

Il controllo di legalità del Notaio sulle pattuizioni dei soci di s.r.l. a seguito delle modifiche in materia di assetti organizzativi, amministrativi e contabili introdotte dal Codice della Crisi e dell'insolvenza

di Giuseppe Silvestro

SOMMARIO: 1. L'introduzione del Codice della Crisi e dell'Insolvenza dell'impresa e le modifiche in tema di amministrazione delle società e delle imprese collettive – 2. Le differenze strutturali tra società di persone e società di capitali. Il differente grado di complessità degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili – 3. La s.r.l. e la s.p.a. – 4. Il diritto dei soci di s.r.l. di modellare l'atto costitutivo in base alle proprie esigenze. Contenuto e limiti dell'autonomia privata in materia di amministrazione dell'impresa – 5. Il controllo di legalità del Notaio.

1. L'introduzione del Codice della Crisi e dell'Insolvenza dell'impresa e le modifiche in tema di amministrazione delle società e delle imprese collettive

In attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante la «*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*», è stato emanato il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, più comunemente conosciuto come il codice della crisi e dell'insolvenza.

L'art. 1, rubricato *Ambito di applicazione*, al primo comma testualmente sancisce che «*Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici*».

Sia il nome del Codice che il tenore letterale del disposto che ne individua l'ambito applicativo, sono espliciti nel relegare la legge alle vicende patologiche, e cioè alla crisi oppure all'insolvenza che riguardano i consumatori, i professionisti e gli imprenditori.

Eppure l'intervento riformatore ha interessato anche la normativa ordinaria, in particolare quella del Codice Civile ed a cui sono dedicati gli articoli da 375 a 384 del Decreto.

Una serie di modifiche, alcune di portata sostanziale, come l'intervento sull'amministrazione dell'impresa effettuato con la riscrittura dell'art. 2086 c.c., norma in cui oggi è possibile rinvenire «una forte interrelazione tra diritto commerciale e diritto della crisi, a conferma dell'intuizione di quella parte di dottrina che già in precedenza invocava la predisposi-

L'ambito di
applicazione del
c.c.i.i.

Le modifiche al
Codice Civile

zione di uno statuto normativo dedicato alle società in difficoltà.

L'art. 2086 c.c., oltre ad essere caratterizzato da una rubrica differente, che da «*Direzione e gerarchia nell'impresa*» è divenuta «*Gestione dell'impresa*», ha visto l'aggiunta di un secondo comma ove si legge che «*L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevanza tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*».

In buona sostanza l'apparato dei processi e delle procedure decisionali sotteso alla funzione amministrativa, deve ora possedere una struttura (anche) in grado di intercettare, tempestivamente, i sintomi della crisi e della perdita della continuità aziendale dell'impresa, sì da poter attivare, per tempo, le procedure di recupero e di risanamento.

Il precetto, rientrando nelle regole dedicate all'impresa in generale, prescinde dalla veste giuridica in cui si traduce l'iniziativa economica, ed impone a tutti gli imprenditori societari e collettivi di procedere, incondizionatamente, all'adozione degli assetti.

2. Le differenze strutturali tra società di persone e società di capitali. Il differente grado di complessità degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili

In passato, l'obbligo sancito oggi dall'art. 2086 c.c. per tutti i tipi di impresa societaria e collettiva, era previsto solo dall'art. 2381 c.c., norma riguardante la s.p.a. e riscritta in occasione della riforma del diritto societario del 2003.

Ciò nonostante, già all'indomani della novella, c'era chi sosteneva che la norma contenesse in realtà un principio suscettibile di un'applicazione generale. Il dibattito era sostanzialmente nuovo, perché fino ad allora si era registrato un certo disinteresse, da parte dei giuristi, verso gli assetti, che erano ad appannaggio della scienza aziendalistica.

La riscrittura dell'art. 2381 c.c. ha mutato l'approccio verso la *governance* dell'impresa societaria, obbligando l'organo amministrativo a predisporre degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'impresa adeguati alle effettive dimensioni dell'ente.

In verità non è corretto sostenere che l'attenzione dei giuristi nei confronti degli assetti si è avuta solo con la riscrittura dell'art. 2381 c.c., perché in passato il concetto era comunque di interesse giuridico, anche se solo in settori *speciali* come quello della raccolta del risparmio verso

il pubblico.

Infatti il Testo Unico sulla Finanza, all'art. 149, nel tracciare i contorni dell'attività di vigilanza del collegio sindacale all'interno delle società quotate, imponeva all'organo di controllo di sorvegliare sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società.

