche deliberate.

Mi pare infatti ricavabile dal sistema un principio generale – del resto conforme ad alcune indicazioni presenti nella già citata prima direttiva comunitaria (direttiva 68/151/CEE del Consiglio del 9 marzo 1968, artt. 3.7 e 4, nel testo co-

dificato dalla direttiva 2009/101) – secondo cui, ogni volta che il sistema pubblicitario diffonda informazioni fra loro discordanti, ciò – a tutela appunto dell'affidamento dei terzi – ne determina l'inopponibilità o quanto meno *incide sulla loro opponibilità*. Basti pensare alla disciplina della pubblicità degli atti in lingua straniera, che in caso di discordanza fra il testo italiano e quello tradotto impedisce alla società di opporre il testo straniero ma consente al terzo di avvalersene ove sia per lui più conveniente, salvo che la società dimostri la sua conoscenza del testo italiano (art. 2250, comma 6, c.c.). La presenza di due testi difformi, dunque, menoma l'efficacia dichiarativa dell'iscrizione, perché rende la così detta conoscenza legale (*ex art. 2193 c.c.*) del testo italiano non più sufficiente ai fini della sua opponibilità, richiedendosi a tal fine – ove il terzo invochi il testo straniero – la dimostrazione, da parte della società, della conoscenza effettiva del testo italiano.

Il punto, però – e qui la sentenza a mio avviso coglie nel segno –, è che nel caso in esame *non è in gioco un problema di opponibilità*. Non si tratta infatti di far valere la modifica in questione nei confronti di questo o quel terzo, controparte in una determinata operazione negoziale. Si tratta invece di accertare quale sia, *oggettivamente considerato*, l'assetto statutario di quella società al momento della dichiarazione di fallimento; di verificare, in particolare, se possa ritenersi perfezionata la modifica statutaria volta a conformare la società e a consentire di qualificarla come società *in house*; e questa qualifica, rilevando ai fini della fallibilità, non può che *sussistere o non sussistere*, per così dire, in assoluto e senza che siano ipotizzabili soluzioni differenziate che tengano conto della posizione di singoli terzi. La fallibilità c'è per tutti o non c'è per nessuno. Già altre volte, del resto, ho segnalato il rilievo costitutivo della pubblicità là dove non siano in gioco gli interessi *di due o più soggetti singolarmente considerati* (nel qual caso i meccanismi della pubblicità dichiarativa funzionerebbero adeguatamente), bensì quelli *di una generalità di soggetti*, con conseguenti esigenze di *uniformità di disciplina nei confronti di qualunque terzo*.

In questa prospettiva quel che conta è che il procedimento pubblicitario della delibera modificativa si sia perfezionato; e nel nostro caso può senz'altro dirsi perfezionato, essendo avvenute sia l'iscrizione che l'archiviazione (diverso potrebbe essere il caso in cui l'archiviazione non fosse ancora avvenuta o quello ipotetico in cui, per un errore dell'ufficio, si fosse arrivati all'archiviazione in assenza dell'iscrizione); e tanto basta per riconoscere nella società in questione una società *in house*, come appunto ha fatto la Corte d'appello di Napoli (per poi confermarne comunque il fallimento, per ragioni che condivido ma che esulano dai temi oggetto di questo volume).

6. *Conclusioni*. – Nel nostro caso, dunque, la soluzione è sicura. L'incompletezza dei dati iscritti, tuttavia, avrebbe potuto avere un peso ove si fosse trattato di risolvere un problema di opponibilità, acquistando allora rilevanza l'affida-

mento eventualmente ingenerato nei terzi dalle risultanze delle visure.

Credo quindi che non possa negarsi in astratto l'opportunità di risolvere una volta per tutte, con un appropriato intervento normativo, i problemi posti dalla distinzione fra iscrizione e archiviazione.

Se però ripenso al livello qualitativo degli interventi normativi degli ultimi anni, alla loro trascuratezza (che abbiamo potuto constatare anche nel corso di queste pagine) e ai possibili guasti prodotti da interventi non appropriati, allora mi viene da pensare che forse non è il caso di inseguire improbabili interventi migliorativi del legislatore.

Dopo tutto, il registro delle imprese è un meccanismo che funziona bene ed è meglio toccarlo il meno possibile (più chiaramente ancora: è meglio che il legislatore – o comunque il “regolamentatore”: penso al prossimo regolamento di attuazione, previsto dall'art. 8, comma 6-*bis*, l. n. 589/1993, inserito dal d.l. n. 219/2016 – lo tocchi il meno possibile e lo “maneggi” con la miglior cura possibile).

### *Nota bibliografica*

Mi limito a segnalare, qui di seguito, i riferimenti essenziali sui singoli punti trattati.

La propensione del legislatore per semplificazioni non sempre ben meditate è stigmatizzata in C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (Diritto societario quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 1065 ss.

Un esame critico della disciplina delle *start-up* innovative può trovarsi in M. CIAN, *Società start-up innovative e PMI innovative*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 969 ss., ove anche – alla p. 972, nt. 10 – un cenno all'ipotesi della loro autonomia tipologica, peraltro motivatamente respinta da P. SPADA-M. MALTONI, *L'impresa start-up innovativa costituita in società a responsabilità limitata*, in *www.cavererespondere.it*, § 3.

Il permanere dell'iscrizione nella sezione ordinaria delle *start-up* innovative che risultino prive *ab origine* dei requisiti per l'iscrizione nella sezione speciale – salva la loro dichiarazione di nullità *ex art.* 2332, n. 1, c.c., ove non siano costituite per atto pubblico – è la condivisibile soluzione cui perviene M. CIAN, *op. cit.*, p. 977 ss.; in termini generali, per la sottolineatura dell'ammissibilità di cancellazioni d'ufficio – *ex art.* 2191 c.c. – di iscrizioni aventi efficacia costitutiva, ma non di iscrizioni aventi efficacia sanante, v. C. IBBA, *Profili della pubblicità legale delle imprese (L'apporto di Antonio Pavone La Rosa)*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, p. 277 ss., specie testo e nt. 79 e 80; e per una corretta applicazione, da ultimo, Giud. reg. Milano 30 dicembre 2016, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

Sui poteri di controllo del Conservatore del registro delle imprese, quali sono delineati nel codice civile e nel d.p.r. n. 581/1995, cfr. V. DONATIVI, *La pubblicità legale delle società di capitali – Tensioni evolutive e nuove fattispecie*, Milano, 2006, specie p. 150 ss.; e già ID., *I poteri di controllo dell'ufficio del registro delle imprese*, Napoli, 1999, *passim*; A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, nel *Trattato di dir. comm.* diretto da V. Buonocore, Torino, 2001, p. 45 ss.; G. MARASÀ, *I procedimenti di iscrizione e i*