

GIURISPRUDENZA DI MERITO

direttore scientifico **Ciro Riviezzo**

03-2009

XLI — marzo 2009, n°03

| **estratto**

LE CESSIONI DI QUOTE DI S.R.L.
CON FIRMA DIGITALE (TRA LA L. N. 133
DEL 2008 E LA L. N. 2 DEL 2009)

di Enrico Maccarone e Gaetano Petrelli



GIUFFRÈ EDITORE

| 108 LE CESSIONI DI QUOTE DI S.R.L. CON FIRMA DIGITALE (TRA LA L. N. 133 DEL 2008 E LA L. N. 2 DEL 2009)

La nuova disciplina delle cessioni di quote di s.r.l. con firma digitale è oggetto di contrastanti interpretazioni, riguardo alla perdurante necessità dell'autentica notarile ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese. Gli autori mettono in evidenza come l'interpretazione letterale, sistematica, adeguatrice conduce univocamente alla risposta affermativa al quesito: la ragione principale di tale conclusione è rinvenuta nell'esigenza di controllo di legalità da parte di un pubblico ufficiale terzo ed imparziale. Necessità, quest'ultima, ancor più stringente per effetto dell'abolizione del libro soci delle società a responsabilità limitata.

Sommario 1. La nuova normativa. — 2. L'oggetto della deroga portata dalla legge speciale. — 3. La portata applicativa del comma 1-bis dell'art. 36 d.l. n. 112 del 2008.

1. LA NUOVA NORMATIVA

L'art. 36, comma 1-*bis* d.l. 25 giugno 2008, n. 112, inserito dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133, e come da ultimo modificato dall'art. 16, comma 12-*decies*, del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, dispone: «L'atto di trasferimento di cui al secondo comma dell'articolo 2470 del codice civile può essere sottoscritto con firma digitale, nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione dei documenti informatici, ed è depositato, entro trenta giorni, presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, a cura di un intermediario abilitato ai sensi dell'articolo 31, comma 2-*quater*, della legge 24 novembre 2000, n. 340. Resta salva la disciplina tributaria applicabile agli atti di cui al presente articolo»⁽¹⁾.

La disposizione va quindi, per prima cosa, coordinata con la previsione dell'art. 2470 comma 2 c.c., il cui oggetto è l'*atto di trasferimento delle partecipazioni in società a responsabilità limitata*. Più precisamente, il comma 2 in esame disciplina, nella sua prima parte, l'atto di trasferimento *inter vivos*, disponendo che lo stesso deve essere munito di «sottoscrizione autenticata» e deve essere depositato entro trenta giorni presso l'ufficio del registro delle imprese «a cura del notaio autenticante». L'ultima parte del comma 2 dell'art. 2470 — che non appare coinvolta dalla previsione in esame — disciplina invece l'atto di trasferimento *a causa di morte*, disponendo che in tal caso il deposito e l'iscrizione sono effettuati a richiesta dell'erede o del legatario.

Già da una prima lettura della nuova disposizione, dettata dalla legge speciale, si evince che la stessa *non detta una disciplina esaustiva dell'atto di trasferimento di quote di s.r.l., dei suoi effetti, della sua forma e della sua pubblicità*. Essa dispone, infatti, che l'atto stesso «può» essere sottoscritto con firma digitale (e quindi «può» essere redatto su supporto informatico), lasciando evidentemente alle parti la scelta di redigere l'atto in forma cartacea e sottoscriverlo in forma autografa: in quest'ultimo caso, evidentemente, trova integrale applicazione l'art. 2470 c.c. La stessa circostanza che la nuova previsione normativa non abbia modificato la norma codicistica, lasciandola in vigore, dimostra che essa si atteggia come norma «derogatoria», che detta cioè una disciplina in *deroga alla normativa generale, la quale ultima continua tuttavia ad applicarsi al di fuori dell'ambito coperto dalla deroga*. È poi pacifico, in dottrina e giurisprudenza, che le norme derogatorie assumono carattere eccezionale, e sono quindi di stretta interpretazione, non essendo quindi, ad esempio, applicabili per

⁽¹⁾ L'art. 31, comma 2-*quater*, l. 24 novembre 2000, n. 340, aggiunto dall'art. 2 comma 54 l. 24 dicembre 2003, n. 350, dispone che «Il deposito dei bilanci e degli altri documenti di cui all'articolo 2435 del codice civile può essere effettuato mediante trasmissione telematica o su supporto informatico degli stessi, da parte degli iscritti negli albi dei dottori commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali, muniti della firma digitale e allo scopo incaricati dai legali rappresentanti della società».

