

Massima n. 5

Deliberazioni di assemblea di società di capitali con prescrizione obbligatoria della verbalizzazione notarile – assenza della verbalizzazione del notaio – nullità ex art. 2379, comma 1, c.c. – necessità del verbale di conferma ex art. 2379-bis, comma 2, c.c.

La deliberazione di una società di capitali, per le ipotesi in cui sia prescritta la verbalizzazione notarile (come nel caso delle delibere modificative dello statuto sociale), ove intervenga in assenza di tale verbalizzazione deve ritenersi affetta da nullità riconducibile alla previsione di cui all'art. 2379, comma 1, c.c. (nullità per "mancanza di verbale"). La mancata verbalizzazione notarile, infatti, determina un vizio del procedimento relativo all'insostituibile controllo sulla legittimità e legalità del procedimento medesimo ed in ordine all'esito del deliberato ai fini dell'iscrizione nel Registro delle Imprese e quindi ai fini dell'affidamento dei terzi.

L'attuale formulazione dell'art. 138-bis della L. n. 89/1913 imputa al notaio la violazione dell'art. 28 della medesima legge allorchè lo stesso iscriva nel Registro delle Imprese delle deliberazioni di società di capitali quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge, stabilendo le connesse gravi sanzioni. Ciò implica che il verbale notarile sia un momento del più complesso iter che conduce alla corretta iscrizione del fatto delibera, senza del quale l'iscrizione non manifesta (soltanto) la lesione data dalla "mera" circostanza dell'assenza del documento probatorio del fatto "delibera", quanto piuttosto la ben più grave violazione corrispondente al mancato esercizio dei poteri di controllo che l'ordinamento ha considerato irrinunciabili.

Consegue che, in caso di verbalizzazione successiva all'assunzione di una delibera viziata da nullità del tipo di quella ipotizzata (si pensi all'ipotesi di una "ricostituzione" del capitale sociale di seguito a perdite integrali, adottata senza verbale notarile, ma illegittimamente iscritta nel Registro delle Imprese), il notaio debba avvalersi del disposto del secondo comma dell'articolo 2379-bis c.c. a mente del quale l'invalidità per mancanza di verbale può essere sanata mediante (regolare) verbalizzazione eseguita "prima dell'assemblea successiva".

Motivazione

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 8222 del 2 aprile 2007, si è pronunciata sulla questione della validità di una delibera assembleare di modificazione dello statuto di s.r.l., in particolare della delibera di azzeramento del capitale sociale e di ricostituzione del medesimo, adottata dall'assemblea ordinaria, in luogo di quella straordinaria, senza verbaliz-

zazione notarile, seppure con il consenso dei soci che rappresentavano la totalità del capitale sociale. La Corte ne ha dichiarato l'annullabilità. Ciò nondimeno va sottolineato che l'interesse soddisfatto dalla verbalizzazione notarile non possa considerarsi esclusivamente un interesse procedimentale compiutamente riferibile all'attestazione di quanto avvenuto alla presenza del pubblico ufficiale in sede di discussione e di eventuale deliberazione, quanto piuttosto l'interesse al corretto esercizio del controllo pubblico riferito a fattispecie negoziali destinate ad avere rilievo in pubblici registri così come si desume dal disposto dell'art. 138-bis l. n..

Per l'aspetto al vaglio va considerata la prospettiva per cui l'art. 2375 c.c. sancisce la regola secondo cui le deliberazioni dell'assemblea (della s.p.a., ma la disciplina è speculare per la s.r.l.) devono constare da verbale. Tale verbale deve rivestire la forma notarile laddove si tratti di assemblea straordinaria (per la s.r.l. nel caso di modificazioni dell'atto costitutivo). Diversamente, la competenza della verbalizzazione della delibera assembleare spetta al segretario, salva sempre la facoltà dell'organo amministrativo di richiedere l'intervento notarile anche in tali casi. La riforma del diritto delle società ha espressamente previsto "la mancanza del verbale" come ipotesi di nullità (art. 2379 c.c.), con l'ulteriore precisazione che il verbale "non si considera mancante se contiene" la data e l'oggetto ed inoltre risulta sottoscritto dal presidente dell'assemblea, dall'"organo di gestione" e dal segretario o dal notaio. Secondo l'opinione ormai prevalente il verbale non è "forma" della deliberazione, bensì un momento del procedimento che contribuisce alla formazione della delibera, quale resoconto dei fatti che si svolgono avanti al verbalizzante più che semplicistico mezzo attraverso cui si estrinseca la volontà sociale. In questa prospettiva la verbalizzazione è elemento di una fattispecie a formazione progressiva che presuppone un giudizio di conformità della fattispecie rispetto ad uno schema legale da conformare ai valori ordinamentali di forma e di sostanza. Questo e solo questo è il senso della previsione ascrivibile al citato articolo 138-bis l.n.. Ne consegue che è possibile considerare compiuto l'iter procedimentale solo quando la delibera risulti da verbale redatto da segretario o da notaio, a seconda delle materie oggetto della deliberazione. Diversamente la fattispecie risulterà incompleta e deficiente di un elemento formativo. Tale funzione del verbale, peraltro, è pacificamente compatibile con la "tradizionale" funzione probatoria dello stesso. La ratio dell'intervento notarile nell'assemblea straordinaria è riposta, quindi, nella garanzia di una ricostruzione documentale imparziale di un fatto assembleare particolarmente rilevante. Ciò nell'interesse generale della società, dei soci e dei terzi. Il quadro

normativo post riforma induce perciò a ritenere che il vizio della deliberazione assembleare nell'ipotesi al vaglio non costituisca una causa di annullabilità, bensì di nullità.

Per quanto detto, nel caso in cui un notaio sia chiamato a presenziare (e quindi verbalizzare) ad una delibera modificativa dello statuto in epoca immediatamente successiva all'assunzione di una delibera viziata di nullità [si pensi proprio all'ipotesi di una "ricostituzione" del capitale sociale di seguito a perdite integrali, adottata senza verbale notarile, ma illegittimamente iscritta nel Registro delle Imprese], è indubbio il grado di incertezza in cui (l'ultimo) notaio è chiamato ad operare soprattutto in relazione al collegamento tra la delibera successiva e la delibera viziata, la cui efficacia è assunta quale presupposto di validità. Giova alla soluzione operativa della vicenda il secondo comma dell'articolo 2379-bis c.c. a mente del quale l'invalidità per mancanza di verbale può essere sanata mediante verbalizzazione eseguita "prima dell'assemblea successiva". Si tratta di una forma impropria di "sanatoria" consistente nella tardiva verbalizzazione della delibera non verbalizzata e non di una nuova delibera, in quanto si procede ad una autentica verbalizzazione tardiva coerente con il terzo comma dell'articolo 2375 c.c., il quale consente, com'è noto, il verbale successivo sebbene "senza ritardo". La verbalizzazione tardiva si rivela strumento adeguato a contemperare gli interessi in gioco: essa, infatti, ferma la responsabilità per il ritardo a carico di chi l'ha occasionato, consente, nel caso d'originaria omessa verbalizzazione notarile, quel controllo che al deliberato fu precluso dall'illecita omissione. Adeguata anche, al riguardo, la modulazione degli effetti:

- efficacia *ex tunc* per i soci, per i terzi che conoscevano il deliberato e per quelli che l'ignoravano in mala fede;
- efficacia *ex nunc* per i terzi che ignoravano in buona fede il deliberato.