

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le regole del gioco e i modelli istituzionali di riferimento. - 3. Le imprese e il notaio. - 4. Il notaio “serve” l’impresa o il mercato? -5. Il rapporto notaio-imprese: casi pratici. - 5.1. La costituzione di una società. - 5.2. Il trasferimento di sede. - 5.3. La fusione e la scissione. - 5.4. Il deposito fiduciario. - 5.5. Il verbale assembleare.

1. PREMESSA

Affrontare il ruolo del notaio nel settore societario e più in generale nel mondo delle imprese è sicuramente di grande attualità e interesse in particolare per i non notai, siano essi, imprenditori, economisti, giornalisti, politici o più semplicemente cittadini-consumatori come piace definire oggi la collettività nel suo complesso.

Anzi è sicuramente più stimolante tentare di analizzare l’attività del notaio così come viene vista e percepita dall’utente finale, imprenditoriale o cittadino, piuttosto che cercare di illustrare e spiegare il nostro lavoro quotidiano.

Dopo un breve inquadramento istituzionale sul modello di riferimento e l’evoluzione dell’economia nei paesi europei di *civil law*, con particolare attenzione al bene comune giustizia e al diritto di proprietà e del commercio, proverò a vedere più da vicino la relazione imprese-notaio nelle diverse situazioni e realtà, per poi presentare qualche esempio concreto tentando sempre di mantenere un angolo di visione non notarile per meglio cogliere come viene percepita la cooperazione notarile nei diversi momenti relazionale della vita dell’impresa¹.

2. LE REGOLE DEL GIOCO E I MODELLI ISTITUZIONALI DI RIFERIMENTO

Il nobel dell’economia Douglass North ha ricordato che “le istituzioni sono le regole del gioco di una società o, più formalmente, i vincoli che gli uomini hanno definito per disciplinare i loro rapporti”². Non bisogna essere economisti per cogliere come la capacità di una collettività di organizzarsi e darsi delle regole relazionali sia o possa essere il motore del suo sviluppo.

¹ MATTEI, *Regole sicure. Analisi Economico-Giuridica Comparata per il Notariato*, Milano, 2006.

² NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell’economia*, Bologna, 1994, 1 e ss.

Maggiore è la capacità di regolare con certezza e semplicità gli scambi maggiore sviluppo avrà il modello di riferimento.

Ovviamente le regole di riferimento di un gruppo di persone e del loro mercato sono il frutto di un'esperienza storica culturale più o meno complessa che affonda nel passato le proprie radici³. L'Europa e il mondo occidentale hanno i loro modelli istituzionali organizzativi di riferimento, altre aree del mondo si sono sviluppate con diverse regole, ma è innegabile che con il progresso o meglio l'evoluzione del mondo nel suo complesso, la globalizzazione ha messo in contatto realtà, modelli culturali e giuridici diversi che hanno sollecitato interrogativi dubbi ed analisi. Ovviamente non è nelle mie capacità andare oltre in analisi di questo tipo che richiedono competenze a me sconosciute, ma questa breve premessa vuole solamente evidenziare come quando si parla di regole e mercato non bisogna dimenticare un approccio di ampia portata e mai limitarsi a guardare al semplice orizzonte nazionale italiano od europeo.

In particolare la sicurezza dei traffici da un punto di vista giuridico intesa come sicurezza di sistema nel far valere gli accordi e i propri diritti è fondamentale nello sviluppo di un paese.

La giustizia si pone quale bene comune di tutti i consociati e come tale deve forse essere percepita anche da coloro che di giustizia non si occupano direttamente.

Sicuramente per il mondo produttivo la giustizia può talvolta essere un costo, *ex ante* come talvolta avviene con l'intervento notarile o *ex post* come talvolta avviene con l'intervento della magistratura. Anzi il costo transattivo giustizia ha sicuramente un costo per i protagonisti dello scambio, ciascuno farà valutazioni non solo sulla convenienza economica dell'affare, ma anche sulla sua validità intesa come possibilità di far valere i propri diritti in caso di inadempimento dell'altro e non a caso si parla talvolta di inadempimento efficiente⁴.

Il diritto di proprietà e dei contratti ci danno la dimensione statica e dinamica dei diritti e sulla base delle regole di sistema (proprietario e contrat-

³ SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1991 e successive edizioni. VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2003.

⁴ Per un approccio sistematico all'analisi economica, COOTER-ULEN, *Law and Economics*, 1997 e successive edizioni, ora tradotto *Il mercato delle Regole, Analisi economica del diritto Civile*, Bologna, 1999; oltre ovviamente a COASE, *The problem of Social Costs*, 3, J. Law Econ, 1 (1960).

tuale) ogni società, intesa come collettività, crea un proprio mercato di riferimento ed entra in relazione con altri mercati di altre collettività.

Vi sono settori ove il riferimento è perlopiù un mercato più limitato, vi sono settori dove è scontata la competizione tra più mercati e diverse regole organizzative, ciascun modello avrà pregi e difetti e non è questa la sede per un'analisi comparata tra modelli ma si tratta ovviamente di questione centrale nell'analisi dello sviluppo delle società⁵.

Devo tornare al diritto ed in particolare al diritto commerciale. Fin da epoche lontane i mercanti hanno reclamato ed ottenuto, o meglio si sono creati regole diverse per meglio commerciare tra loro. Con il tempo, a prescindere dalle scelte dei diversi Stati (codice civile/codice di commercio) si è creato un doppio binario in cui il commercio si è trovato ad operare con regole ad hoc almeno in parte diverse.

Anche oggi la *lex mercatorum* con la sua prassi talvolta si allontana dal diritto più tradizionale e il diritto dell'impresa e del commercio si è ritagliato una sua autonomia. Ogni buon mercante conosce le regole cui deve sottostare, avrà regole di sistema interno sul suo funzionamento e sulla sua produzione e regole esterne che seguirà quando contratta con altri. E il buon mercante sa anche che il rispetto delle regole quasi sempre gli darà ragione anche se talvolta specie nel breve termine può essere portato a comportamenti più opportunistici.

