

Settembre 2021

La sorte delle *start-up* costituite telematicamente dopo l'annullamento del D.M. 17 febbraio 2016. Commento a Consiglio di Stato, 29 marzo 2021, n. 2643 – Pres. Montedoro, Rel. Lamberti

Antonio Di Ciommo

Sommario: 1. La Sentenza n. 2643 del 29 marzo 2021 – 2. Gli effetti “catastrofici” della pronuncia – 3. Il “destino” delle *start-up* costituite telematicamente - 3.1. I possibili vizi della registrazione - 3.2. La registrazione e la sua estraneità al diritto amministrativo - 3.3. La nullità “non-sopravvenuta” delle *start-up* costituite telematicamente – 4. La sanatoria legale delle *start-up* innovative - 4.1. La potenziale illegittimità della sanatoria contenuta nel comma 1 - 4.2. Una interpretazione “sanante” - 4.3. Il compenso del notaio: cenni.

1. La Sentenza n. 2643 del 29 marzo 2021

Con la Sentenza 29 marzo 2021, n. 2643, il Consiglio di Stato ha annullato il Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico del 17 febbraio 2016.

Il D.M. regolava la costituzione e l'iscrizione nel Registro delle Imprese delle *start-up* innovative (*recte*, delle società a responsabilità limitata qualificabili come *start-up* innovative) secondo un procedimento semplificato e totalmente telematico, derogando così all'obbligo di costituzione della società di capitali mediante atto pubblico.

Detto decreto è stato emanato in attuazione di quanto previsto dall'art. 4, comma 10-*bis*, D.L. 24 gennaio 2015, n. 3.

La norma, emanata nel contesto dell'introduzione della “PMI innovativa”, stabilisce che la costituzione di una *start-up* innovativa possa avvenire *anche* con modalità telematiche (ossia mediante una scrittura privata digitale sottoscritta con le modalità previste dagli artt. 24 e 25 CAD) e che i relativi atti costitutivi dovessero rispettare il modello approvato con decreto del Ministro dello Sviluppo economico.

Tuttavia, l'art. 1, comma 1, del D.M. in discorso, distonicamente rispetto alla sua fonte sovraordinata, stabiliva che «*in deroga a quanto previsto dall'art. 2463 del codice civile, i contratti di società a responsabilità limitata, ivi regolati, aventi per oggetto esclusivo o*

prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico e per i quali viene richiesta l'iscrizione nella sezione speciale delle start-up [...] sono redatti in forma elettronica e firmati digitalmente a norma dell'art. 24 del C.A.D. [...] in totale conformità allo standard allegato sotto la lettera A al presente decreto, redatto sulle base delle specifiche tecniche del modello, di cui all'art. 2, comma 1».

In sostanza il D.M. 17 febbraio 2016 prevedeva una - alquanto bizzarra - deroga a una norma codicistica senza che quest'ultima fosse contenuta o comunque consentita dalla propria fonte sovraordinata.

Invero, sin dal momento in cui è stato emanato, il D.M. ha innovato il procedimento di costituzione delle *start-up* innovative sino al punto da oltrepassare i limiti implicitamente posti dalla propria fonte sovraordinata. Peraltro, il Ministero dello Sviluppo economico non solo ha introdotto una deroga "regolamentare" al codice civile, ma, per quanto si dirà, ha emanato un atto normativo che contrastava con il diritto comunitario.

In particolare, la Sentenza n. 2643/2021 del Consiglio di stato censura il D.M. 17 febbraio 2016 in quanto «*il potere esercitato dal Ministero attraverso il decreto impugnato non poteva avere alcuna portata innovativa dell'ordinamento, ovvero, nello specifico, non poteva incidere sulla tipologia degli atti necessari per la costituzione delle start up innovative, così come previsti dalla normativa primaria*», considerato anche che l'art. 4, comma 10-bis, D.L. 3/2015 «*si limita a rimettere ad un decreto la predisposizione del modello uniforme*», mentre il D.M. «*non si limita[va] ad approvare un modello standard di atto costitutivo/statuto, prevedendo invece, tra l'altro, che "l'atto costitutivo e lo statuto, ove disgiunto, sono redatti in modalità esclusivamente informatica"*».

Perciò, il D.M., «*prevedendo quale unica possibilità di redazione dell'atto costitutivo e dello statuto quella "esclusivamente informatica", esclude – illegittimamente, in quanto in palese contrasto con la legge – l'altra delle modalità alternative che il legislatore aveva previsto per la costituzione della peculiare tipologia di società in discorso, vale a dire quella basata sulla redazione "per atto pubblico"*».

Il Consiglio di Stato ha ritenuto, inoltre, che la procedura contenuta nel D.M. 17 febbraio 2016 non fosse conforme anche all'art. 11 della Direttiva n. 2009/101/CE (trasfusa, poi, nell'art. 10 della Direttiva 2017/1132/UE). Detta norma, infatti, obbliga gli Stati Membri a prevedere che l'atto costitutivo delle società di capitali e le sue successive modifiche debbano essere effettuate mediante atto pubblico se l'ordinamento nazionale non contempli forme di controllo preventivo di merito da parte dell'autorità amministrativa o giudiziaria.

Infatti, secondo il Consiglio di Stato, «*le direttive europee hanno affermato la necessità del controllo di legalità in sede di costituzione, modificazione ed estinzione delle società*

di capitali, prescrivendo a tutela dei soci e dei terzi che, nel caso di assenza del controllo preventivo (amministrativo o giudiziario) al momento della costituzione, l'atto costitutivo, lo statuto e le loro modifiche devono rivestire la forma dell'atto pubblico», non potendosi conciliare con tali requisiti il controllo meramente formale che l'ordinamento nazionale (in particolare, il D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581) conferisce al conservatore del Registro delle Imprese.

In questa prospettiva, dunque, il Consiglio di Stato ha rilevato l'illegittimità, in particolare, dell'art. 2 D.M. 17 febbraio 2016, nella parte in cui attribuisce al Registro delle Imprese i poteri di verifica dei requisiti per il riconoscimento dello *status* di *start-up* innovativa, in quanto «*imporrebbero apprezzamenti esulanti dalla mera verifica della regolarità della compilazione del modello di domanda e della corrispondenza formale al quadro normativo dell'atto (o fatto) del quale si richiede l'iscrizione*»¹.

Il Consiglio di Stato svolge siffatte considerazioni anche alla luce della – non meglio precisata – «*giurisprudenza maggioritaria del Giudice del Registro delle Imprese*», secondo cui il controllo del Registro consiste unicamente nella verifica del «*concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione*» ex art. 2189, comma 2, c.c., che in sé racchiude anche il c.d. “controllo qualificatorio”².

In ultimo, il Consiglio di Stato ha rilevato la «*assenza di adeguata copertura legislativa*» che autorizzasse il Ministero a introdurre norme secondarie che derogassero così vistosamente alle ordinarie norme primarie sul procedimento di costituzione e di registrazione delle società di capitali.

Il Consiglio di Stato deduce, perciò, l'illegittimità dell'art. 2, comma 2, lett. *d*) e *h*), D.M. 17 febbraio 2016, in quanto, attribuendo al Registro il potere di verificare «*la riferibilità astratta del contratto alla previsione di cui all'art. 25 del decreto legge 179 del 2012*», implica “*una indagine su aspetti non immediatamente desumibili dall'atto di cui si richiede la registrazione formale, concernendo anche la sussistenza delle particolari condizioni richieste dalla legge per le peculiari società che vengono in considerazione*».