In un settore, come appunto quello della raccolta del risparmio, dove la società intrattiene numerosi rapporti con il pubblico dei risparmiatori, e di sovente per il tramite di intermediari, è stata avvertita con anticipo l'esigenza di garantire alla collettività che la gestione dell'impresa si consumasse in maniera corretta ed adeguata.

E la circostanza, tutt'altro che trascurabile, che «*La riforma del 2003 ha inoltre elevato i principi di corretta amministrazione a clausola generale di comportamento degli amministratori (arg. ex art. 2403 c.c.) prima espressamente contenuta solo nelle società quotate (arg. ex art. 149, lett. b, T.U.F.)*», induce a riflettere sulla consapevolezza, da parte del legislatore, della rilevanza degli assetti e dunque della loro fisiologica utilità alla regolarità della gestione.

La generalizzazione dell'obbligo rappresenta la conclusione del processo di maturazione del concetto, che grazie al c.c.i.i. viene ulteriormente elevato rispetto al passato nella misura in cui è funzionale «anche» ad intercettare le prime avvisaglie della crisi, e quindi massimizzare i tempi di reazione dell'imprenditore al fine attivare, per tempo, le procedure di recupero e di risanamento che oggi l'ordinamento mette a disposizione.

Sotto un profilo strettamente pratico l'impatto applicativo dell'art. 2086 c.c. non è stato di poco conto, posto che non tutti i tipi d'impresa societaria e collettiva sono geneticamente predisposti a munirsi di articolazioni tali da assicurare il costante monitoraggio dell'attività, attraverso la tracciabilità delle condotte gestorie e la conseguente circolazione delle informazioni.

Le società personali, infatti, sono edificate su di una struttura composta da protocolli snelli a disposizione di organi poco complessi, perché sono state in origine pensate per assicurare, principalmente, la speditezza delle decisioni piuttosto che la loro tracciabilità.

Inoltre, proprietà e gestione, essendo di regola in capo agli stessi soggetti, fanno venire meno la necessità di assicurare i flussi informativi che al contrario sono necessari nella società per azioni, ove ci si confronta con un paradigma societario articolato su più organi ed a cui sono specificamente attribuiti determinati poteri.

La struttura, in questo caso, prevede l'isolamento della proprietà dalla gestione, con la conseguente specializzazione della funzione del capitale e di quella manageriale.

Non a caso la riforma del diritto societario del 2003, con l'art. 2380 *bis* c.c., ha intestato, esclusivamente, il potere di gestione in capo agli ammi-

Il nuovo articolo

2086 c.c. e

l'obbligo per tutti

gli imprenditori

societari e collettivi

di adottare assetti

organizzativi,

amministrativi e

contabili adeguati

L'art. 2381 c.c. e

l'introduzione degli

assetti all'interno del

Codice Civile

La funzionalità

degli assetti ad una

gestione regolare

Gli assetti

organizzativi nelle

società di persone

nistratori, a conferma del rigoroso rispetto del principio della suddivisione del lavoro, indice di sintesi dell'intera disciplina.

In conclusione, la predisposizione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle società di persone, in ragione delle marcate differenze strutturali ed organizzative, è caratterizzata da una minore complessità, e la circolazione delle informazioni a cui fisiologicamente tendono gli assetti si consumerà attraverso prassi meno formali.

3. La s.r.l. e la s.p.a.

Chiarito, seppur in via di principio, che anche le società di persone, compatibilmente con la loro struttura organizzativa, debbono essere equipaggiate di articolazioni amministrative, ai fini della presente riflessione occorre evidenziare le differenze che sussistono tra s.r.l. ed s.p.a., entrambe appartenenti alle società di capitali ma dotate di strutture in alcuni casi difforni.

Come innanzi scritto, prima del c.c.i.i., gli assetti organizzativi venivano positivamente menzionati solo dal novellato art. 2381 c.c., collocato all'interno del comparto dedicato alle società per azioni.

Di conseguenza i dubbi sull'efficacia della norma non riguardavano solo società di persone e di capitali, ma anche s.r.l. ed s.p.a.

A supporto di un'applicazione limitata del disposto sussistono degli indici letterali contenuti nella stessa legge delega: i) l'art. 3 che prevede per la "nuova" s.r.l. un complesso di norme autonomo ed organico, modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci; ii) l'art. 4, dedicato esclusivamente alla s.p.a., che contempla la predisposizione di un *assetto organizzativo idoneo a promuovere l'efficienza e la correttezza della gestione dell'impresa sociale*. Dunque, almeno in via positiva, non parevano esserci dubbi sul fatto che l'art. 2381 c.c. fosse applicabile solo al tipo azionario, ma il confinamento – se così lo si vuole chiamare – del disposto al modello più articolato delle società di capitali, non rappresentava una conclusione serenamente condivisibile. Infatti, se si procede ad un'interpretazione sistematica del concetto, emergono subito i limiti connessi all'efficacia ristretta della norma, con la conseguenza che diviene automatico ricercare delle soluzioni differenti.