Siamo ancora un po' lontani dal notaio ma ci stiamo arrivando. Il notaio nella tradizione giuridica di *civil law* si pone quale garante della legalità, è talvolta un passaggio obbligato che dà certezza e sicurezza giuridica, nel senso che produce giustizia per la collettività, il mercato e i suoi consumatori. Può apparire un approccio di parte, ma è così; la questione è semmai se il costo del prodotto giustizia sia compatibile con lo sviluppo. Alla domanda non sono in grado di dare una risposta tecnica anche perché ritengo che occorra un approfondimento assai complesso, ma qualche considerazione almeno in prima battuta può essere formulata.

La giustizia deve essere sempre valutata nella sua globalità e non sulla singola vicenda, contenziosa, transattiva o contrattuale, va vista come sistema attraverso il quale il consociato ha la certezza della propria posizione e dei propri diritti.

⁵ MATTEI e PULITINI, *Modelli competitivi, regole giuridiche ed analisi economica*, *Quadrimestre*, 1990; MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, 1996.

Un sistema ove non ho costi transattivi iniziali ma non sono in grado di far valere i miei diritti in un tempo ragionevole non è con ogni probabilità un buon sistema, in quanto lo scambio anziché essere incentivato rischia di trovare un inevitabile disincentivo nell'incertezza delle posizioni giuridiche. L'analisi economica applicata alla giustizia deve quindi provare a guardare non solo al singolo costo transattivo ma anche all'esternalità positiva di più lungo periodo legata alla creazione di certezza e sicurezza giuridica che facilita e incentiva lo scambio.

L'analisi della singola transazione quale puro costo transattivo senza ricadute sulla collettività non coglie le esternalità positive.

Il notaio quando svolge la propria funzione non opera solo e soltanto nell'interesse del cliente-consumatore-imprenditore ma anche della collettività nel suo complesso, dei terzi creditori, degli aventi causa. La certezza e sicurezza giuridica non interessa soltanto i singoli contraenti interessati ma anche il sistema nel suo complesso.

Se non ho certezza sul momento del trasferimento di un bene e sulla titolarità dello stesso e si tratta di beni che hanno un'incidenza nei rapporti con terzi è di tutta evidenza che la questione non ha rilevanza solamente privata ma anche di sistema.

Se non ho certezza sulla capitalizzazione di una società la questione non riguarda solo la società stessa che ben potrebbe essere patrimonializzata con semplici versamenti in denaro ma anche i terzi che su quel capitale possono fare affidamento. Allo stesso modo la verbalizzazione e il controllo di legalità degli atti societari viene svolta non solo nell'interesse della società ma anche e soprattutto nell'interesse dei terzi che entrano in contratto con la società.

Gli esempi potrebbero continuare, ma spostiamoci verso l'impresa e il settore societario per meglio analizzare il rapporto impresa-notaio.

3. LE IMPRESE E IL NOTAIO

La realtà impresa non è sempre omogenea, esistono imprese di differenti dimensioni (piccola, media e grande impresa), imprese di famiglia, imprese a capitale diffuso, società quotate, eccetera.

L'impresa è sempre più un intreccio di rapporti, di contratti, di relazioni anche interne e sempre meno monolitica istituzionale⁶. L'intreccio contrat-

⁶ MARCHETTI, *La "nexus of contract theory" – teorie e visioni del diritto societario*, Milano, 2000.

tuale tra diversi interessi, i difficili equilibri interni tra proprietà e management, le relazioni verso l'esterno sono la conferma che nel mondo attuale il sistema societario è alquanto complesso e frammentato.

Anche la relazione impresa-notaio risente di tale condizione, della società come insieme di rapporti, tanto è vero che anche il singolo rapporto notaio-impresa muta in relazione alla diversa dimensione di ciascuna impresa, alla diversa organizzazione interna, all'eventuale contatto diretto con l'imprenditore, ovvero con la sola struttura.

Due aspetti sono a mio modesto avviso da evidenziare: il primo la continuità del momento relazionale notaio-impresa dalla costituzione all'ordinaria gestione alle operazioni di finanza straordinaria fino allo scioglimento della società, il secondo l'importanza di una relazione diretta imprenditore-notaio nella misura in cui il notaio riesce ad avere una visione organica e completa della realtà sia di famiglia che di impresa.

Vale la pena soffermarsi su entrambe gli aspetti in quanto solo cogliendo appieno le potenzialità della relazione sia l'imprenditore cliente sia il notaio possono trarre il massimo della soddisfazione (sotto tutti i punti di vista). Spetta ad entrambi cogliere le opportunità date da una relazione continuativa e di fiducia e talvolta proprio la mancanza di una relazione di siffatta qualità lascia insoddisfatto l'imprenditore. Il notaio non deve appiattirsi sulla mera ricezione passiva di modelli già offerti dal sistema, ma deve diventare il motore, il propulsore di soluzioni organizzative efficienti con la garanzia del controllo di legalità e legittimità delle soluzioni concretamente perseguite.

L'imprenditore si deve rivolgere ad un notaio per costituire una società, sia essa di capitali o di persone. Fin dal primo contatto il valore aggiunto della prestazione notarile non sta solo nel controllo di legalità (è scontato, ma vale la pena ricordarlo lo stesso che tale controllo in realtà non avviene solo per le società di capitali ma è insito nella funzione notarile ogni qual volta il notaio provvede a redigere o autenticare un documento), ma anche nella consulenza e nel consiglio sul tipo di società da adottare, sull'oggetto, sulla governance, ecc...

Anzi proprio la capacità di organizzare al meglio i rapporti interni gestionali (orizzontali-verticali/proprietà-management/statuto-patti parasociali) rappresenta il valore aggiunto della prestazione societaria del notaio che non si limita a al mero filtro di controllo di legittimità ma crea regole sicure più evolute e moderne nell'interesse della singola impresa e del sistema nel suo complesso.

L'imprenditore al momento della costituzione, il più delle volte, vuole semplicemente costruire un veicolo per svolgere attività economica e non si

preoccupa (troppo) degli aspetti tecnici legali; talvolta, specie se costituisce una società con altri imprenditori, la *governance* è più rilevante e i costi transattivi tenderanno ad aumentare, ciascuna parte valuterà se contattare un proprio avvocato per trattare al meglio i patti sociali (e parasociali).