Peraltro, il Consiglio di Stato, si sofferma su quanto affermato dal T.A.R. del Lazio nella Sentenza n. 10004/2017 in ordine all'inapplicabilità dell'iscrizione di “*transizione*” nella sezione ordinaria del Registro delle Imprese ai sensi dell'art. 25 D.L. 179/2012 quando la *start-up* costituita telematicamente sia cancellata dalla relativa sezione speciale.

¹ Quanto all'estensione e alla natura del controllo qualificatorio del Registro delle Imprese, cfr. Trib. Oristano, Decreto 23 marzo 2021, Trib. Roma, Uff. del Giudice del Registro delle Imprese, Decreto 12 gennaio 2018.

² Ossia quel controllo che consiste nella verifica della corrispondenza tra l'atto per cui è richiesta l'iscrizione e il suo *tipo legale*.

Il T.A.R., in particolare, ha ritenuto che la “transizione” verso la sezione ordinaria del Registro dovesse escludersi in quanto, prima dell’introduzione dell’art. 4, comma 10-bis, D.L. 3/2015, il D.L. 179/2012 consentiva la costituzione delle *start-up* innovative esclusivamente con atto pubblico. Non essendo possibile una interpretazione letterale dell’art. 25 del D.L. 179/2012, si doveva pertanto escludere che le *start-up* costituite telematicamente potessero beneficiare di tale “transizione”³.

Il Consiglio di Stato, Condividendo quanto affermato dal Giudice di prime cure, ha ribadito che «*deve escludersi che il decreto in questione, deputato alla sola disciplina della peculiare fattispecie della costituzione delle start-up innovative attraverso una modalità alternativa a quella tradizionale possa venire ad incidere sulla formazione delle s.r.l. ordinarie. Ne deriva che, in assenza di un’idonea copertura legislativa al riguardo, l’iscrizione nella sezione ordinaria possa “permanere” solo se la società possieda i requisiti di forma e di sostanza di una comune s.r.l. In altri termini, la regola in esame è applicabile alle sole start-up innovative costituite con atto pubblico, in modo da escludere in radice fenomeni di aggiramento della normativa sulla costituzione delle s.r.l.*».

2. Gli effetti “catastrofici” della pronuncia

Indubbiamente, la Sentenza n. 2643/2021 ha avuto effetti “catastrofici”, in quanto ha generato una situazione di pesante incertezza tra gli operatori del settore.

L’annullamento del D.M. 17 febbraio 2016 ha lasciato interdetti molti operatori e ha suscitato notevoli polemiche. Certo, si potrebbe argomentare che il Consiglio di Stato sia stato troppo poco cauto o che il Consiglio Nazionale del Notariato, impugnando il D.M., abbia inteso privilegiare (come, peraltro, è giusto che sia) gli interessi professionali e, perciò, economici della categoria.

Critiche degne, ma che trascurano un elemento rilevante: il D.M. 17 febbraio 2016 travalicava i limiti posti dalle fonti sovraordinate in quanto l’art. 4, comma 10-bis, D.L. 3/2015 non conferiva al Ministero dello Sviluppo economico un potere talmente esteso sino al punto in cui, poi, si è spinto.

Per vero, le uniche critiche certamente fondate riguarderebbero la lentezza del legislatore a introdurre una sanatoria legale delle *start-up* costituite telematicamente e il consistente ritardo del Parlamento ad approvare la legge di Delegazione Europea 2019-2020⁴.

³ Su questa base, infatti, il T.A.R. aveva dichiarato illegittimo l’art. 4, comma 1, D.M. 17 febbraio 2016.

⁴ Che delega il Governo a recepire, *inter alia*, la Direttiva 2019/1151/UE. Quest’ultima, modificando la Direttiva 2017/1132/UE, impone agli Stati Membri, *inter alia*, di introdurre nei propri ordinamenti procedimenti di costituzione delle società di capitali mediante *anche* con tecniche e mezzi telematici. Cfr. sul punto art. 13-*nonies*, par. 3, Direttiva 2017/1132/UE. Peraltro, il procedimento di costituzione delineato

Certamente, la Sentenza 2643/2021 del Consiglio di Stato ha lasciato, per circa cinque mesi, alcune centinaia di società a responsabilità limitata in balia dell'incertezza, esponendole al pericolo di azioni pretestuose da parte di soci-investitori "scontenti", soci che avrebbero potuto cogliere l'imprevista opportunità per disinvestire, si voglia perché non soddisfatti dai risultati o, comunque, dallo sviluppo del prodotto o dell'impresa per cui la *start-up* è stata costituita⁵.

Invero, l'annullamento del D.M. 17 febbraio 2016 ha dato immediato rilievo alla nullità della società *ex art.* 2332, comma 1, n. 1), c.c.⁶, ossia alla nullità della società per «*mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico*».

In ossequio al regime di pubblicità costitutiva che caratterizza le società di capitali, l'art. 2332 c.c. prevede che una società sia effettivamente nulla quando abbia conseguito la registrazione nel Registro delle Imprese. Prima della registrazione, infatti, non vi è un soggetto diversi dai – futuri – soci.

Al limite, tra le parti può dirsi concluso un mero contratto di società *ex art.* 2247 c.c., l'attività di impresa eventualmente iniziata in comune da questi sarebbe imputabile a ciascuno di essi secondo il regime proprio della società irregolare (e, dunque, secondo le comuni norme della società in nome collettivo), mentre i rapporti con i terzi sarebbero regolati dall'art. 2331, commi 2 e ss., c.c.⁷.

dagli artt. 13-*octies* e ss. della Direttiva 2017/1132/UE è di per sé molto simile al procedimento di costituzione e iscrizione delle *start-up* di cui al D.M. 17 febbraio 2016. Ciò che sorprende è che la Sentenza n. 2643/2021 sia intervenuta poco prima della scadenza del termine di recepimento della Direttiva 2019/1151/UE, a maggior ragione se si considera che l'art. 13-*octies*, paragrafo 1, comma 2, Direttiva 2017/1132/UE (introdotto dalla Direttiva 2019/1151/UE) consente agli Stati Membri di limitare l'applicabilità dei procedimenti di costituzione telematica ai tipi di società elencati dall'Allegato II-*bis*, che comprende, per l'Italia, la sola società a responsabilità limitata. Insomma, il legislatore, prima, e il Ministero dello Sviluppo economico, poi, hanno avuto un inusuale (e pur sempre illegittimo) slancio innovatore, anticipando di circa un quinquennio il legislatore comunitario. Per un commento alla Direttiva 2019/1151/UE e ai modi in cui essa potrebbe e dovrebbe essere recepita, cfr. N. DE LUCA, *La costituzione online delle società: riflessioni sulla direttiva 2019/1159/Eu (Direttiva CorpTech)*, in *Riv. Not.*, III, 2020, pag. 413 ss.

⁵ Peraltro, alla data in cui il presente articolo è stato redatto, sulla piattaforma www.startup.infocamere.it, dedicata alla costituzione o alla modifica degli statuti delle società è visibile da un periodo di tempo considerevole il seguente avviso: "il servizio è momentaneamente sospeso per consentire agli Uffici di effettuare le opportune valutazioni in seguito alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2643 del 29/03/2021 riguardante le disposizioni contenute nel D.M. 17 febbraio 2016, avente ad oggetto le 'Modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata start-up innovative'".

⁶ Applicabile alle società a responsabilità limitata in forza del rinvio contenuto nell'art. 2463, comma 2, c.c.

⁷ Anch'esso applicabile alle società a responsabilità limitata in forza del rinvio contenuto nell'art. 2463, comma 2, c.c.