Per prima cosa va detto che la volontà del legislatore di emancipare la s.r.l. dalla s.p.a. è stata soltanto ideale, dato che la riforma del 2003 non ha allestito un apparato normativo indipendente, costringendo l'interprete ad attingere alle regole previste in tema di s.p.a. per rimediare ai vuoti di disciplina. Ciò è quanto si verifica, per esempio, nel caso dell'impugna-

zione delle delibere del c.d.a., oppure per la revoca degli amministratori. La pratica del rinvio è stata pacificamente adottata anche laddove la s.r.l., presentando i requisiti dimensionali previsti dall'art. 2477 c.c., ha dovuto dotarsi del collegio sindacale. Ed è proprio l'analisi delle competenze dell'organo di controllo a suggerire un'applicazione analogica dell'art. 2381 c.c..

Infatti, secondo quanto disposto dall'art. 2403 c.c., il collegio *vigila sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento*.

Di conseguenza, una delle funzioni principali dell'organo di controllo sussiste nella verifica degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati, e data l'assenza di indici normativi che stabiliscano un controllo diverso per la s.r.l., è verosimilmente corretto concludere che gli assetti hanno da sempre rappresentato una prerogativa comune a tutte le società, in questo caso di capitali.

4. Il diritto dei soci di s.r.l. di modellare l'atto costitutivo in base alle proprie esigenze. Contenuto e limiti dell'autonomia privata in materia di amministrazione dell'impresa

La consapevolezza che la regola contenuta nell'art. 2381 c.c., già prima della positivizzazione ottenuta con la modifica dell'art. 2086 c.c. rappresentasse un obbligo anche per i gestori della s.r.l., non deve indurre a pensare che sussiste un appiattimento tra le differenze strutturali dei due tipi sociali, posto che restano ferme le distanze in tema di *governance* delle relative imprese.

La riforma del diritto societario del 2003, pur se ha mancato di conseguire all'interprete un apparato normativo autosufficiente per la s.r.l., ha comunque realizzato, sotto il profilo contrattuale, la valorizzazione della figura del socio con l'introduzione di norme che segnano una netta frattura tra i due tipi.

In particolare, riguardo alla partecipazione, l'art. 2346 c.c. si limita a stabilire che per la s.p.a. la stessa è rappresentata da azioni, senza fare alcun accenno alla gestione.

Di tutt'altro tenore è l'art. 2468 c.c. in tema di s.r.l., che oltre a stabilire che la partecipazione è rappresentata da quote, riconosce ai soci la possibilità di modellare contrattualmente il funzionamento dell'impresa prevedendo, nell'atto costitutivo, l'attribuzione in capo solo ad alcuni di essi di particolari diritti concernenti l'amministrazione e la divisione degli utili.

Inoltre, i soci di s.r.l. esclusi dall'amministrazione, in base a quanto disposto

L'autonomia privata
■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■
dei soci di s.r.l.

L'art. 2468 c.c. e la
■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■
possibilità dei soci
di s.r.l. di attribuirsi
particolari diritti
amministrativi

Le particolarità della
■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■
s.r.l.

L'applicazione
■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■
dell'art. 2381 c.c.
prima del c.c.i.i.

dall'art. 2476 c.c., hanno il diritto di ispezione dei libri sociali ed il controllo sull'operato degli amministratori per verificare la regolarità della gestione. Il legislatore riserva al socio di s.r.l. un'interazione diversa nei confronti della società, con la conseguenza che dinanzi a delle situazioni di stallo dovute ad inattività degli amministratori, piuttosto che fare ricorso all'Autorità giudiziaria come nel caso della s.p.a., il quotista deve agire in prima persona per porre rimedio all'*empasse*.

Tanto accade quando la maggioranza qualificata dei titolari del capitale sociale richiede ai gestori di convocare l'assemblea.

Dinanzi ad un mancato riscontro degli amministratori, nella s.p.a. i richiedenti possono ricorrere al Tribunale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2367, che in presenza di un rifiuto ingiustificato procede, con proprio decreto, alla convocazione della riunione.

La norma non trova applicazione nella s.r.l. dove i soci, in ragione del loro differente *status* sono tenuti ad assumere iniziative di carattere sostitutivo per rimediare all'inattività dei gestori.