Ma è il notaio che dà, può e deve dare un contributo alla nascita della società, può e deve consigliare l'imprenditore su aspetti apparentemente non rilevanti ovvero può aiutare a trovare il punto di equilibrio negli assetti societari con abbassamento e quasi azzeramento dei costi transattivi specie se sarà capace di dare quel contributo di terzietà e fiducia che è insito nella funzione notarile.

Dovrebbe risultare da un'analisi costi-benefici, per quanto sommaria, il vantaggio dell'intervento notarile, talvolta sarà un vantaggio inespresso o meglio non pienamente condiviso dall'imprenditore che vede nel notaio un mero costo nella costituzione della società, altre volte il vantaggio sarà evidente fin da subito quando il risparmio dei costi dei rispettivi avvocati (ciascuno ben superiore al costo del notaio) farà tenere più utile interagire fin da subito con il notaio senza coinvolgere altri soggetti (tale opzione sarà peraltro possibile solamente nel caso in cui il notaio sia a tutti gli effetti terzo indipendente ed in questo senso vale la pena di meditare con attenzione la questione degli studi interprofessionali).

La questione del valore inespresso è legata, con ogni probabilità in parte a un problema comunicativo del notaio che per definizione non è portato a valorizzare il proprio contributo (in quanto pubblico ufficiale al di sopra delle parti e della parte e con la forza anche economica di rifiutare se del caso il servizio) ed in parte ad una visione (da parte dell'imprenditore) del notaio come costo necessitato e non come opzione di crescita e valore nella creazione della società.

Il valore della prestazione notarile è nella sicurezza giuridica del suo intervento e la sicurezza talvolta non ha prezzo ed anzi è il presupposto dell'esistenza di un mercato libero, trasparente e sicuro.

E ancora, la *sicurezza ex ante*, ovvero il controllo di legalità preventivo, purché economico e veloce, è un bene comune prezioso e preferibile alla *tutela ex post* che talvolta arriva quando ormai una determinata situazione di fatto ancorché illegittima si è consolidata nel tempo.

Avere dopo dieci o quindici anni una sentenza definitiva in materia societaria relativa alla validità di uno statuto o ad un'operazione straordinaria è di per sé qualcosa di inutile ed assurdo che rischia di compromettere la funzionalità imprenditoriale.

Ormai la velocità dei traffici e il mutare degli eventi impone che eventuali controlli avvengano *ex ante* in quanto il decorso del tempo pregiudica il rimedio e ne sono la prova più evidente i controlli anti-trust che quasi sempre hanno carattere preventivo o comunque temporalmente delimitato.

Il controllo notarile si pone in questa direzione; anche l'antitrust o le società di revisione hanno un costo (assai più rilevante del notaio) e svolgono una funzione di verifica preventiva e costituiscono ormai parte integrante di un sistema di mercato in cui il libero scambio è controbilanciato da complessi meccanismi di controllo. E se mi è consentito mi sento di dire che il notariato nel suo complesso, a dispetto di altri soggetti che non sono stati capaci di segnalare per tempo irregolarità e bilanci invalidi, ha sino ad ora svolto il proprio compito con serietà e correttezza; i grandi scandali che hanno davvero nuociuto ai risparmiatori e ai cittadini sono avvenuti il più delle volte al di fuori del controllo notarile che sarà pure un controllo di legalità e non di sostanza, ma è pur sempre una verifica di legittimità di determinate decisioni della società.

E per rimanere agli scandali avvenuti per lo più tramite società estere non sottoposte al controllo notarile, non va dimenticato che anche una transazione tra società estere con oggetto una società italiana (ad esempio una vendita di partecipazioni di una società a responsabilità limitata italiana tra due società estere) avviene sotto il controllo notarile (quantomeno in occasione del deposito presso notaio dell'atto estero), che significa verifica dei poteri, controllo del contenuto dell'atto e adempimenti presso il registro delle imprese con tutto ciò che questo comporta in termini di affidamento e trasparenza.

Inoltre non va dimenticato che il notaio in casi dubbi od ogni qualvolta nella verbalizzazione di modifiche statutarie non ritenga adempite le condizioni stabilite dalla legge, non provvederà a richiedere l'iscrizione presso il registro delle imprese e sarà possibile il ricorso alla magistratura.

E la cooperazione notariato magistratura costituisce un altro punto di forza del sistema italiano ove, come noto, non solo nel diritto societario ma anche nel settore immobiliare, di famiglia e successorio, esistono molteplici ipotesi di efficiente coordinamento e delega tra autorità giudiziaria e notaio pubblico ufficiale.

Ma il notaio segue la società anche nella sua gestione ordinaria; il notaio nella predisposizione di una procura, nell'acquisto o nella vendita di un'azienda o di una partecipazione sociale ovvero in occasione di una modificazione statutaria non si limiterà alla data certa e al controllo di legalità (che vale la pena di ripetere ancora ha in ogni caso una funzione antiproc-

suale difficilmente misurabile da un punto di vista empirico ma strutturalmente fondamentale per il sistema giustizia) ma darà un contributo di qualità quale legale al fianco dell'impresa nella gestione ordinaria dei propri affari.

Anzi nell'intreccio di norme imperative e dispositive è il notaio a dover indicare la strada da seguire alla società, è il notaio che deve plasmare e adattare i patti sociali e alcune importanti decisioni alle diverse realtà imprenditoriali⁷.

Nell'evoluzione normativa e con la riforma societaria del 2004 vale la pena di analizzare il tessuto normativo societario distinguendo tra norme dispositive (*default rules*) e norme imperative (*mandatory rules*); le prime troveranno applicazione in mancanza di una diversa scelta da parte del loro destinatario, le seconde troveranno sempre applicazione e non potranno essere in alcun modo derogate; le prime sono ovviamente a presidio di interessi dispositivi, perlopiù di interesse del solo utente finale, nel nostro il più delle volte l'imprenditore, le seconde si prefiggono la tutela di soggetti terzi o del sistema più in generale. Il notaio all'interno di questo intreccio dovrà fungere da "gate keeper"⁸ ovvero assicurare il rispetto delle norme imperative (anche considerata l'evoluzione del sistema rimediale da proprietario a risarcitorio) ma al contempo favorire la dialettica tra diversi interessi, con particolare riferimento al rapporto maggioranza-minoranza/proprietà e management/società e terzi, salvaguardando perlopiù regole procedurali il cui percorso dovrebbe a priori permettere ai diversi soggetti di far valere per tempo i propri interessi.