Perciò, non può non approfondirsi se l'annullamento del D.M. 17 febbraio 2016, la *start-up* innovativa costituita e registrata ai sensi del D.M. si possa effettivamente dire nulla o se la Sentenza n. 2643/2021 abbia “disseppellito” il più radicale – e controverso – vizio dell'inesistenza della società.

In altri termini, è necessario stabilire se l'annullamento del D.M. 17 febbraio 2016 travolge anche la registrazione della *start-up* costituita telematicamente e se, dunque, il conservatore del Registro debba procedere alla loro cancellazione d'ufficio ovvero se dette registrazioni siano da considerare *tam quam non esset*.

In altri termini, va approfondito se la Sentenza n. 2643/2021 travolga anche il principio di conservazione degli atti che caratterizza il diritto societario e, in modo particolare, le società di capitali.

3. Il “destino” delle *start-up* costituite telematicamente

In quanto regolamento cui il Registro delle Imprese doveva conformarsi, il D.M. 17 febbraio 2016 rientra nella fattispecie degli atti amministrativi c.d. “generalisti”.

Come noto, al giudicato amministrativo si estende in via analogica la norma di cui all'art. 2909 c.c., secondo la quale il giudicato fa stato unicamente tra le parti, i loro eredi o aventi causa.

Detto principio soffre, tuttavia, di una significativa eccezione: la pronuncia avete ad oggetto un atto generale produttivo di effetti inscindibili nei confronti delle parti e dei terzi, produce effetti *ultra partes* (nel caso, poi, di un regolamento gli effetti sono *erga omnes*). In altri termini, l'annullamento di un atto generale (qual è un regolamento) incide *anche* sulla sfera giuridica dei terzi⁸.

Inoltre, poiché diretto a ripristinare lo *status quo ante*, l'annullamento di un atto amministrativo ha generalmente efficacia *ex tunc*. Ciò, tuttavia, può ritenersi vero se gli effetti dell'annullamento del D.M. 17 febbraio 2016 siano inscindibili.

⁸ Cfr. sul punto Cons. di Stato, Sent. 27 aprile 2020, n. 2679, nella quale si afferma che «*in termini generali, rileva il principio generale del processo, di cui all'art. 2909 c.c., per cui il giudicato fa stato, e quindi produce i suoi effetti, in linea di principio solo fra le parti del processo. Tuttavia, quando vi sia l'annullamento in sede giurisdizionale di un regolamento, sul piano sostanziale vi è l'efficacia erga omnes degli effetti del disposto annullamento. [...] Il regolamento si caratterizza con criteri sostanziali ed è quindi un atto amministrativo che presenta i caratteri della generalità, ovvero si riferisce ad una collettività di destinatari non determinabili a priori, dell'astrattezza, ovvero si riferisce a destinatari non determinabili neanche a posteriori, e della innovatività, ovvero della capacità di modificare in via stabile l'ordinamento giuridico*».

Si deve approfondire, perciò, se l'annullamento possa travolgere o meno le attività di costituzione e di registrazione delle *start-up* condotte in conformità al D.M. 17 febbraio 2016 dal (e per mezzo del) Registro delle Imprese.

In quanto attività eminentemente “civilistica”, il procedimento di costituzione delle *start-up* non dovrebbe “soffrire” di vizi ulteriori rispetto a quelli ordinariamente previsti dal diritto societario. Non sembra una facile operazione, infatti, identificare vizi diversi e ulteriori rispetto alle nullità della società ex art. 2332, comma 1, n. 1), c.c. o alle cause di invalidità che riguardano i negozi compiuti da ciascun socio.

Perciò, riguardo al procedimento di costituzione “telematica” della *start-up*⁹, si potrebbe anche dire per assurdo che esse, pur nascendo già affette dal vizio di cui all'art. 2332, comma 1, n. 1), c.c., avevano *diritto* di essere iscritte nella relativa sezione speciale del Registro delle Imprese sulla base del D.M. 17 febbraio 2016¹⁰. Perciò, se dei vizi si sono verificati, essi affliggeranno la registrazione compiuta dal conservatore del Registro delle Imprese.

3.1 I possibili vizi della registrazione

Se è vero che l'ordinamento delle società di capitali privilegia la tutela dei terzi contraenti con la società, il momento “davvero generativo” di queste non è tanto il – pur essenziale – completamento della costituzione, quanto la sua registrazione nel Registro delle Imprese.

Come già fatto dal T.A.R. del Lazio, la Sentenza n. 2643/2021 del Consiglio di Stato omette di qualificare il “vizio-conseguenza” che possa affliggere la *start-up* costituita telematicamente.

Il Registro delle Imprese, pubblicando gli atti costitutivi delle *start-up* costituite in conformità al D.M., avrebbe compiuto tali atti sulla base di norme successivamente dichiarate illegittime e, perciò, invalide *ex tunc*.

Sotto il profilo “civilistico”, la registrazione è il momento in cui la società acquista personalità giuridica, mentre sotto il profilo “pubblicistico” «*assum[e] i tratti dell'atto dovuto ad emanazione vincolata, in quanto direttamente correlat[a] all'accertamento o meno delle condizioni legali per far luogo o meno alla iscrizione predetta*»¹¹.

⁹ In cui l'intervento del Registro delle Imprese era, peraltro, un'eccezione rispetto al sistema ordinario.

¹⁰ Con ciò, tuttavia, non si intende accogliere la tesi, precedente alla Sentenza n. 2643/2021, secondo cui il D.M. 17 febbraio 2016 fosse una sorta di sospensione di fatto dell'efficacia dell'art. 2332, comma 1, n. 1), c.c., di cui si vedrà *infra* par. 0.

¹¹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent. 2 febbraio 2016, n. 1670.

Facendo applicazione dei principi generali di diritto amministrativo, la registrazione delle *start-up* costituite telematicamente sarebbe un atto connesso e conseguente al D.M. e, perciò, potrebbe essere affetta, per derivazione, dalla medesima illegittimità¹².

Non tutti i rapporti generati da un regolamento dichiarato illegittimo e, perciò, annullato potrebbero dirsi affetti dal medesimo vizio, atteso che i rapporti c.d. “esauriti”, in quanto non – più – produttivi di effetti, ne sono indifferenti¹³.

La particolare natura della registrazione sembra, perciò, escludere che essa possa qualificarsi come un rapporto esaurito, in quanto essa cessa la propria efficacia solo con la cancellazione della società.

Infatti, se è vero che l’iscrizione nel Registro delle Imprese è il presupposto perché una società di capitali esista nel *mondo dei traffici giuridici* (ossia, per i terzi), dovrebbe essere anche vero che il rapporto tra società e conservatore del Registro delle Imprese sia produttivo di effetti sia nei confronti della società medesima, sia nei confronti dei terzi che fanno affidamento sulle informazioni pubblicate dal Registro sintantoché essa non cessi di esistere.

Così ragionando, allora, la registrazione delle *start-up* costituite telematicamente verrebbe travolta a sua volta dall’illegittimità del D.M. 17 febbraio 2016 ed esse, perciò, non avrebbero vita alcuna sin dal giorno della medesima registrazione.