La maggioranza qualificata dei quotisti, infatti, dinanzi all'inerzia dell'organo amministrativo deve procedere, autonomamente, alla convocazione dell'assemblea, sostituendosi dunque agli amministratori anche per ciò che concerne gli adempimenti successivi.

Ciò non deve portare a concludere che il socio di s.r.l. possa liberamente interferire nell'amministrazione, perché il sistema contempla solo poteri sostitutori e con efficacia condizionata all'inerzia dei gestori, in capo ai quali comunque sussiste sempre una riserva esclusiva di competenza in materia di redazione dei progetti di bilancio, di fusione e di scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale sociale ex art. 2481 c.c..

In buona sostanza ai soci di s.r.l. è consentito modellare l'atto costitutivo riservandosi anche dei diritti amministrativi, ma gli atti connotati alla pianificazione, al coordinamento, al controllo ed all'organizzazione dell'attività di impresa restano di competenza esclusiva degli amministratori, con la conseguente incapacità dei soci di sostituivisi.

5. Il controllo di legalità del Notaio

Dopo aver stabilito in confini del presente ragionamento, chiarendo che gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati sono una caratteristica necessaria della funzione gestoria, oltre ad essere obbligatori per tutte le tipologie di imprese societarie e collettive, interessa verificare se, ed in che termini, il notaio è tenuto a considerarli nell'ambito dell'esercizio della propria funzione di controllo.

Per poter rispondere al quesito è necessario dapprima definire in cosa

I diritti
amministrativi
sostitutori dei soci
di s.r.l.

La riserva di
gestione in capo agli
amministratori

Il controllo di
legalità del Notaio

effettivamente consiste il controllo di legalità, pertanto va esaminato il dato normativo di riferimento, ed il significato recepito dal sistema.

Il punto di partenza è rappresentato dalla legge 24 novembre del 2000, recante le Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di *procedimenti amministrativi* - *Legge di semplificazione 1999*, che ha interessato la funzione di legalità del notaio, *id est* quella del controllo preventivo degli atti inerenti la costituzione e/o la modificazione del contratto di società. L'art. 32, ha portato alla sostituzione dei commi 3 e 4 dell'art. 2330 c.c., sottraendo al Giudice il controllo c.d. di omologazione degli atti costitutivi delle società di capitali e trasferendolo in capo al notaio, che oggi ha il potere-dovere di richiedere l'iscrizione della società nel registro delle imprese dopo aver controllato la legittimità dell'atto.

Anche nel caso delle delibere modificative del contratto sociale già esistente, secondo l'art. 2436 c.c. è il pubblico ufficiale a doversi curare di effettuare l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese, ma sempre dopo averne prima verificato la legittimità.

In questo caso, però, se il notaio si rifiuta gli amministratori possono rivolgersi al Tribunale, che una volta investito della domanda effettua un giudizio di natura omologatoria.

Le norme appena citate, con riferimento al controllo degli atti societari soggetti ad iscrizione nel registro delle imprese, hanno effettuato un differente riparto delle competenze in favore di quella del notaio, ma non hanno delineato con certezza l'oggetto della verifica.

Ciò ha prodotto delle incertezze sull'operato del pubblico ufficiale, posto che non era chiaro se il controllo doveva limitarsi agli aspetti formali dell'atto oppure concentrarsi anche su quelli sostanziali.

Sotto il versante giurisprudenziale c'è stata un'alternanza di opinioni tra chi propendeva per un controllo di mera legittimità formale dell'atto, con la tendenziale esclusione di sindacati di matrice sostanziale, e chi al contrario richiedeva una verifica di legalità completa da parte del notaio, in grado di incidere sia sulla forma che sulla sostanza.

Ci si confrontava, sostanzialmente, con una disomogeneità di pensiero, che è andata attenuandosi quando si è spostata l'attenzione sulla tutela degli interessi coinvolti, che ha richiesto al notaio di effettuare un giudizio più ampio, teso alla puntuale verifica della corrispondenza dell'atto al modello legale di riferimento.

Nel 2016, con la Sentenza n. 14766, la II Sezione civile della Corte di Cassazione ha fissato un paletto importante ritenendo che il controllo preventivo che il notaio è per legge tenuto ad esercitare, deve riguardare sia i profili contenutistici della delibera che la legittimità del suo procedimento formativo, con il conseguente dovere di rifiutarsi di iscrivere nel registro delle imprese atti prodotti in difetto delle norme di legge, senza

La Legge 24
novembre del 2000

I dubbi sulla natura
del controllo
notarile

La Sentenza n.
14766/2016 della
Corte di Cassazione
e l'obbligo del
notaio di verificare
l'assenza di
violazioni di norme
di legge