Potrebbe sembrare un discorso teorico ma spero che sia facile calarlo nella realtà quotidiana.

La riduzione volontaria del capitale coinvolge in primo luogo l'interesse dei soci a riappropriarsi di parte del patrimonio a loro riconducibile, ma al contempo è evidente che ne sono coinvolti a vario titolo soggetti terzi, in primo luogo i creditori della società, siano essi creditori finanziari o semplicemente fornitori o partner commerciali. Ora il sistema, come noto, non vieta o rende troppo difficoltosa l'esecuzione della decisione dei soci, ma indica un iter procedurale che combinato al decorso del tempo e alla mancata opposizione consente di perseguire il risultato desiderato nel rispetto dei diritti di eventuali creditori.

⁷ MATTEI, *Il diritto dei contratti fra efficienza ed uguaglianza, Regole dispositive, imperative e coercitive*, in *Contratto e impresa Europa*, 2000.

⁸ Espressamente in tal senso MATTEI, *Regole sicure*, cit., 23.

La disciplina delle operazioni straordinarie, trasformazione, fusione e scissione va nella stessa direzione, la verifica interna dei poteri sostanziali al di là del regime più aperto della rappresentanza, il preventivo rispetto delle regole di convocazione, si tratta il più delle volte di regole di procedura da osservare per il pieno rispetto delle diverse posizioni coinvolte, talvolta si dovrà rispettare la posizione della minoranza, altre volte del socio che diviene illimitatamente responsabile, altre volte della proprietà rispetto al management, altre volte ancora dei creditori⁹.

Va da sé che il regime di controllo ha un costo, ma la ricaduta in termini di esternalità positiva di sistema (ancorché tali tematiche debbano essere ulteriormente approfondite e analizzate con dati e numeri concreti) è con ogni probabilità davvero ben superiore all' "intralcio" dell'intervento notarile.

In termini di tempo il superamento del regime dell'omologa giudiziaria ha accelerato enormemente la velocità nelle operazioni societarie; in termini di puro costo economico, ancorché sia più che opportuno proseguire l'analisi con dati concreti, è evidente che la presenza di una tariffa pubblica di riferimento e il raffronto concreto con le tariffe di altri professionisti credo costituiscano un punto fermo a favore del notariato quale istituzione efficiente anche dal punto di vista del costo transattivo della singola operazione.

Probabilmente su questi aspetti anche i notai devono migliorare e riflettere; i notai devono, senza dimenticare mai di essere pubblici ufficiali, comprendere come l'impresa abbia davvero bisogno di qualcosa in più di un mero certificatore. L'impresa ha bisogno, e davvero lo credo, di un consulente (non di parte) che sappia dire talvolta di no ma che al contempo dia certezza e velocità alle decisioni dell'impresa, ponendosi al suo fianco.

Il secondo aspetto su cui vale la pena soffermarsi è la fiducia relazionale notaio- imprenditore. Talvolta, specie nella grande impresa, la relazione diretta con la proprietà non è immediata, può perfino non esserci, basta pensare ad alcune società quotate ovvero ai fondi di private equity. In tali ipotesi il notaio entra in relazione con la struttura organizzativa e i manager più che con la proprietà, ma proprio tale aspetto può in determinati casi aiutare la cooperazione proprietà-management in quanto il notaio può fungere da raccordo tra contrapposti interessi e cooperare quale legale *super partes* per un raggiungimento di un accordo duraturo. E' infatti innata nel notaio la sua capacità di ascoltare e mediare interessi diversi talvolta contrapposti.

⁹ Sulle norme procedurali, MARCHETTI, in *Regole sicure, cit.*, 307.

Ma la fiducia imprenditore notaio è assai più facile da costruire quando il contatto è più diretto, quando l'imprenditore ha un filo diretto con il notaio e gli domanda un consiglio di più ampia portata che sulla singola operazione da autenticare; il notaio al fianco dell'impresa può conoscere l'impresa nel quotidiano, nell'ordinaria amministrazione e può dare un contributo anche notevole nel costruire al meglio la vita aziendale ed eventuali operazioni straordinarie; giusto per citare qualche esempio operativo la procura gestionale 626 sulla sicurezza sul lavoro, l'organizzazione interna societaria con i relativi poteri, operazioni di conferimento piuttosto che di cessione, sono tutte ipotesi in cui la decisione imprenditoriale di agire si accompagna ad una domanda di produzione giuridica di qualità (e legalità) che il notaio è in grado di offrire.

La fiducia è però anche il consiglio negli assetti proprietari e di famiglia o semplicemente il ritiro di documenti riservati importanti nella vita della società (magari l'*asset* più rilevante) che va custodito nell'interesse della proprietà, di terzi o nuovi soci.

Ai non notai mi permetto di dire, tutto questo è un valore che va colto appieno e allo stesso modo ai notai va ricordato che occorre sempre meritare la fiducia che ci viene data ogni giorno e posso dire che quasi mai l'abbiamo tradita.

4. IL NOTAIO "SERVE" L'IMPRESA O IL MERCATO?

Probabilmente uno dei più grossi equivoci nell'analisi (anche economica) dell'attività svolta dal notaio riguarda la domanda se il notaio sia solamente al servizio del cliente, senza dimenticare come talvolta la complessità e gli intrecci delle realtà societarie siano tali che non sempre esiste piena coincidenza tra il soggetto che conferisce l'incarico e la società intesa come ente istituzionale. L'incarico al notaio può pervenire da un soggetto terzo (un altro professionista), da ente finanziatore, dall'organo amministrativo, dalla proprietà, dal responsabile interno del legale, ma la prestazione non sarà mai eseguita nel solo interesse di chi ha contattato il notaio.