Una simile interpretazione porterebbe a “disseppellire” l’inesistenza della società in contrasto con quanto perentoriamente stabilito dal diritto comunitario o potrebbe

¹² Sul tema della illegittimità del provvedimento amministrativo e della illegittimità derivata, cfr. E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, XVIII ed., Milano: 2016, p. 554 ss. Cfr. inoltre T.A.R. Lazio (Roma), Sez. II, Sent. 2 gennaio 2020, n. 20, nella quale si afferma che «*il regime di atti applicativi di una norma a carattere regolamentare o comunque di un atto generale di programmazione comporta che da quest’ultimo dipende la perdurante efficacia dei primi. Laddove venga caducato l’atto presupposto - in virtù di un giudicato di annullamento o dell’esercizio dell’autotutela - gli atti medio tempore intervenuti, laddove ritualmente impugnati, saranno da considerarsi caducati per illegittimità derivata nelle parti ancora in vigore*» e T.A.R. Lazio (Roma), Sez. II, Sent. 22 aprile 2004, n. 3477, nella quale si è ulteriormente affermato che «*secondo la giurisprudenza ormai consolidata della Corte costituzionale, la norma interna incompatibile con l’ordinamento comunitario non può essere applicata dal Giudice nazionale nel caso di specie oggetto della sua cognizione. Pertanto, una volta affermata l’illegittimità della norma interna, devono del pari ritenersi illegittimi in via derivata anche gli atti normativi secondari, ovvero gli atti amministrativi, che alla norma medesima abbiano dato attuazione, indipendentemente da una loro tempestiva impugnazione*». Peraltro, l’ultima tra le sentenze menzionate ha particolare rilevanza per quanto si dirà *infra* par. 0.

¹³ Anche se con riferimento alla illegittimità degli atti amministrativi che sia derivata dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma che conferisce all’autorità i poteri di adottare l’atto medesimo, cfr. T.A.R. Liguria (Genova) Sez. I, Sent. 18 novembre 2010, n. 10405.

“forzare” il Registro delle Imprese ad avviare il procedimento di cancellazione d’ufficio ex art. 2191 c.c., nonostante la sua inapplicabilità alle società di capitali¹⁴.

Una simile conclusione avrebbe esiti, in un certo senso, infausti e incompatibili con il sistema normativo attualmente vigente (tanto nazionale quanto comunitario): la mancanza *ab origine* di una iscrizione nel Registro delle Imprese della società implicherebbe la sua riduzione a società irregolare e, soprattutto, la perdita del beneficio della limitazione della responsabilità in capo a ciascun socio. In sintesi, l’eventuale “eliminazione” della registrazione per illegittimità derivata potrebbe avere esiti a dir poco paradossali per soci e creditori sociali.

3.2 La registrazione e la sua estraneità al diritto amministrativo

Vi è, tuttavia, l’ipotesi ulteriore secondo cui le eventuali questioni sulla registrazione siano estranee al diritto amministrativo e attengano al diritto privato.

In primo luogo, l’art. 11, paragrafo 1, comma 2, Direttiva 2017/1132/UE stabilisce, infatti, che *«al di fuori dei casi di nullità di cui al primo comma, le società non sono soggette ad alcuna causa di inesistenza, nullità assoluta, nullità relativa o annullabilità»*. La norma, infatti, può indurre a escludere che l’iscrizione della società sia illegittima per derivazione.

Non può non osservarsi che le controversie nascenti dall’attività di registrazione condotte dal Registro delle Imprese sono sottratte alla giurisdizione del giudice amministrativo e attribuite espressamente alla cognizione del giudice ordinario.

La questione, dunque, non sembra si possa affrontare con i canoni propri del diritto amministrativo: l’attività delle amministrazioni deputate alla tenuta di siffatti registri è di tipo meramente accertativo e non comporta, perciò, l’esercizio di alcuna discrezione né di un potere *davvero* pubblico (*recte*, autoritativo). E, infatti, l’accertamento operato dal conservatore riguarda solo il rispetto delle condizioni previste dalla legge per l’atto di cui si richiede l’iscrizione.

Sotto altra prospettiva, l’accertamento operato dal conservatore-autorità attiene alla sfera dei diritti soggettivi dell’istante e non a un suo interesse legittimo¹⁵.

D’altronde, l’interesse del cittadino che faccia istanza di registrazione consiste nella correttezza dell’attività di verifica dell’amministrazione riguardo alla completezza delle

¹⁴ In quanto incompatibile con l’acquisto della personalità giuridica ex art. 2331, comma 1, c.c.

¹⁵ Quella del Registro delle Imprese rientra nella c.d. “amministrazione pubblica del diritto privato”, ossia in quell’attività amministrativa che *«determina, o concorre a determinare, la costituzione di status, di capacità, di rapporti di diritto privato [...] mediante trascrizioni, registrazioni, documentazioni»*. Cfr. sul punto, E. CASSETTA, *cit.* (nt. 12), p. 14.

informazioni fornite rispetto a quelle richieste dalla legge per la registrazione e alla corrispondenza tra l'atto per cui richiede l'iscrizione e il suo *tipo legale*.

In sostanza, l'amministrazione deputata alla tenuta del registro, quando iscrive (o rifiuta di iscrivere), non agisce *ex auctoritate* nei confronti dell'istante perché non ha alcuna discrezionalità nel (*recte*, potere di) riconoscere o attribuire un diritto soggettivo o, comunque, di incidere su situazioni soggettive dei richiedenti che, infatti, già sono sorte sulla base di quanto stabilito dalla legge.

Il diritto del cittadino a condurre un'impresa, soprattutto se in forma associata, discende direttamente dalla legge, mentre la registrazione è solo il perfezionamento di un più complesso procedimento che comprende *anche* (ma non si riduce unicamente a) quest'ultima.

Peraltro, la registrazione rappresenta per la società di capitali il momento in cui acquista la piena soggettività rispetto ai terzi. "Creando" un nuovo soggetto, la registrazione comporta il "trasferimento" alla società di situazioni giuridiche – attive e passive – poiché divenute del tutto autonome da quelle che intercorrono (*recte*, intercorrevano) tra soci "istanti" e terzi contraenti.

Inoltre, è quantomeno arduo affermare che la registrazione comporti effettivamente una incisione della sfera giuridica "personale" dei soci. Questi ultimi sono titolari di autonome situazioni soggettive verso la società non – ancora – registrata a prescindere dalla sua registrazione. Di fatti, la registrazione della società, anche di capitali, oltre a costituire il perfezionamento della sua costituzione, determina unicamente il regime *giuridico* delle situazioni soggettive, ma non scaturiscono da essa.

In altri termini, le questioni scaturite dalla Sentenza n. 2643/2021 sembrano porsi al di fuori del diritto amministrativo.

3.3 La nullità "non-sopravvenuta" delle start-up costituite telematicamente

Se gli effetti della Sentenza n. 2643/2021 sono estranei al diritto amministrativo, le società in questione saranno nulle ex art. 2332, comma 1, n. 1), c.c.; l'atto costitutivo all'epoca stipulato dai soci non ha forma di atto pubblico.

Già il T.A.R. del Lazio, nella precedente Sentenza n. 10004/2017, aveva dato una propria – e oscura – indicazione. Il Giudice di prime cure, pur ritenendo complessivamente legittimo il D.M. 17 febbraio 2016, censurava l'art. 4 nella parte in cui non escludeva l'applicazione dell'art. 25, comma 16, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, in quanto la norma consentiva illegittimamente la «*sopravvivenza dell'ente societario in forma di s.r.l. nonostante la perdita dei requisiti di "innovatività"*» a quelle società non costituite con atto pubblico.

La Sentenza n. 2643/2021 del Consiglio di Stato, poi, chiarendo ulteriormente quanto detto dal Giudice di prime cure, ha affermato che l'iscrizione nella sezione ordinaria del Registro delle Imprese può «*permanere*» solo se la società sia costituita per atto pubblico.