Per i primi commenti alla disciplina in esame, cfr. PETRELLI-MACCARONE, *Le cessioni di quote di s.r.l. dopo la conversione del d.l. n. 112 del 2008*, in *Not.*, 2008, 533; SPADA, *Una "postilla" in tema di cessio-*

ne di quote con firma digitale, in *Not.*, 2008, 538; CIVERRA, *Cessione di partecipazioni di s.r.l.: ritorno al passato?*, in *Società*, 2008, 1547; LIMITONE, *La nuova norma tra intenzione del legislatore e pratica attuazione del testo normativo (come dire: non tutte le ciambelle riescono col buco)*, in *Società*, 2008, 1556.; ORLANDI, *La cessione di quote di s.r.l.*, in *Fiscalitax*, 2008, 1473; ZANETTI, *Manovra d'estate — (D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito): le nuove modalità di trasferimento delle quote di s.r.l.*, in *Fisco*, 2008, 5733; Circ. Unioncamere 23 settembre 2008, n. 14288; Circ. Agenzia Entrate 17 ottobre 2008, n. 58/E.

analogia ⁽²⁾. È, infine, evidente che — non essendo stato neanche menzionato il comma 3 dell'art. 2470 c.c., che disciplina l'efficacia «dichiarativa» dell'iscrizione nel registro delle imprese ai fini della soluzione del conflitto tra più acquirenti da un medesimo autore — nulla è innovato in ordine agli effetti della pubblicità legale.

2. L'OGGETTO DELLA DEROGA PORTATA DALLA LEGGE SPECIALE

Si tratta allora di individuare l'esatto *oggetto della deroga* portata dalla legge speciale. Per fare ciò occorre, innanzitutto, passare brevemente in rassegna le disposizioni che disciplinano il deposito e l'iscrizione degli atti societari nel registro delle imprese, e la forma degli atti medesimi. La disposizione di riferimento è rappresentata dall'art. 11 comma 4 d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 (regolamento di attuazione in materia di registro delle imprese) dispone che «L'atto da iscrivere è depositato in originale, con sottoscrizione autenticata, se trattasi di scrittura privata non depositata presso un notaio. Negli altri casi è depositato in copia autentica» ⁽³⁾. La disposizione codifica quindi espressamente, ed in linea generale, il *principio di autenticità* degli atti soggetti ad iscrizione, del resto desumibile da numerose disposizioni del codice civile (ad es., artt. 2296, 2556 comma 2, oltre ovviamente agli artt. 2328, 2375 comma 2, 2436, 2463, 2480 c.c.). *Principio di autenticità che assolve a diverse funzioni*: l'accertamento dell'identità personale delle parti (art. 49 della legge n. 89 del 1913), con efficacia probatoria piena fino a querela di falso (artt. 2700 e 2703 c.c.); l'indagine della volontà e capacità di agire delle parti stesse (art. 47 della medesima l. n. 89 del 1913); la verifica della legittimazione e dei poteri di rappresentanza (art. 54 r.d. n. 1326 del 1914); il controllo della legalità dell'atto soggetto ad iscrizione (art. 28 l. n. 89 del 1913) ⁽⁴⁾. *Proprio in funzione dei controlli ed accertamenti effettuati dal notaio, il controllo da parte del conservatore del registro delle imprese è limitato — per espressa previsione di legge — al solo profilo formale* ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ Sul divieto di applicazione analogica delle norme derogatorie ed eccezionali, cfr. tra gli altri MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, 506; ORESTANO, *Diritto singolare*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 746; ROMANO, *Diritto singolare*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1983, 87; MELILLO, *Ius singulare*, in *Nov.mo Dig. it.*, IX, Torino 1963, 389; RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1962, 303. In giurisprudenza, cfr. per tutte Corte conti 22 luglio 1992 n. 45, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Legge*, n. 64. Il criterio distintivo tra interpretazione estensiva ed analogia è estremamente relativo (su di esso, cfr. da ultimo FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva*, Milano 2003).

⁽³⁾ L'art. 14 comma 3 d.P.R. n. 581 del 1995 disponeva che «Il procedimento di deposito degli atti presso l'ufficio si applica anche quando è prescritto il deposito della firma autografa. In tali casi, il deposito ha ad oggetto il documento che contiene la firma autografa. La autenticità della firma è accertata dal-

l'ufficio, se il documento non contiene l'autentica della firma a norma di legge». La disposizione è stata tuttavia abrogata ad opera dell'art. 33 l. 24 novembre 2000, n. 340: nel sistema, quindi, del d.P.R. n. 581 del 1995, non è ammessa deroga al principio di autenticità riguardo agli atti soggetti a deposito ed iscrizione nel registro delle imprese.

⁽⁴⁾ Su tali funzioni del principio di autenticità, comune alla pubblicità immobiliare ed a quella commerciale, cfr. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 585 ss.