Altre professioni svolgono la propria attività quasi esclusivamente nell'interesse del cliente e sono pagati in funzione della prestazione di mezzi diretta alla tutela del cliente che conferisce l'incarico; il notaio svolge la propria funzione non solo nell'interesse di chi conferisce lui l'incarico (unitamente al relativo onorario), ma anche nell'interesse della sua eventuale controparte e del sistema nel suo complesso.

Quando un notaio presta il proprio ministero la sua attività non interessa solamente i privati contraenti, ma la collettività nel suo insieme; spesso l'attività notarile è seguita da adempimenti pubblicitari inderogabili (nel senso che le parti non possono rinunciarvi nemmeno di comune accordo) svolti nell'interesse del sistema.

Qualche esempio può essere d'aiuto nell'illustrare tali considerazioni.

La domanda di iscrizione di una società presso il registro delle imprese non avviene nel solo interesse della società e dei suoi soci, ma anche dei terzi che, previo il filtro notarile ai fini di un controllo di legalità degli atti immessi nel registro (controllo fino a poco tempo addietro di competenza dell'autorità giudiziaria), possono fare affidamento sull'esistenza della società, sui vigenti patti sociali, verificare i relativi poteri nonché la consistenza del capitale sociale¹⁰.

Allo stesso modo il procedimento di fusione avviene con un doppio controllo notarile nell'interesse non solo delle società coinvolte ma anche dei terzi; la verifica della legittimità del progetto e della sua approvazione e la successiva stipula dell'atto di fusione nel rispetto dei termini e delle condizioni poste dalla legge dimostrano concretamente come la funzione notarile non si limiti ad una mera attività certificativa, ma offra di più al sistema in termini di controllo di legalità nell'interesse della collettività.

Non va peraltro dimenticato che esistono nel sistema altre ipotesi di soggetti che operano nell'interesse di terzi, quali ad esempio le società di revisione a dimostrazione dell'importanza che le funzioni di controllo hanno nel sistema societario.

Oltre ai controlli interni il sistema impone controlli di soggetti esterni con i relativi costi a carico del controllato e, salvo ipotesi patologiche ove tale funzioni non sono state svolte correttamente, si tratta di un modello più che condivisibile. Anzi, come più volte evidenziato, l'affidabilità e la validità dei controlli, purché avvengano in tempi rapidi e a costi contenuti, sono il presupposto per la creazione e il funzionamento di un mercato ben regolamentato che crei affidamento nei terzi e faciliti gli scambi.

Il valore inespreso e non sempre colto e condiviso dal cliente consumatore (nella nostra analisi imprenditore) è la produzione di certezza giuridica nei confronti dei terzi. Il controllo di legalità preventivo, funzionale alla qua-

¹⁰ Su questi temi già MALTONI, *Il valore della stabilità degli atti societari dopo la riforma, fra rimedi risarcitori ed invalidità sanabili. Chi proteggerà le norme inderogabili?*, in *Civil law – Common law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi*, Pesaro, 18-21 settembre 2005, 161.

lità degli atti iscritti presso il registro delle imprese, è infatti alla base del funzionamento stesso del registro.

Un altro esempio può aiutare a meglio illustrare la rilevanza di determinati elementi di una società nei confronti dei terzi, si pensi al capitale sociale di una società. L'imprenditore è libero di finanziare come meglio crede la propria impresa, direttamente, tramite versamenti, finanziamenti, tramite canale bancario, ecc..., ma se intende capitalizzare con rilevanza esterna la società, ovvero fare risultare presso un registro pubblico un aumento di capitale, a garanzia del sistema si prevede che l'atto di aumento di capitale sia coperto dal controllo di legalità notarile. Si tratta ovviamente di una scelta nel senso che, se l'imprenditore non vuole dare rilevanza esterna alla capitalizzazione non la farà risultare, ma se ritiene opportuno far risultare l'aumento dovrà ricorrere al pubblico funzionario notaio che provvederà a valutare la regolarità formale dell'operazione e ad iscrivere presso il registro imprese la delibera di aumento di capitale affinché i terzi possano rilevare un aumento di capitale versato o anche solo deliberato.

Un altro aspetto su cui vale la pena soffermarsi ancora è la tutela giuridica *ex ante* data dal notaio nel sistema societario italiano. Con la riforma del 2004 e seguendo un trend favorevole ad una tutela *ex post* delle posizioni giuridiche diretto a facilitare al massimo la velocità degli scambi, le ipotesi di tutela *ex post* a carattere obbligatorio sono divenute sempre più rilevanti, basta pensare alla rappresentanza societaria, all'impugnabilità delle delibere, alle ipotesi di nullità di una società, all'invalidità di una fusione o di una scissione. Ora di un fronte a un quadro così innovativo e sotto certi aspetti rivoluzionario la funzione del notaio diviene ancora più delicata e difficile in quanto il notaio è davvero divenuto l'ultimo baluardo di un controllo *ex ante* dell'operazione societaria che una volta eseguita e portata a termine non potrà più essere posta nel nulla.

La cessione dell'azienda effettuata da un amministratore senza poteri, la fusione tra due società senza rispettare le regole poste a tutela dei creditori, l'iscrizione di una delibera invalida, si tratta di operazioni che una volta stipulate ed eseguite danno origine ad una responsabilità obbligatoria risarcitoria, ma non certo al ripristino delle situazioni *ex ante*.

Va da sé che l'importanza di verificare la legittimità di operazioni di siffatta importanza giustifica il costo transattivo del controllo di legalità, a nostro avviso, ben inferiore al costo di un atto invalido di siffatta importanza e di tutto questo credo che gli imprenditori si rendano conto, ben consapevoli di quanto sia lungo e costoso far valere i propri diritti verso l'amministratore infedele che vende l'azienda senza poteri o recuperare un credito verso una

società fallita improvvisamente a seguito di una fusione eseguita senza rispettare i diritti dei creditori.