Invero, il lessico utilizzato dai due Giudici è fuorviante. Entrambi, infatti, non solo non qualificano il vizio che affligge le *start-up* costituite telematicamente, ma, riferendosi all'iscrizione con i verbi “sopravvivere” e “permanere”, inducono un lettore poco avveduto a ritenere che essi si riferiscano alla cancellazione di ufficio ex art. 2191 c.c.

In occasione della Sentenza n. 10004/2017 del T.A.R. del Lazio, una parte della dottrina ha sottolineato che, poiché l'iscrizione definitiva nel Registro delle Imprese comporta ex art. 2331 c.c. l'acquisto della personalità giuridica e poiché l'iscrizione sana tutti quei vizi non espressamente contemplati dall'art. 2332, comma 1, c.c., alle società di capitali, e dunque alle *start-up*, non è applicabile la cancellazione d'ufficio ex art. 2191 c.c., in quanto la norma in discorso si applica in caso di difetto originario dei requisiti previsti dalla legge, la cancellazione ivi contemplata ha effetti retroattivi e le società di capitali definitivamente iscritte nel Registro delle Imprese sono soggette alla diversa cancellazione ex art. 2495 c.c.¹⁶.

Tuttavia, tale dottrina muove dal presupposto “storico” per cui il Giudice di prime cure aveva comunque sostanzialmente confermato il D.M. 17 febbraio 2016 ritenendolo

¹⁶ Cfr. G. P. LA SALA, *Start-up innovative: fattispecie e costituzione in forma di s.r.l.*, Riv. Soc., V, 2017, pp. 1146; Quanto alla retroattività della cancellazione d'ufficio ex art. 2191 c.c., cfr. anche Cfr. G. PETROBONI, *sub art. 2191*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice Civile commentato*, Torino: 2012. Cfr., inoltre, Cass. Civ., Sez. I, Sentenza 4 novembre 2015, n. 2256, la quale, seppur con riguardo alla trasformazione e alla simulazione di società di capitali, ha incidentalmente affermato che «*la simulazione di una società di capitali iscritta nel registro delle imprese non è configurabile in ragione della natura stessa del contratto sociale, che non è solo regolatore degli interessi dei soci ma si atteggia, al contempo, come norma programmatica dell'agire sociale, destinata ad interferire con gli interessi dei terzi che con la società instaurano rapporti e che fanno affidamento sulla sua esistenza. Tipo e scopo sociale, una volta compiute le formalità di legge, sono quelle che emergono dal sistema di pubblicità, con la conseguenza che l'atto di costituzione dell'ente non può più essere interpretato secondo la comune intenzione dei contraenti e resta consacrato nei termini in cui risulta iscritto ed è portato a conoscenza dei terzi: le esigenze di tutela di questi ultimi assumono dunque prevalenza e rendono irrilevante la fase negoziale che ha dato luogo alla nascita del nuovo soggetto giuridico, che vive di vita propria, agisce e risponde dei propri atti in via autonoma, quale che sia stata la volontà dei soci sottostante alla formazione del contratto. Le medesime considerazioni valgono anche nel caso di successiva trasformazione della società di capitali in società di persone. In quanto la trasformazione della società da un tipo a un altro previsto dalla legge è una mera vicenda modificativa ed evolutiva del medesimo soggetto, che ne comporta la variazione dell'assetto e della struttura organizzativa, ma che non dà luogo all'estinzione della società trasformata, né incide sui rapporti sostanziali e processuali ad essa facenti capo. Conseguentemente, anche in tale ipotesi la pronuncia di nullità non potrebbe che investire l'originario atto costitutivo (con conseguente applicazione dell'art. 2332 c.c.) e, per l'altro, che la trasformazione non potrebbe mai costituire causa di sopravvenuta inesistenza o nullità dell'ente societario ormai sorto per effetto dell'iscrizione».*

legittimo nel complesso. Dunque, Siffatte valutazioni andrebbero nuovamente vagliate alla luce delle mutate circostanze.

Secondo alcuni, ritenuta la legittimità complessiva del D.M. 17 febbraio 2016, non sarebbe stato opportuno ricostruire l'art. 4, comma 10-bis, D.L. 3/2015 e il corrispondente D.M. 17 febbraio 2016 nel senso in cui il legislatore *de facto* sospendesse l'efficacia della nullità *ex art.* 2332, comma 1, n. 1), c.c.; in tesi, infatti, sarebbe – stato – preferibile ricostruire le norme sulla costituzione telematica delle *start-up* nel senso in cui la nullità sopravvenisse con la sua cancellazione dalla sezione speciale del Registro e la mancata stipulazione dell'atto costitutivo in forma di atto pubblico.

Peraltro, anche questa ipotesi ricostruttiva è ritenuta «*debole*», in quanto la *ratio* sottesa all'art. 2332, comma 1, n. 1), c.c. imporrebbe di configurare la mancata stipulazione dell'atto pubblico come una mancanza originaria e non sopravvenuta¹⁷.

Pur “storicamente” condivisibile, letta oggi una simile interpretazione sembra comunque forzare, sino a tradire, il tenore letterale dell'art. 2332, comma 1, n. 1), c.c.

Peraltro, con la Sentenza n. 2643/2021, il Consiglio di Stato sembra aver implicitamente smentito una simile ipotesi ricostruttiva: come detto, l'annullamento del D.M. 17 febbraio 2016 ha efficacia *ex tunc* e, siccome l'annullamento retroagisce i propri effetti alla data in cui il D.M. è stato emanato, la nullità delle *start-up* costituite telematicamente non potrebbe effettivamente dirsi *sopravvenuta*.

Ciò porterebbe anche concludere che la Sentenza n. 2643/2021 abbia influito, seppur indirettamente, sulla sorte della registrazione conseguita dalle *start-up* costituite ai sensi del D.M. 17 febbraio 2016.

È dunque da questa prospettiva che la sanatoria “legale” di cui all'art. 39-septies del D.L. 31 maggio 2021, n. 77¹⁸ dovrebbe essere interpretata.

¹⁷ Cfr. sul punto, G.P. LA SALA, *cit.*, p. 1149 – 1151; in particolare, l'A. conclude affermando che «*in definitiva, la conformità alla legge della forma dell'atto costitutivo di una società di capitali va valutata esclusivamente sulla base della situazione esistente al momento del compimento dell'atto negoziale. L'art. 4, comma 10-bis, d.l. n. 3/2015 va pertanto interpretato nel senso che l'originaria sussistenza dei requisiti di start-up comporta l'applicazione del beneficio di poter costituire la società anche con scrittura privata elettronica. Tale agevolazione, in quanto concessa una volta per tutte sulla base della situazione di fatto in essere al momento della stipula dell'atto, prescinde dalla futura permanenza dei requisiti di start-up, il cui venir meno non può pregiudicare l'iscrizione della società presso la sezione ordinaria del registro delle imprese. E tale soluzione deve ritenersi valida nonostante l'annullamento dell'art. 4 d.m. MiSE, 17 febbraio 2016 ad opera della sentenza del Tar Lazio in oggetto, perché essa discende direttamente dall'art. 25, comma 16, d.l. n. 179/2012*».

¹⁸ Introdotto dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, di conversione del D.L. 77/2021.

4. La sanatoria legale delle start-up innovative

La Sentenza n. 2643/2021 non offre elementi per risolvere agevolmente le questioni che da essa scaturiscono.

È, infatti, tale incertezza interpretativa che sembra aver indotto il legislatore a introdurre nell'ordinamento una sanatoria legale delle *start-up* costituite in conformità all'art. 4, comma 10-*bis*, D.L. 3/2015 e al D.M. 17 febbraio 2016.