⁽⁵⁾ Ai sensi dell'art. 31 comma 2-ter, della suddetta l. n. 340 del 2000, come aggiunto dall'art. 13-ter d.l. 25 ottobre 2002, n. 236, nel testo integrato dalla legge di conversione 27 dicembre 2002, n. 284, i pubblici ufficiali roganti o autenticanti gli atti soggetti a deposito ed iscrizione nel registro delle imprese, siano gli stessi atti inviati per via telematica, presentati su supporto informatico o allegati in copia in forma cartacea, «possono in ogni caso richiederne diretta-

Il controllo di legalità in senso ampio, come sopra descritto, non può che essere svolto da un soggetto terzo ed imparziale come il notaio, selezionato rigorosamente con apposito concorso specialistico e — egli soltanto — istituzionalmente preposto dalla legge all'obbligo di "adeguamento" della volontà delle parti all'ordinamento giuridico. La *terzietà ed imparzialità del notaio* si fonda su precise disposizioni di legge — assenti negli altri ordinamenti professionali — che, oltre a rendere incompatibile l'esercizio della relativa funzione pubblica con altre attività professionali e con l'esercizio di impresa, vietano soprattutto allo stesso notaio di ricevere o autenticare atti nei quali egli o soggetti a lui legati da vincoli di parentela, affinità o coniugio, abbiano un interesse diretto o indiretto (artt. 2, 28 comma 1, nn. 2 e 3, e 138 comma 2 l. n. 89 del 1913). Il che significa che l'intermediario abilitato può legittimamente (anche se facoltativamente, come si dirà) «assistere» le parti nella predisposizione del contratto di cessione di quote sociali, anche se una di esse è il suo coniuge, suo figlio o altro vicino parente: non necessitano altri commenti per dimostrare quanto assurdo sia immaginare l'esercizio, in queste condizioni, di un controllo imparziale di legalità.

Conferma ulteriore dell'ontologica diversità tra una pubblica funzione come quella notarile, ed una professione come quella di dottore commercialista o esperto contabile, si desume dal disposto dell'art. 2 d.lg. 28 giugno 2005, n. 139, che dichiara incompatibile l'esercizio di quest'ultima professione con l'attività notarile. La mancanza di terzietà nell'intermediario abilitato, come pure l'assenza di disposizioni di legge — disciplinarmente sanzionate ed inderogabili — che obblighino ai diversi controlli di legalità, le differenti regole di accesso, lo statuto profondamente differente delle due professioni non possono certo trovare rimedio nell'adozione volontaristica di codici deontologici, la cui efficacia giuridica non è evidentemente paragonabile a quella di una legge dello Stato, e la cui funzione è chiaramente un'altra. Né la legge potrebbe — senza esporsi a sicura censura di incostituzionalità — equiparare situazioni completamente differenti come quelle sopra descritte. Del resto, il comma 1-bis dell'art. 36 d.l. n. 112 del 2008, ed il comma 10-bis dell'art. 16 del d.l. n. 185 del 2008, non prevedono affatto l'intervento dell'intermediario abilitato nella fase di formazione dell'atto di cessione di partecipazioni sociali, limitandosi a disciplinare l'intervento di tale soggetto nella *fase successiva* (deposito presso il registro delle imprese; registrazione fiscale). In tali condizioni, un controllo di legalità da parte di tale intermediario è «ontologicamente» impossibile. Il controllo notarile di legalità appare ancor più indispensabile dopo la *soppressione del libro soci* delle s.r.l., attuata ad opera dei commi 12-*quater* e seguenti dell'art. 16 d.l. n. 185 del 2008, introdotti dalla legge n. 2 del 2009. Per effetto della nuova disciplina, la cessione di quota ha effetto nei confronti della società dal momento del suo deposito nel registro delle imprese (art. 2470 comma 1 c.c.); la successiva iscrizione ha, in forza di espresse previsioni normative (artt. 2193, 2470 comma 3 c.c.) efficacia meramente

mente l'esecuzione al *registro delle imprese che esegue le formalità, verificata la regolarità formale della documentazione*. In tal senso dispongono, espressamente, anche gli artt. 2330 comma 3, ult. parte, e 2436 comma 2, richiamati dagli artt. 2463 e 2480, 2523 e 2545-*novies* c.c. Il complesso di tali disposizioni evidenzia quindi l'esistenza di un vero e

proprio *principio generale*, in base al quale il controllo sostanziale di legalità degli atti soggetti a pubblicità commerciale è operato dal notaio, mentre proprio in funzione di ciò il conservatore del registro delle imprese deve limitarsi al mero controllo formale degli atti da iscrivere.

dichiarativa e quindi *non sanante*. Ne consegue che i vizi (invalidità, inefficacia) dell'atto di cessione sono potenzialmente suscettibili di ripercuotersi sulla validità degli atti compiuti *uti socius* dall'acquirente della quota (si consideri, soprattutto, il voto in assemblea). Non si tratta di ipotesi di scuola: si pensi alla cessione di quote in violazione di clausole statutarie di prelazione e gradimento, che dottrina e giurisprudenza ritengono nulla o quantomeno inefficace; o alla cessione nonostante l'esistenza di vincoli legali o statutari di intrasferibilità, o in presenza di vizi del volere o di violazione di norme imperative. Eliminata, con il libro soci, anche la possibilità di controllo ad opera dell'amministratore, ove per assurdo si escludesse anche il controllo notarile di legalità si pregiudicherebbe gravemente la sicurezza dei traffici giuridici e la stabilità degli atti sociali. Valori, questi ultimi, che il legislatore, con la riforma del diritto societario, ha mostrato di tenere in gran conto, mediante un deciso ridimensionamento delle cause di invalidità delle decisioni dei soci, dei termini per l'impugnativa e delle relative conseguenze, e mediante l'attribuzione, in via eccezionale, di efficacia sanante al decorso di un breve termine dalla trascrizione della deliberazione nel libro delle decisioni dei soci, nonché la previsione di inopponibilità delle cause di invalidità ai terzi (cfr. l'art. 2479-ter c.c.). Nulla di tutto ciò è previsto riguardo ai vizi dell'atto di cessione di quote: l'intervento notarile — in funzione "antiprocessuale", grazie al controllo preventivo di legalità — appare quindi, in questi casi, ancor più necessario di quanto lo sia riguardo alle modifiche dell'atto costitutivo.