Si può affermare che ormai il consolidamento e la stabilizzazione degli effetti degli atti societari rende il più delle volte il rimedio *ex post* strumento inidoneo a far pienamente valere i propri interessi, il mero decorso del tempo supera i possibili benefici di un rimedio risarcitorio (e quasi mai reale), le posizioni e i diritti di creditori, minoranze, investitori devono trovare un'adeguata tutela prima che i loro interessi vengano pregiudicati in quanto successivamente sarà assai difficile trovare un'adeguata tutela. Tutto questo valorizza al massimo il ruolo del notaio che, se del caso, può e deve non stipulare atti al di fuori delle condizioni stabilite dalla legge, in quanto un'eventuale iscrizione presso il registro delle imprese potrebbe pregiudicare posizioni altrui. E va da sé che tale sistema è altresì nell'interesse della maggioranza che ogniqualevolta si trovi di fronte a pretese pretestuose potrà trarre giovamento e farsi forza con un atto notarile stipulato, senza che comportamenti opportunistici di parte possano bloccare o pregiudicare un'operazione straordinaria.

Un ultimo aspetto su cui ritengo occorra ancora soffermarsi attiene più strettamente alla funzione pubblica del notaio e alla costruzione di una mappatura dell'attività notarile sul territorio nazionale. Che piaccia o meno il sistema notarile attraverso gli archivi notarili consente allo Stato (ivi incluso il Ministero delle Finanze) e al Ministero della Giustizia, da cui i notai dipendono, di controllare indirettamente determinati attività economiche. La costruzione di archivi decentrati e i controlli antiriciclaggio (che credetemi sono davvero impegnativi se svolti secondo le prescrizioni di legge) offrono allo Stato strumenti formidabili per la lotta all'evasione e alla criminalità, nonché danno la possibilità di verificare sul campo, anche attraverso statistiche, l'impatto e l'efficacia di determinate scelte legislative.

In un paese moderno con un'amministrazione pubblica sempre più informatizzata (e sempre più efficiente) la possibilità di usufruire di migliaia di sportelli decentrati (anche nelle località più lontane dai grandi centri) gestiti da pubblici ufficiali con alto senso dello Stato, è una incredibile opportunità per migliorare il rapporto cittadino Stato e far crescere il sistema paese. E probabilmente una riforma della pubblica amministrazione deve partire proprio da qui da quanto il notariato ha saputo dare allo Stato a costo zero nell'informatizzazione della pubblica amministrazione e nella tassazione diretta e indiretta.

La riforma della tassazione immobiliare (di cui tutto si può dire tranne che sia di facile applicazione) passa in gran parte attraverso gli atti notarili e

ancora una volta i notai sono il tramite per lo Stato per recuperare gettito con sicurezza e tempi rapidi.

Tutte queste considerazioni ci hanno in parte allontanato dal rapporto impresa-notaio ma ritengo e spero abbiano almeno in parte contribuito a far comprendere come il notaio non sia un normale professionista al servizio del cliente cui ha l'obbligo di corrispondere una prestazione, ma qualcosa di più, è anche un pubblico ufficiale dello Stato che oltre a servire il cittadino deve servire il sistema, il mercato e lo Stato.

5. IL RAPPORTO NOTAIO-IMPRESE: CASI PRATICI

L'analisi finora svolta manca sicuramente di una casistica pratica più approfondita.

I non notai probabilmente penseranno che va tutto bene e in linea di principio si possono condividere almeno alcune parti delle considerazioni proposte, ma che poi in concreto il costo di un semplice trasferimento sede da un comune ad un altro sia indifendibile in un'analisi di costi e benefici.

Vale quindi la pena confrontarsi oltre, e valutare in concreto il valore della prestazione notarile in alcuni casi pratici, lasciando sottesa l'analisi di più ampia portata sin qui svolta.

Occorre infatti comprendere l'imprenditore che tra mille difficoltà e costi nell'intraprendere un'iniziativa economica che crea lavoro e ricchezza per il paese, percepisce il notaio come semplice ulteriore costo senza alcun beneficio diretto per la propria attività.

Vi propongo pertanto alcuni esempi in cui il valore aggiunto della prestazione notarile sarà più o meno percepito, ma comunque sempre vitale per un funzionamento corretto di sistema.

5.1. *La costituzione di una società*

E' banale evidenziarlo, ma la costituzione di una società, significa la costituzione di un soggetto giuridico autonomo che svolge attività economica.

Con la nascita di un nuovo soggetto giuridico affidabile si crea una duplice esternalità positiva, una nei confronti del cliente imprenditore che separa dal proprio patrimonio personale e da eventuali altre attività un nuovo soggetto, una seconda (non sempre pienamente percepita) nei confronti dei terzi e del sistema in generale in quanto l'affidabilità e la sicurezza giuridica (ovviamente non economica in quanto questa è rimessa all'imprenditore) sono il presupposto perché il nuovo soggetto giuridico inizi ad operare.

Ovviamente al momento della costituzione le esigenze sono le più diverse, dalla micro-impresa finanziata in parte dallo Stato, alla costituzione di una normale srl unipersonale, ad una società di gestione del risparmio fino alla costituzione di una banca o una società semplice cassaforte di famiglia magari di un grande gruppo quotato.

Ma sia che si costituisca una società di editoria, una banca o una semplice società a responsabilità limitata o una società in nome collettivo le esigenze di certezza giuridica sono le medesime.

Il sistema societario italiano si poggia sull'affidabilità giuridica dei suoi soggetti, che significa controllo di legalità del soggetto fin dalla sua costituzione e su tutte le successive modifiche strutturali di statuto o di tipologia; è evidente che tutti questi aspetti interessano in prima battuta l'imprenditore ma coinvolgono anche i terzi siano essi terzi fornitori, clienti finali, creditori, finanziatori.

L'imprenditore può agire direttamente in prima persona ovvero costituire una "scatola" societaria; dovrà scegliere tra le diverse tipologie offerte dal sistema e all'interno del tipo dovrà personalizzare ed adattare alle proprie esigenze le regole di funzionamento previste dalla legge.

Il valore della prestazione notarile è assai elevato ogniqualvolta il notaio sia coinvolto non solo nella fase finale della costituzione, ma anche e soprattutto nella fase iniziale ove, grazie alla propria esperienza, sarà in grado di consigliare un tipo sociale o un particolare sistema di *governance*.

Il notaio (e questo è un invito rivolto non solo ai colleghi ma anche e soprattutto ai non notai) deve essere coinvolto fin dall'inizio dell'operazione, in quanto (vi garantisco a parità di costi) può e deve dare un contributo particolare nella redazione dell'atto costitutivo con attenzione ai più diversi profili, dall'organizzazione interna, alla successione, alla clausola arbitrale o al recesso.