4.1 La potenziale illegittimità della sanatoria contenuta nel comma 1

L'art. 39-*septies* del D.L. 77/2021, introdotto in sede di conversione dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, stabilisce al primo comma che «*gli atti costitutivi, gli statuti e le loro successive modificazioni delle società start-up innovative di cui all'articolo 25, comma 2, [D.L. 179/2012], costituite in forma di società a responsabilità limitata, anche semplificata, depositati presso l'ufficio del registro delle imprese alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e redatti con le modalità alternative all'atto pubblico ai sensi dell'articolo 4, comma 10-*bis*, [D.L. 3/2015], e secondo le disposizioni dettate dal decreto del Ministro dello sviluppo economico 17 febbraio 2016 [...] restano validi ed efficaci e conseguentemente le medesime società conservano l'iscrizione nel registro delle imprese*».

Facendo salva la validità e l'efficacia degli atti costitutivi, degli statuti e delle conseguenti modificazioni sottoscritte e pubblicate in conformità al D.M. 17 febbraio 2016 e “*conservan[do] l'iscrizione nel registro delle imprese*”, la norma in questione introduce una sanatoria *legale* delle *start-up* costituite telematicamente.

La norma è stata introdotta dal legislatore con l'intento di prevenire in radice ogni potenziale azione di nullità contro le circa settecento *start-up* costituite in forma telematica. La sua formulazione, tuttavia, è quantomeno inopportuna: il legislatore, infatti, sembra conferire agli atti costitutivi una legittimità e validità *legale* di cui essi sarebbero altrimenti sprovvisti.

Invero, contrariamente a quanto ritenuto da altri¹⁹, se così fosse, neanche un simile intervento potrebbe dare legittimità agli atti stipulati e registrati ai sensi del D.M. 17 febbraio 2016. Come già ricordato, infatti, l'art. 10 della Direttiva 2017/1132/UE obbliga gli Stati Membri a prevedere che gli atti costitutivi delle società di capitali debbano avere forma di atto pubblico quando l'ordinamento non preveda forme di controllo preventivo e di merito dell'autorità amministrativa o giudiziaria.

¹⁹ Cfr. R. ISRAEL, *La sanatoria delle start-up innovative costituite digitalmente e il “cap” dei compensi notarili*, in www.federnotizie.it, 4 agosto 2021.

Una interpretazione letterale dell'art. 39-*septies*, comma 1, D.L. 77/2021 porterebbe a qualificarla come una singolare – e, perciò, illegittima – deroga all'obbligo di adozione della forma dell'atto pubblico imposto dall'ordinamento comunitario.

Così ragionando, la norma non sarebbe conforme all'art. 4, par. 3, comma 2, TUE e all'art. 117, comma 1, Cost., e potrebbe, perciò, essere disapplicata dal giudice di merito. Letta così, l'intervento del legislatore si dimostrerebbe, alla prova dei fatti, inutile.

Infatti, l'illegittimità – potenziale – della norma consentirebbe ai soci “scontenti” e ai terzi contraenti di promuovere comunque l'azione di nullità della *start-up* costituita telematicamente. Essi, infatti, potranno eccepire la contrarietà dell'art. 39-*septies*, comma 1, D.L. 77/2021 all'ordinamento comunitario e all'art. 117 comma 1, Cost., chiedendo al giudice la sua disapplicazione ovvero la rimessione della questione alla Corte Costituzionale ovvero alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁰.

4.2 Una interpretazione “sanante”

Tuttavia, la lettura congiunta tra il primo e il secondo comma dell'art. 39-*septies* D.L. 77/2021 potrebbe temperare simili conclusioni.

La norma stabilisce, infatti, che *«fino all'adozione delle nuove misure concernenti l'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario, alle modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto deliberate dalle società di cui al comma 1 dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, si applica la disciplina di cui all'articolo 2480 del codice civile»*.

La finalità della norma è quella di rendere inoperante il Decreto del Ministro dello Sviluppo economico 28 ottobre 2016²¹. In particolare, l'art. 1 del D.M. 28 ottobre 2016, similmente al D.M. 17 febbraio 2016, deroga all'art. 2480 c.c. e obbliga le *start-up* costituite telematicamente di redigere con modalità esclusivamente informatiche le delibere di modificazione degli atti costitutivi *«che non comportano la perdita dei requisiti di start-up»*.

In primo luogo, non sembra che la potenziale illegittimità dell'art. 39-*septies*, comma 1, e il possibile perdurare della nullità *ex art. 2332*, comma 1, n. 1), c.c. implicino

²⁰ Cfr. a tal proposito, la giurisprudenza comunitaria e costituzionale in materia. *Ex multis*: CGUE, 9 marzo 1978, n. C-106/77, *Simmenthal*; CGUE, 22 giugno 2010, n. C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, punto 43; CGUE, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*; Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389, Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227 e Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 269.

²¹ Anch'esso attuativo dell'art. 4, comma 10-*bis*, D.L. 3/2015.

l'illegittimità delle delibere di modifica “parziale” dello statuto assunte avvalendosi dell'art. 39-*septies*, comma 2²².

È, tuttavia, necessario stabilire se al secondo comma dell'art. 39-*septies* D.L. 77/2021 se debba essere interpretato in modo restrittivo ovvero possa essere interpretato estensivamente.

Una interpretazione aderente al primo canone porterebbe a concludere che il comma 2 dell'art. 39-*septies*, D.L. 77/2021 non “autorizzi” l'assemblea della *start-up* costituita telematicamente a deliberare la modifica *della forma* dell'atto costitutivo.

Ciò sarebbe corroborato dalla formulazione del secondo comma dell'art. 39-*septies*, D.L. 77/2021 e dal fatto che comunque la norma ha – apparentemente – carattere eccezionale. Il linguaggio utilizzato dal legislatore e l'ampia estensione – seppur solo potenziale – della sanatoria di cui al precedente primo comma possono indurre a credere che le modifiche contemplate dall'art. 39-*septies*, comma 2, siano solo “parziali”.

Restrittivamente interpretato, l'art. 39-*septies*, comma 2, D.L. 77/2021 consentirebbe ai soci di avvalersene unicamente per le modifiche alle norme *statutarie*²³.

Così ragionando, tuttavia, ci si arrenderebbe a una – soltanto apparente – illegittimità del primo comma, svilendo la portata della sanatoria e tradendo, perciò, le *reali* intenzioni del legislatore.

Al contrario, interpretando la norma estensivamente, si è indotti a ritenere che il secondo comma dell'art. 39-*septies* contempli, quali «*modificazioni dell'atto costitutivo*», anche l'eventuale delibera di stipulazione “sanante” dell'atto costitutivo e di conferimento dei relativi poteri agli amministratori per la *materiale* stipulazione dell'atto davanti al notaio.

Ove ciò non fosse possibile, si dovrebbe coerentemente concludere che il notaio dovrebbe raccogliere la sottoscrizione di ciascun socio, con significativi problemi applicativi e pratici. Peraltro, le *start-up* nascono tendenzialmente con la prospettiva di farsi ammettere a una raccolta di capitali mediante i portali di *crowdfunding* e sono, perciò, caratterizzate da un “azionariato diffuso”. A ciò si aggiunga che, quando ammesse alla raccolta di

²² Cfr. al riguardo, Cons. Not. Milano, Massima n. 41 del 19 novembre 2004. In particolare, nel contesto immediatamente successivo all'entrata in vigore del D.Lgs. 6/2003 di riforma del diritto societario, il Consiglio ha ritenuto la ricevibilità da parte del notaio (e, dunque, la legittimità) delle delibere di modifica “parziale” degli atti costitutivi, ossia di quelle delibere che non provvedessero a sostituire o modificare – anche – le clausole divenute incompatibili con la normativa introdotta dalla riforma del 2003.