Da rilevare che l'*autentica della sottoscrizione* (agli effetti dell'art. 2703 c.c.) è disciplinata dalla legge sia riguardo alla firma autografa che alla *firma digitale*; e che anche in questo secondo caso essa ha luogo previo accertamento da parte del pubblico ufficiale autenticante, oltre che della identità personale del sottoscrittore e della validità del certificato elettronico utilizzato, «del fatto che il documento sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico» (art. 25 commi 1 e 2 Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), approvato con d.lg. 7 marzo 2005, n. 82, successivamente modificato con d.lg. 4 aprile 2006, n. 259). *L'utilizzo della firma digitale autenticata comporta, quindi, il controllo notarile di legalità al pari dell'autenticazione della firma autografa.*

In tema di *firma digitale* si impone, a questo punto, una riflessione sul concetto di atto ... sottoscritto digitalmente nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione dei documenti informatici. La definizione è pleonastica: sarebbe stato sufficiente dire ... «sottoscritto digitalmente»... senza ulteriori specificazioni, per individuare una fattispecie giuridicamente ben definita e già ampiamente disciplinata dalla legge. Ciò giustifica il sospetto che l'estensore materiale della disposizione abbia poca dimestichezza con la disciplina giuridica della firma digitale e con gli effetti che alla utilizzazione di quest'ultima vengono riconosciuti dal nostro ordinamento. La locuzione «sottoscritto digitalmente» non equivale, in realtà, a «sottoscritto digitalmente con firma non autenticata». Quest'ultima è fattispecie ben precisa e chiaramente disciplinata all'interno del Codice dell'Amministrazione Digitale: si tratta dell'ipotesi di documento informatico sottoscritto mediante utilizzo di firma digitale «a norma» (art. 24 CAD) ed al quale l'ordinamento riconosce *valenza di scrittura privata non autenticata* (art. 21 comma 2 CAD: «Il documento informatico, sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica qualificata, ha l'efficacia

prevista dall'art. 2702 c.c. *L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria*). La provenienza del documento informatico, in caso di *firma digitale non autenticata*, può essere quindi *disconosciuta dal presunto sottoscrittore con qualsiasi mezzo di prova* (senza necessità, quindi, di esperire querela di falso) ⁽⁶⁾. Ma a parte tutto ciò, bisognerebbe poi spiegare perché — ammessa per assurdo l'iscrivibilità di scritture private non autenticate con firma digitale — non potrebbe essere riconosciuto accesso al registro delle imprese a scritture private (cartacee) con firme autografe non autenticate.

Ben diversa da quella disciplinata dall'art. 24 è l'ipotesi di «firma digitale autenticata» disciplinata dall'art. 25 CAD: quest'ultima disposizione chiarisce che «si ha per riconosciuta, ai sensi dell'articolo 2703 del codice civile, la firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato». Solo la firma digitale autenticata ha, quindi, la medesima efficacia di prova legale della firma autografa autenticata, e comporta i medesimi obblighi (in particolare, controlli di legalità) e responsabilità in capo al notaio autenticante ⁽⁷⁾.

Proseguendo nell'analisi, va ricordato che gli atti pubblici o autenticati sono soggetti al *controllo da parte del conservatore dell'archivio notarile in sede di ispezione biennale degli atti dei notai* (art. 128 l. n. 89 del 1913). A tale scopo — oltre che a quello di una accurata conservazione degli atti — è finalizzata la previsione contenuta nell'art. 72 comma 3 l. 16 febbraio 1913, n. 89, come modificato dall'art. 12 comma 1 l. 28

⁽⁶⁾ Quella della firma digitale non autentica è quindi una *valenza*, è bene precisarlo, un buon gradino sopra quella riconosciuta al documento sottoscritto con firma «elettronica» (liberamente valutabile dal giudice) ma anche, come unanimamente sostenuto dai migliori studiosi non solo italiani, *un piccolo gradino sotto al documento cartaceo sottoscritto con firma autografa (non autenticata)*. Deve infatti considerarsi che (salve le ipotesi di falso o di uso fraudolento degli strumenti di firma digitale) la apposizione di firma autografa implica una attività di sottoscrizione, da parte del soggetto, concettualmente maggiore rispetto all'utilizzo di una *smart card*, ed alla digitazione di un *PIN* (*attività che «di fatto» possono essere svolte, con estrema facilità, da un soggetto diverso dal titolare del dispositivo di firma, senza che sia percepibile icu oculi la falsità della sottoscrizione*): se la firma autografa è *prima facie* riconducibile al sottoscrittore e ad una esternazione di volontà, lo stesso non accade con la firma digitale se si riflette sulla semplicità delle interfacce e dei sistemi informatici (lato utente) utilizzati per la sua apposizione.