Qualora invece il notaio venga coinvolto a "cose fatte" la sua attività diretta a un mero controllo di legalità per quanto necessaria ed indispensabile non lascerà quasi mai pienamente soddisfatto il cliente che avrà un'idea di duplicazione di costi rispetto ad un altro professionista, senza peraltro cogliere che quasi sempre la dialettica tra diversi professionisti consente la creazione di un servizio migliore.

5.2. Il trasferimento sede

Un caro amico imprenditore non mi perdona che per trasferire la sede delle proprie società occorra perdere tempo e denaro, recarsi presso uno studio notarile, assistere ad una scenetta ove il notaio legge che si trasferisce

la sede da un luogo ad un altro e si chiede quale controllo di legalità sia insito in tale deliberazione.

Gli ho ribattuto che per non perdere tempo è possibile la teleconferenza o la delega del socio per l'assemblea o in determinati casi la semplice deliberazione del consiglio di amministrazione, poi ho tentato di spiegare che cosa significhi per i terzi, l'autorità giudiziaria e lo Stato il trasferimento di sede; probabilmente, anzi se sono sicuro perché è un amico, non sono riuscito a convincerlo del tutto, ma ritengo di aver sollecitato in lui un approfondimento e qualche interrogativo che non si era mai posto. Ed anzi mi ha chiesto stupito se è libero di trasferire la sede ove desidera o se vi siano controlli circa la coincidenza tra sede legale e sedi operative ove la società svolge in concreto la propria attività economica.

La sede di una società rileva per gli uffici tributari, per l'autorità giudiziaria, per le notifiche e le comunicazioni ufficiali, per la consultazione di documenti presso la sede.

E' di fondamentale importanza che i terzi siano ufficialmente a conoscenza della sede legale di una società ed è per questo che il notaio costituisce ancora una volta un filtro alla decisione dei soci, nel senso che si dà certezza al trasferimento di un elemento assai rilevante della società.

Il trasferimento sede è uno degli esempi in cui l'intervento notarile non è tanto a tutela dei soci (salvo ipotesi patologiche di conflitto tra soci o questioni sulle maggioranze), ma dei terzi, e ritengo che proprio per tale ragione il valore della prestazione notarile non venga percepito dal cliente.

Solo soffermandosi oltre la mera delibera si coglie l'importanza della sede e la motivazione per cui il legislatore ha imposto un controllo di legalità con conseguente certezza giuridica (e temporale) per una decisione che di per sé stessa non sembra avere particolari questioni giuridiche.

5.3. La fusione e la scissione

Nelle operazioni straordinarie la funzione del notaio è centrale.

Il notaio provvede alla verifica della legittimità della deliberazione di approvazione del progetto e alla successiva stipula dell'atto solo qualora ne ricorrano i relativi presupposti.

Come noto i procedimenti di fusione e scissione prevedono la redazione di un progetto, la successiva approvazione dello stesso da parte delle assemblee dei soci delle società interessate (in casi particolari vi può provvedere l'organo amministrativo) ed infine la stipula dell'atto di fusione o scissione. Con la stipula dell'atto e la sua iscrizione presso il registro delle imprese l'operazione di fusione o scissione si completa sotto il profilo giuridico e si

stabilizza definitivamente. Una volta iscritto il relativo atto la stessa legge prevede che la sua eventuale invalidità non possa essere pronunciata, salvo l'eventuale risarcimento dei danni.

Talvolta occorre coordinare il procedimento con la normativa della trasformazione, magari eterogenea, si pensi alla scissione di società di capitali con costituzione di fondazione, o ancora alla fusioni tra diversi enti non solo societari.

La complessità delle operazioni di fusione e scissione con una casistica assai variegata hanno indotto i notai (in particolare il consiglio notarile di Milano) ad individuare i percorsi deliberativi possibili diretti a velocizzare al massimo le operazioni straordinarie bilanciando i vari interessi in gioco.

Le massime del notariato milanese che hanno in qualche modo proseguito il valido esempio offerto in passato dalla magistratura costituiscono ormai diritto vivente di spessore dottrinale e giurisprudenziale e costituiscono produzione di diritto certo nei confronti del sistema. Sempre più di frequente il precedente avallato in anticipo dagli organi notarili consente alle imprese di operare con certezza e velocità nelle operazioni di aggregazione o riorganizzazione salvaguardando altresì gli interessi dei terzi che tramite gli atti notarili e il registro imprese possono risalire e ripercorrere la storia della società.

La possibilità per il sistema nella massima trasparenza e pubblicità di conoscere con canali ufficiali e sicuri le diverse fasi della vita di una società ha un valore assoluto che probabilmente si tende a dimenticare. Non va dimenticato come in altri sistemi ove questo regime così trasparente non esiste sono gli stessi operatori economici (in particolare il sistema creditizio) a costruire in forma privata ed interna banche dati riservate a riprova del fatto che la conoscenza dei terzi con cui si entra in contatto è la premessa di ogni successivo contatto.

In Italia è invece per fortuna possibile a costi contenuti informarsi sui dati relativi alle imprese con grande semplicità e trasparenza senza alcuna posizione dominante o di monopolio da parte di operatori privati. E' infatti lo Stato tramite il registro delle imprese e l'affidabilità dei dati che vi vengono immessi che provvede a garantire a tutti l'accesso alle informazioni relative alle società.

La tracciabilità di un'operazione di fusione o scissione consente di ricostruire i vari passaggi societari ante riorganizzazione il che assai spesso è di vitale importanza in determinate dinamiche anche giudiziali. Credo siano sotto gli occhi di tutti ordinamenti ove anche a fronte di rogatorie dell'autorità giudiziaria o incarichi a società di consulenza o revisione sia as-

sai difficile e complicato ricostruire percorsi societari, mentre nel nostro sistema la trasparenza e la chiarezza degli assetti societari sono un punto di forza del sistema.