²³ Da intendersi come quelle modifiche che incidono unicamente sull'organizzazione – interna ed esterna – dell'ente societario (quali, ad esempio, la delibera di aumento o diminuzione del capitale, il mutamento modifica della sede legale o del sistema di amministrazione e controllo, etc.).

crowdfunding, dette società potrebbero addirittura ignorare l'identità dei loro soci-investitori²⁴.

Perciò, non deliberare in assemblea di procedere alla stipula dell'atto costitutivo davanti al notaio complicherebbe enormemente la sanatoria della società.

Invero, l'ordinamento societario non sembra esplicitare alcun divieto contro le modalità anzidette.

Tuttavia, pur potendo avvenire la stipula dell'atto costitutivo tramite dei procuratori speciali, ci si deve chiedere se l'assemblea dei soci abbia il potere di adottare una simile delibera e conferire i relativi poteri agli amministratori²⁵.

Si potrebbe, infatti, ipotizzare che il potere di stipula possa essere conferito unicamente dai singoli soci e non dalla società nel suo complesso. D'altronde, l'atto costitutivo è l'atto negoziale con cui ciascun socio esprime, congiuntamente agli altri, la volontà di dare vita a una impresa comune sotto forma di ente giuridico e di regolare i rapporti (interni ed esterni) che ne conseguono.

Tuttavia, nel caso di specie, la stipula dell'atto costitutivo in forma di atto pubblico sarebbe caratterizzata dalla *ulteriore* finalità di sanare la nullità ex art. 2332, comma 1, n. 1), c.c., ossia di dare la forma corretta a rapporti che si sono già instaurati reciprocamente tra i soci e tra i soci e la società²⁶.

²⁴ I portali di raccolta gestiti da intermediari autorizzati alla prestazione di servizi di investimento possono prestare anche il servizio di “dematerializzazione” e di “intestazione fiduciaria” delle quote secondo le modalità previste dall'art. 100-ter, commi 2-bis ss., TUF. Sull'*equity crowdfunding* e sulla “dematerializzazione” delle quote delle PMI in forma di S.r.l. (e, perciò, anche delle *start-up*), cfr. N. DE LUCA, S. L. FURNARI, A. GENTILE, *Equity Crowdfunding* in S. BELLOMO, M. CIAN, G. FERRI JR., D. U. SANTOSUOSSO, F. TESAURO (a cura di), *Digesto delle discipline privatistiche – Sez. Commerciale*, VIII Agg., Torino: 2017; M. CIAN, *L'intestazione intermediata delle quote di S.r.l. pmi: rapporto societario, regime della circolazione*, in *Le nuove leggi civili commentate*, V, 2018, p. 1260-1279; N. De Luca, *Crowdfunding e quote «dematerializzate» di S.r.l.? Prime considerazioni*, in *Le nuove leggi civili commentate*, I, 2016, p. 2-9.

²⁵ Inoltre, poiché le *start-up* hanno forma di S.r.l., non risulta applicabile nemmeno il regime previsto dall'art. 2365, comma 2, c.c., per il quale, se lo statuto lo prevede, gli amministratori possono modificarne il contenuto al fine di adeguarlo alle «*disposizioni normative*» vigenti. Peraltro, una tale norma sarebbe comunque di difficile applicazione analogica nel caso di specie, visto che, nel caso di specie, l'adeguamento consisterebbe in una stipula *ex novo* di un *intero* atto costitutivo e non in una mera modifica “parziale”, peraltro delle sole norme «*dello statuto*» cui la norma si riferisce. In altri termini, la norma ha un contenuto più ristretto, non riferendosi più ampiamente alle modifiche «*all'atto costitutivo*» cui si riferisce, *inter alia*, l'art. 2479, comma 2, c.c.

²⁶ Peraltro, lo si ribadisce, adottando forme conformi alla normativa vigente all'epoca in cui la medesima società era stata costituita.

In questa prospettiva, l'ipotesi secondo cui l'assemblea possa deliberare di procedere alla stipula e affidare la relativa delega agli amministratori acquista una certa forza²⁷.

Peraltro, il fatto che la società di capitali, ancorché nulla, esiste esclusivamente in virtù della sua registrazione rende preferibile che un tale atto sia compiuto dall'assemblea e non dai soci *uti singuli*²⁸.

Infatti, il riferimento alle “*modifiche all'atto costitutivo*” contenuto nell'art. 39-*septies*, comma 2, D.L. 77/2021 è del tutto analogo, per estensione, al riferimento di cui all'art. 2479, comma 2, n. 4), c.c.

Invero, non è inverosimile che il legislatore abbia introdotto il secondo comma dell'art. 39-*septies*, D.L. 77/2021, avendo unicamente riguardo alle modifiche più “classiche” dell'atto costitutivo, ossia le modifiche “statutarie” e “organizzative”.

Tuttavia, la formulazione adottata dal legislatore è così ampia che non sembra si possa escludere dall'art. 39-*septies*, comma 2, D.L. 77/2021 anche fattispecie di “più-profonda-

²⁷ Di fatti, non appare corretta l'interpretazione dell'art. 2332, comma 1, n. 1), c.c. fornita dalla Relazione Illustrativa al D.Lgs. 6/2003, la quale, in relazione alla nuova formulazione dell'art. all'art. 2332, comma 5, c.c., motiva l'eliminazione del riferimento alle “*modificazioni dell'atto costitutivo*” affermando «*che [ciò] potrà consentire di avvalersi di siffatta eliminazione della nullità anche in casi nei quali il procedimento di modificazione dell'atto costitutivo non risulta tecnicamente utilizzabile (così, in particolare, nell'ipotesi di nullità per la mancanza di atto pubblico e mediante una sua ripetizione da parte dei soci)*». Invero, una simile interpretazione non solo è eccessivamente rigida (ved. *infra* nt. 28), ma suggerirebbe che prima della riforma del 2003, poiché la sanatoria poteva avvenire «*per effetto di una modificazione dell'atto costitutivo*», la sanatoria della nullità per violazione dell'obbligo di stipula dell'atto costitutivo in forma solenne. Il che, tuttavia, non sarebbe stato comunque coerente con la *ratio* che il legislatore ha inteso imprimere alla norma sin dall'origine. Infatti, il par. 948 della Relazione Illustrativa al codice civile del 1942 afferma che «*facendo applicazione del principio secondo cui la conservazione delle società di capitali “deve essere in quanto più possibile assicurata nell'interesse dell'economia nazionale [...] la nullità dell'atto costitutivo non può essere dichiarata quando la causa di essa è stata eliminata con una modificazione dell'atto stesso iscritta nel registro delle imprese*», non precisando in alcun modo il tipo di modifica cui ci si debba riferire, né lasciando in alcun modo intuire che, nella sua prospettiva, la violazione della forma dell'atto costitutivo fosse un vizio insanabile.