La verità è che esiste, è innegabile, un *gap* culturale che a tutt'oggi, ben oltre dieci anni dall'avvio del sistema, impedisce una corretta visione del fenomeno «firma digitale». L'utilizzazione di sistemi sempre più *user friendly* e di apparente crescente semplicità ha impedito alla quasi totalità degli utenti (ordinariamente poco esperti in informatica) di recepire in pieno la serietà delle conseguenze giuridiche dell'uso

della firma digitale, giustificandone ben spesso un uso distorto o anomalo (quasi fosse un gioco).

Da rilevare che, sempre a norma dell'art. 24 CAD, ... «per la generazione della firma digitale deve adoperarsi un certificato qualificato che, al momento della sottoscrizione, non risulti scaduto di validità ovvero non risulti revocato o sospeso. Attraverso il certificato qualificato si devono rilevare, secondo le regole tecniche stabilite ai sensi dell'articolo 71, la validità del certificato stesso, nonché gli elementi identificativi del titolare e del certificatore e gli eventuali limiti d'uso». Il che esclude, nella fattispecie in esame, l'uso di firma «elettronica» o «non qualificata» giacché priva di uno o più degli elementi caratteristici della firma digitale propriamente detta.

⁽⁷⁾ Sul concetto di firma digitale, e sull'efficacia probatoria del documento informatico sottoscritto con firma digitale autenticata o non autenticata, cfr. SANDEI, *Valore formale e probatorio del documento informatico alla luce del d.lg. 4 aprile 2006, n. 159*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, I, 3; SCARPA, *Le nuove frontiere dell'efficacia probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 251; CHIBBARO, *Codice dell'amministrazione digitale, firme elettroniche e attività notarile*, in *Studi e materiali*, 2006, 1765; DALFINO, *Documento informatico sottoscritto e onere della prova: i correttivi al codice dell'amministrazione digitale non convincono il Consiglio di stato (nota a Cons. Stato 30 giugno 2006 n. 31/06)*, in *Foro it.*, 2006, III, c. 239; ZANELLI, *Funzione notarile e firma digitale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 449.

novembre 2005, n. 246, ai sensi del quale «Le scritture private autenticate dal notaio, verranno, salvo contrario desiderio delle parti e *salvo per quelle soggette a pubblicità immobiliare o commerciale*, restituite alle medesime. In ogni caso però debbono essere prima, a cura del notaio, registrate a termini delle leggi sulle tasse di registro». D'altra parte, l'art. 36 comma 2 l. n. 340 del 2000 dispone, ancora, che «In tutti quei casi in cui è prevista a qualsiasi fine la produzione in originale dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, il relativo obbligo si intende adempiuto, salvo specifico ordine della competente autorità giudiziaria, mediante *produzione di copia certificata conforme dal pubblico ufficiale depositario*». Le disposizioni attuative del registro delle imprese sono state quindi implicitamente modificate dalla normativa successiva, nella parte in cui prevedevano il deposito dell'atto originale in luogo della copia autentica: *la legge si preoccupa, oggi, di assicurare la conservazione presso il notaio degli atti soggetti a pubblicità commerciale, anche al fine di rafforzare i controlli di legalità sugli stessi*.

Riassumendo, in base ai principi generali quali desumibili dal codice civile e dalle disposizioni relative al registro delle imprese, *gli atti soggetti ad iscrizione devono avere forma autentica e devono essere conservati da parte del pubblico ufficiale rogante o autenticante*; la presenza del *controllo notarile preventivo* (che è sufficiente ad assicurare la sicurezza dei traffici e delle contrattazioni) *giustifica la limitazione della verifica da parte del conservatore del registro delle imprese alla sola regolarità formale* della documentazione prodotta. Quanto alla sottoscrizione del documento informatico, *esistono due tipi di «firma digitale»*: quella non autenticata (art. 24 CAD), e quella autenticata (art. 25 CAD).