5.4. Il deposito fiduciario

Il deposito fiduciario presso il notaio di somme, valori o documenti è attività non riservata in senso tecnico, ma nella prassi è assai frequente che un terzo non coinvolto negli interessi di parte debba svolgere una funzione di garanzia.

Il notaio è chiamato a svolgere tale funzione in occasione di pagamenti di prezzi o più in generale di transazioni complesse ove una parte del corrispettivo non è immediatamente pagato ma viene depositato a garanzia di adempimenti o fino al verificarsi di condizioni predeterminate. Può altresì accadere che il deposito abbia ad oggetto materiale o accordi riservati che debbano essere riconsegnati alle parti decorso un determinato lasso temporale.

In ogni ipotesi quanto è opportuno evidenziare è che le parti si rivolgono al notaio non in quanto obbligate per legge ma in quanto ritengono nel reciproco interesse (privato) che il notaio sia il professionista più idoneo a svolgere una funzione di terzo imparziale.

Tale funzione è peraltro assai di frequente svolta gratuitamente nell'ambito del servizio professionale connesso alla stipula di atti a prova del fatto che l'attività notarile non è limitata alla sola certificazione ma è qualcosa di molto più completo.

L'affidabilità del notaio in tale funzione è percepita dalla collettività ed anzi mi sento di dire che sempre più di frequente la possibilità di ricorrere a un terzo garante aiuta la conclusione della transazione. Sotto questo profilo il notaio, ancorché non sia corretto di parlare di superiorità rispetto ad altre categorie, è sicuramente il soggetto più idoneo a valutare non soltanto interessi di parte ma a bilanciare posizioni diverse salvaguardando assai spesso il contraente più debole che il più delle volte non può permettersi un proprio consulente legale di parte.

5.5. Il verbale assembleare

Come noto ormai da alcuni anni il controllo di legalità di determinati atti societari è demandato al notaio in luogo dell'autorità giudiziaria e il bilancio della riforma dell'omologa non può che essere positivo soprattutto dal punto di vista dell'efficienza e della velocità nelle modifiche agli statuti.

La riforma Vietti del 2004 è stata ormai digerita dal sistema societario e si iniziano a intravedere sempre più di frequente le potenzialità offerte dal nuovo tessuto normativo; la tenuta del sistema nella dialettica norme dispositive-autonomia privata e norme imperative inderogabili è affidata al notariato e ritengo che anche in tale caso sia oggettivamente sostenibile che la valutazione dell'operato notarile sia positiva.

Nel volgere di pochi anni i notai sono riusciti ad operare senza l'aiuto della magistratura, hanno contribuito a recepire la riforma societaria e continuano ad alimentare il registro delle imprese immettendo atti e dati sicuri consultabili on line da parte di tutti.

Talvolta ho l'impressione che la valutazione del contributo notarile, specie in ambito societario, dimentichi l'apporto al sistema nel suo complesso ovvero le esternalità positive di sistema e ci si limiti a circoscrivere l'attività notarile nella sola ottica della singola operazione del singolo imprenditore. Una modifica statutaria può essere più semplice o più complessa, o almeno così può apparire; un cambio di denominazione è sicuramente ipotesi diversa dal mutamento di oggetto o dall'adozione del sistema dualistico o ancora dall'introduzione di clausole di prelazione o gradimento, ma in tutte le ipotesi il "filtro" notarile offre a costi ridotti una valutazione di legittimità che non può che rendere più sicuro e trasparente il sistema.

Talvolta l'apporto notarile è apprezzato in prima battuta dall'imprenditore, altre volte il notaio è percepito come un costo (necessario ma utile), altre volte infine il costo viene considerato non solo necessario ma anche inutile. Tali valutazioni non vanno sottovalutate nel senso che essendo il notariato al servizio delle imprese, è opportuno confrontarsi con il mondo imprenditoriale per comprenderne le esigenze e tentare di spiegare ed illustrare quale contributo il notariato possa dare alle imprese.

Ecco allora che l'esempio del verbale societario di assemblea straordinaria (anche se nella società a responsabilità limitata non esiste più la distinzione tra assemblea ordinaria e straordinaria) può aiutare nel dialogo con i non notai, rendendo più facilmente percepibile quale contributo venga dato dalla prestazione notarile.

La modifica di uno statuto coinvolge in primo luogo i soci, maggioranza e minoranza nel rispetto delle regole e della dialettica assembleare ed in secondo luogo i terzi ovvero tutti coloro che entrano in contatto con la società ed hanno quindi un interesse a conoscerne la struttura giuridica e la *governance*.

E' interesse della maggioranza che la decisione assunta avvenga nel rispetto della legge e della posizione della minoranza dal momento che

un'eventuale contenzioso rischia di ingessare il funzionamento della società per un tempo relativamente lungo; è interesse della minoranza a che i propri diritti siano rispettati *ex ante* e non solo successivamente a una loro violazione ed è interesse del sistema che gli statuti depositati presso il registro delle imprese siano sottoposti a un controllo di legalità preventivo dimodoché si possa fare il massimo affidamento sulle loro risultanze.

Ma vi è di più, talvolta la necessità di una verbalizzazione neutrale e di garanzia è così rilevante che l'intervento del notaio viene richiesto anche al di fuori di quanto strettamente previsto dalla legge ed anzi si tratta il più delle volte di ipotesi di grande rilevanza. Le assemblee ordinarie di buona parte delle società quotate vengono curate e seguite sotto il profilo tecnico legale da notai in quanto non solo dal punto di vista dell'immagine e formale ma anche dal punto di vista sostanziale la presenza del notaio costituisce una garanzia (di sostanza) al massimo rispetto delle regole del gioco.

E proprio questo esempio dovrebbe aiutare a comprendere (almeno a mio avviso) come il notariato sia una parte importante del sistema societario italiano ed offra un contributo di terzietà e rispetto della legge a costi contenuti.

La tutela dell'affidamento (argomento di dottrina tradizionale) è al centro del nostro sistema societario, solo tutelando le legittime aspettative dei terzi la circolazione dei beni e lo scambio possono trovare un terreno favorevole, ma occorre essere consapevoli che un mercato moderno deve essere libero nel commercio ma regolamentato nelle regole e nei soggetti che ne sono parte.

Francesco Pene Vidari
Notaio