²⁸ Cfr. sul punto G. PALMIERI, *La nuova disciplina della nullità della società per azioni*, in *Riv. Soc.*, IV, 2003, p. 859 ss M. SCIUTO, *La nullità della società* in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino: 2006, p. 433. Contrariamente alla Relazione Illustrativa al D.Lgs. 6/2003 (peraltro, giudicata eccessivamente rigida sul punto), entrambi gli AA. ritengono sia più coerente con la *ratio* dell'art. 2332, comma 1, n. 1), c.c. che non sia necessario raccogliere nuovamente il consenso da ciascun socio fondatore e che, invece, sia sufficiente sottoporre l'atto costitutivo nullo (poiché non avente forma di atto pubblico) al vaglio notarile, così che assuma una forma conforme a quella richiesta espressamente dalla legge. Peraltro, il primo A. ammette espressamente la possibilità di una delibera assembleare «*di ripetizione*» dell'atto costitutivo. Il secondo A., inoltre, sottolinea che la società potrebbe comunque avvalersi del procedimento di omologa per ottenere l'iscrizione nel caso in cui il notaio opponga il proprio rifiuto (oggi sopravvissuta solo per quel che concerne il regime di iscrizione *iussu iudicis* delle delibere *ex art.* 2436 c.c.).

modifica” dell’atto costitutivo, quali certamente sono le delibere di trasformazione, fusione o scissione.

Se ne dovrebbe dedurre che le *start-up* possano assumere simili delibere in quanto la possibilità di deliberare una operazione straordinaria non è espressamente esclusa dall’art. 39-*septies*, comma 2, D.L. 77/2021, né sembra si possa inferire un limite del genere dall’art. 1 del D.M. 28 ottobre 2016²⁹.

Sarebbe, infatti, illogico ritenere al contempo che i soci delle *start-up* costituite telematicamente non possano deliberare *ex art. 39-septies*, comma 2, D.L. 77/2021 di procedere alla stipula “sanante” e conferire i relativi poteri agli amministratori e che, invece, possano comunque deliberare, *inter alia*, la fusione ai sensi della medesima norma³⁰.

Alla luce di quanto precede, non solo l’ipotesi secondo cui i soci possano deliberare in assemblea la stipula dell’atto pubblico e delegare i relativi poteri all’amministratore appare preferibile per ragioni *pratiche*, ma appare una via giuridicamente percorribile perché coerente con l’ordinamento societario oggi vigente.

Di conseguenza, appare del tutto preferibile interpretare il comma 2 dell’art. 39-*septies* in maniera estensiva e ritenere che esso contempra anche l’eventuale “modifica della forma” dell’atto costitutivo.

In altri termini, si dovrebbe concludere che soci possano deliberare ai sensi dell’art. 39-*septies*, comma 2, D.L. 77/2021 anche di procedere alla stipula “sanante” dell’atto costitutivo e, di conseguenza, che possano delegare agli amministratori i poteri perché la eseguano *materialmente*.

Pertanto, chiarito che i soci possono deliberare ai sensi dell’art. 39-*septies*, comma 2, D.L. 77/2021 la stipula “sanante” dell’atto costitutivo e delegare agli amministratori i

²⁹ Di fatti, una interpretazione della norma che deduca la sussistenza di un tale limite sulla base del D.M. 28 ottobre 2016, dovrebbe portare *anche* all’assurda conclusione che le *start-up* sanate dall’art. 39-*septies* D.L. 77/2021 non potrebbero deliberare neanche la “trasformazione” da *start-up* innovativa a società a responsabilità limitata “comune” o, comunque, la trasformazione in società di altro tipo.

³⁰ Nel caso (si spera improbabile) di una operazione di fusione per incorporazione di una *start-up* costituita per atto pubblico in una *start-up* costituita telematicamente, sarebbe quantomeno difficile immaginare che un notaio si trovi in condizioni di richiedere (o il giudice del registro si trovi in condizioni di ordinare) l’iscrizione della relativa delibera e del successivo atto nel Registro delle Imprese. Non si comprenderebbe, infatti, come si possa concepire l’incorporazione di una società regolarmente costituita in una società sprovvista di un – valido – atto costitutivo. Ritenere il contrario avrebbe il paradossale effetto di “estendere” la nullità di cui l’incorporante è affetta a una società che, prima dell’incorporazione, era perfettamente e validamente costituita.

conseguenti poteri, ne consegue che la sanatoria legale stabilita dal precedente comma 1 non sia una implicita – e illegittima – deroga all’art. 10 della Direttiva 1132/2017/UE.

In altri termini, poiché il comma 2 dell’art. 39-*septies* contempla anche la delibera di ripetizione dell’atto costitutivo ex art. 2332, comma 5, c.c., si dovrebbe conseguentemente dedurre che il precedente comma 1 sia conforme all’art. 4, paragrafo 3, comma 2, TUE oltre che all’art. 117, comma 1, Cost., poiché non sembra esonerare *tout court* la società dall’obbligo di provvedere alla stipula dell’atto costitutivo in forma di atto pubblico e, perciò, non introduce deroghe alla normativa comunitaria.

4.3 Il compenso del notaio: cenni

In ultimo, il comma 3 dell’art. 39-*septies* D.L. 77/2021 ha disciplinato anche il compenso dovuto al notaio per la redazione delle delibere di “modifica” ai sensi del precedente comma 2.

In sintesi, la norma stabilisce che il notaio possa percepire per tali attività un compenso pari a 600 euro³¹.

Tuttavia, taluni hanno ritenuto che tale compenso *legale* fosse dovuto per le sole delibere di modifica in senso stretto e non per la delibera di ripetizione dell’atto costitutivo, in quanto essa non è espressamente menzionata e, perciò, sarebbe escluso dall’ambito di applicazione della norma³².

Una tale affermazione non sembra sia del coerente con l’interpretazione estensiva dell’art. 39-*septies*, comma 2, D.L. 77/2021 di cui si al precedente paragrafo. Peraltro, ciò svilirebbe le *reali* intenzioni del legislatore.

Infatti, con l’art. 39-*septies*, il legislatore offre alle *start-up* costituite telematicamente una tutela “quasi-risarcitoria”. Egli cerca di metterle sostanzialmente al riparo dalle azioni di nullità opportunistiche dei soci scontenti e dalle conseguenze economiche *immediate* (inclusi gli oneri notarili) che sono state di fatto causate da un suo “errore”.

Invero, i fondatori delle *start-up* nutrivano un legittimo affidamento sulla legittimità del procedimento *telematico* di costituzione di cui al D.M. 17 febbraio 2016. Detto affidamento si è interrotto con la pubblicazione della Sentenza n. 2643/2021, ossia è venuto meno per un “imprevisto giuridico” che non può certamente essere imputato alle *start-up* o ai suoi soci.

³¹ Letteralmente, la norma rinvia alla tariffa minima di cui alla Tabella D, lett. *b*), del Decreto del Ministro della giustizia 20 luglio 2012, n. 140, che, infatti, prevede un compenso minimo di 600 euro.

³² Cfr. R. ISRAEL, *cit.* (nt. 19).

Perciò, non appare fedele allo *spirito* dell'intervento normativo interpretare il terzo comma nel senso in cui, di fatto, sia escluso dal "compenso legale" la più importante (oltre che la più urgente) tra le modifiche che la *start-up* potrebbe (e, anzi, dovrebbe) compiere.

In coerenza con quanto affermato in relazione al secondo comma dell'art. 39-*septies*, sembra pertanto preferibile interpretare estensivamente anche il successivo terzo comma e ritenere che il compenso obbligatorio riguardi *anche* alla stipula "sanante" dell'atto costitutivo in forma di atto pubblico³³.

³³ Con ciò, tuttavia, non ricomprendendo anche una stipula "sanante" dell'atto costitutivo che comprenda anche la modifica a particolari disposizioni statutarie. Ciò poiché la prestazione del notaio sarebbe, in un certo senso, *multipla*. In questo caso, il compenso dovuto al notaio sarebbe ragionevolmente più elevato di 600 euro e, a rigore, non dovrebbe essere superiore alla somma della tariffa "obbligatoria" dovuta per ciascuna delle attività professionali prestate all'atto delle delibere di stipula e contemporaneamente di modifica.