3. LA PORTATA APPLICATIVA DEL COMMA 1-BIS DELL'ART. 36 D.L. N. 112 DEL 2008

A questo punto appare più semplice circoscrivere la portata applicativa del comma 1-bis dell'art. 36 d.l. n. 112/2008, che già l'esegesi della norma contribuisce a chiarire in modo inequivocabile: nel momento in cui si afferma che l'atto di trasferimento di quote di s.r.l. «può essere sottoscritto con firma digitale» *non si dice, in alcun modo, che detta firma digitale deve essere «non autenticata»*. *Se il legislatore avesse voluto questo effetto, lo avrebbe sancito espressamente* come è avvenuto in altre occasioni (si veda, da ultimo, l'art. 8 comma 3, ult. periodo, d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, aggiunto dall'art. 2 comma 450 l. 24 dicembre 2007, n. 244, ove si parla di «scrittura privata anche non autenticata»). L'espressione «firma digitale» individua soltanto la fattispecie definita dall'art. 1, lett. s), d.lg. n. 82 del 2005, e nel contesto in esame vuole creare soltanto un'alternativa alla firma autografa, ma non significa evidentemente «firma non autenticata»: *l'argomento letterale*, unitamente a quello *ex silentio*, ed alla evidente natura derogatoria (e quindi di stretta interpretazione) della disposizione, militano quindi inevocabilmente nel senso che *il comma 1-bis in esame si riferisce alla firma digitale autenticata da notaio* ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Dalla lettura della disposizione in esame si evince agevolmente che la stessa non attribuisce alcun potere di autentica agli intermediari al deposito

nel registro delle imprese: il compito che la novella attribuisce a questi ultimi è, quindi, soltanto quello di fungere da meri «postini», abilitati in veste di *nunci*

Non va trascurato, peraltro, l'*argomento sistematico*. La disciplina della pubblicità commerciale si fonda, come si è visto, sul controllo preventivo di legalità operato dal notaio: ipotizzare la possibilità di iscrizione in base a scrittura privata non autenticata determinerebbe un vero e proprio sconvolgimento del sistema, obbligando il conservatore del registro delle imprese ad un oneroso *controllo di legalità sostanziale* (oltre che all'accertamento della provenienza della scrittura privata e della legittimazione delle parti), che dovrebbe fondarsi su una disposizione espressa, nella fattispecie mancante. Né è possibile ipotizzare — sulla base di una norma derogatoria dalla portata circoscritta come quella in esame — l'esonero da controlli di identità, capacità, legittimazione e legalità per una *categoria di atti* (la cessione di partecipazioni in società a responsabilità limitata), *la cui importanza giuridica ed economica non è certo inferiore ad altri*. Si aggiunga il fatto che, nel vigente ordinamento giuridico italiano, la pubblicità dichiarativa è sempre preceduta dal controllo notarile preventivo degli atti da pubblicare, a tutela dei terzi e della sicurezza delle contrattazioni ⁽⁹⁾.

Vi è poi, non da ultima, l'esigenza di *interpretazione adeguatrice* ⁽¹⁰⁾. Come è noto, la *legittimità costituzionale* delle leggi presuppone la relativa *copertura finanziaria* (art. 81 Cost.): in funzione di ciò, l'ultimo periodo del comma 1-*bis* in esame dispone che «Resta salva la disciplina tributaria applicabile agli atti di cui al presente articolo». Ora, tale «disciplina tributaria» cambia in base all'autenticità o meno dell'atto. L'atto pubblico e la scrittura privata autenticata che contengono cessioni di partecipazioni sociali sono, infatti, soggetti ad una imposta fissa di registro per ogni cessione ⁽¹¹⁾, e sono soggetti ad imposta forfettaria di bollo fin dall'origine ⁽¹²⁾, oltre che alla tassa di archivio (ex art. 65 l.n. 89 del 1913). Viceversa, se la cessione di quote sociali fosse perfezionata per scrittura privata non autenticata, quest'ultima non sarebbe soggetta a registrazione in termine fisso, ma solo in caso d'uso, il quale non sarebbe comunque integrato dal solo deposito dell'atto nel registro delle imprese ⁽¹³⁾; e non sarebbe sog-

soltanto alla trasmissione di «documenti informatici con valenza di scritture private non autenticate» al registro delle imprese.

⁽⁹⁾ Nelle fattispecie, eccezionali, in cui non è richiesto l'intervento notarile, non vi è un problema di tutela dei terzi, o in alternativa il problema viene risolto rendendo inopponibili ai terzi le cause di invalidità o inefficacia dell'atto. Si pensi alla deliberazione di nomina degli amministratori di società di capitali, che può essere verbalizzata in forma privata, ma la cui invalidità non è opponibile ai terzi, ex art. 2383, ult. comma, c.c. *Nel caso della cessione di partecipazioni sociali*, invece, l'eventuale invalidità o inefficacia di una ipotetica scrittura privata non autenticata sarebbe opponibile ai terzi, con le intuitive conseguenze sulla sicurezza dei successivi atti che i terzi potrebbero porre in essere facendo affidamento sulle risultanze del registro delle imprese.

⁽¹⁰⁾ Sul vincolo dell'interpretazione adeguatrice, finalizzata a rendere conforme la norma interpretata alle norme gerarchicamente sovraordinate, in omaggio al principio di conservazione degli atti normativi (con obbligo quindi dell'interprete di scegliere — tra

più interpretazioni astrattamente possibili — quella conforme alla Costituzione), cfr. per tutte C. cost. 25 ottobre 2000, n. 440, in *Foro it.*, 2001, I, c. 40; C. cost. 25 giugno 1996 n. 216, in *Nuovo dir.*, 1996, p. 893; Cass. 22 giugno 1983, n. 4272, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1798. In dottrina, cfr. da ultimo GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Mes-sineo, e ora continuato da Schlesinger, Milano 2004, 173 ss.

⁽¹¹⁾ Art. 11 della tariffa, parte prima, allegata al d.P.R. n. 131 del /1986; cfr. anche la Ris. Agenzia Entrate 5 giugno 2008, n. 225/E.

⁽¹²⁾ Art. 1 della tariffa, parte prima, allegata al d.P.R. n. 642 del 1972.

⁽¹³⁾ Cfr. l'art. 2 della tabella allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, nonché l'art. 6 di quest'ultimo decreto, che configura caso d'uso «quando un atto si deposita, per essere acquisito agli atti, presso le cancellerie giudiziarie nell'esplicazione di attività amministrative o presso le amministrazioni dello Stato o degli enti pubblici territoriali» (ma non quando si deposita presso un ente non territoriale come la Camera di

getta a tassa d'archivio (mentre nulla cambierebbe riguardo all'imposta di bollo, dopo l'ultimo intervento normativo⁽¹⁴⁾). Non vi sarebbe, neanche, un soggetto gravato degli obblighi di certificazione e comunicazione ai fini della disciplina dei *capital gains*⁽¹⁵⁾.

Tutto ciò appare in evidente contrasto con la «salvezza» sancita dal comma 1-*bis*, posto che la «disciplina tributaria» che «resta salva» non può essere soltanto quella riguardante le imposte applicabili, il presupposto d'imposta, la relativa liquidazione ed i soggetti passivi, ma deve essere anche quella «procedimentale» (altrimenti la «salvezza» sarebbe solo parziale e, in definitiva, insussistente). L'ultimo periodo del comma 1-*bis*, evidentemente, nel fare «salve» le disposizioni tributarie sopra richiamate non le modifica, né le rende applicabili a fattispecie diverse da quelle normate (atti autentici): esso *conferma quindi la necessità che l'atto di cessione di quote sociali sia pubblico o autenticato* (diversamente interpretato, il comma 1-*bis* sarebbe incostituzionale per difetto di copertura finanziaria), e *ribadisce l'applicabilità delle medesime imposte e tasse dovute per gli atti su supporto cartaceo anche in caso di redazione di documento informatico con firma digitale* (in parziale deroga, quindi, all'art. 21 comma 5 d.l.g. n. 82 del 2005). D'altra parte, anche a fermarsi al profilo del «gettito» d'imposta, ove l'atto non dovesse essere autenticato verrebbe meno, a tacer d'altro, l'intero introito della tassa d'archivio.

La costituzionalità della disciplina in esame deve essere verificata anche da un diverso punto di vista: la *ingiustificata disparità di trattamento* che si verrebbe a realizzare in presenza dell'ipotizzato «doppio binario», e la *lesione dei principi costituzionali (e comunitari) di affidamento e certezza del diritto*: se si ammettesse l'iscrizione nel registro delle imprese di atti non autenticati dal pubblico ufficiale, si creerebbe la possibilità per i privati di «eludere» *i controlli che l'ordinamento appresta al fine di consentire l'accesso ai pubblici registri ai soli atti non contrastanti con i*

Commercio).

Quanto alla esatta portata del comma 10-*bis* dell'art. 16 del d.l. n. 185 del 2008, come aggiunto dalla legge di conversione n. 2 del 2009, che obbliga gli intermediari abilitati a richiedere per via telematica la registrazione degli atti in oggetto, la stessa non incide in alcun modo sulla ricostruzione proposta nel testo. Infatti la disposizione — non a caso — non ha modificato le previsioni del testo unico in materia di imposta di registro, ed in particolare l'art. 6 dello stesso, e l'art. 2 della tabella allegata, e non ha quindi disposto la registrazione in termine fisso di una scrittura privata non autenticata, limitandosi ad imporre l'obbligo di registrazione agli intermediari abilitati nell'ipotesi di atto di cessione di quote redatto su supporto informatico. In altri termini, il documento informatico deve essere pur sempre munito dell'autentica notarile, ai sensi dell'art. 25 CAD: la deroga, apportata dalla nuova previsione normativa, riguarda unicamente il soggetto obbligato alla registrazione ed al pagamento dell'imposta (che nella fattispecie in esame non è più il notaio, ma unicamente l'intermediario abilitato (il quale è anche responsabile d'imposta, per effetto della nuova previsione del

comma 10-*bis*, sopra richiamata). D'altra parte, occorre tener conto anche dell'eventualità che le parti perfezionino la cessione di quote mediante apposizione delle firme digitali (non autenticate) ad un documento informatico, senza poi rivolgersi ad alcun intermediario abilitato: in questo caso il negozio giuridico sarebbe certamente valido, pur non essendo opponibile ai terzi ed alla società in mancanza di deposito nel registro delle imprese, e non vi è dubbio che l'atto sarebbe soggetto a registrazione solo in caso d'uso.

⁽¹⁴⁾ In materia di imposta di bollo si applicano comunque — a norma del nuovo comma 10-*bis* dell'art. 16 del d.l. n. 185 del 2008, come aggiunto dalla legge di conversione n. 2 del 2009 — le disposizioni previste dall'art. 1, comma 1-*bis*.1, n. 3, della tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. n. 642 del 1972, come sostituita dal d.m. 20 agosto 1992.

⁽¹⁵⁾ L'art. 10 del d.l.g. 21 novembre 1997, n. 461 pone gli obblighi di certificazione e comunicazione, rilevanti ai fini della disciplina dei *capital gains*, unicamente a carico dei notai e degli «intermediari professionali», che non sono certo gli «intermediari abilitati» richiamati dalla disciplina in commento.

principi ed i valori inderogabili dell'ordinamento giuridico, e come tali idonei a non ingenerare falsi affidamenti nella collettività (anche grazie alla «preclusione processuale» derivante dall'efficacia di prova legale dell'atto autentico, ex artt. 2699 e 2703 c.c.). Risultato, questo, che non potrebbe certo conseguire ad una libera scelta dei privati, non coinvolgendo il loro esclusivo interesse.

Il comma 1-bis non deroga quindi al principio di autenticità. Esso *non deroga*, però, *neanche all'obbligo di conservazione del documento originale negli atti del notaio rogante o autenticante*, per le stesse ragioni suesposte in ordine alla necessità di stretta interpretazione della norma derogatrice, oltre che all'inesistenza di *rationes* che possano giustificare il venir meno delle garanzie connesse alla conservazione (compresa l'ispezione biennale degli atti ad opera del conservatore dell'archivio notarile) per gli atti in esame. *Né la conservazione dell'atto autenticato, da parte del notaio, è impedita dalla vigente disciplina del documento informatico.* L'archiviazione «a norma» dei documenti informatici ha come presupposto indifferibile il contemporaneo uso di sistemi di firma digitale, di marcatura temporale, di autenticità legata al supporto. Sia nel CAD sia in tutte le direttive emanate nel tempo dal CNIPA (e prima di esso dall'AIPA) per il settore privato si indica espressamente *il notaio come unico soggetto abilitato alla estrazione ed alla certificazione di autenticità di copie di documenti informatici oggetto di archiviazione.* Ciò che ad oggi manca per la definitiva affermazione del sistema di archiviazione a norma degli atti notarili formati con documento informatico — e che quindi rende probabilmente inapplicabile, nell'immediato, l'innovazione legislativa — è una norma di coordinamento tra CAD e legge notarile (una mancanza già sottolineata dalla apposita commissione di studio istituita nel 2006 presso il CNIPA, che di tale norma ha pure suggerito la formulazione).

La *deroga* apportata dal comma 1-bis in oggetto va, quindi, circoscritta al *profilo della trasmissione dell'atto (rectius, di una sua copia autentica, ex art. 23 CAD)* all'ufficio del registro delle imprese, ed alla relativa registrazione fiscale. Il legislatore ha, cioè, ritenuto di creare una «apertura concorrenziale» — riguardo all'attività professionale consistente nella richiesta di registrazione e di iscrizione nel registro delle imprese — a professionisti diversi dal notaio (in particolare, i soggetti abilitati cui fa riferimento l'art. 31, comma 2-*quater* l. n. 340 del 2000), evidentemente tenendo conto del fatto che, *ferma la riserva al notaio dell'attività di autenticazione e di «adeguamento necessario» all'ordinamento giuridico, la restante consulenza civilistica e tributaria, e l'attività necessaria alla registrazione ed al perfezionamento della pubblicità legale, potrebbero essere fornite dai suddetti professionisti, in alternativa al notaio* ⁽¹⁶⁾. In altri termini, la preoccupazione del legislatore sembra sia stata quella di

⁽¹⁶⁾ Sulle differenze tra «adeguamento necessario» ed «adeguamento facoltativo», cfr. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, in *Scritti giuridici*, II, Roma, 1965, 965 ss.; D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità e le responsabilità del notaio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 332 ss., in part. 337 e 358. Le minori garanzie derivanti dal possibile espletamento dell'attività di consulenza (ulteriore rispetto a quella di adeguamento necessario svolta dal notaio rogante o autenticante), e dell'attività di tra-

missione al registro delle imprese, da parte dell'intermediario abilitato, che potrebbe essere tra l'altro il consulente di una sola delle parti — anziché da parte di un pubblico ufficiale terzo ed imparziale come il notaio — giustificavano evidentemente le differenze tra la previsione contenuta nel secondo periodo del comma 1-bis, ora abrogato dall'art. 16 comma 12-*decies*, del d.l. n. 185 del 2008, («In tale caso, l'iscrizione del trasferimento nel libro soci ha luogo, su richiesta dell'alienante e dell'acquirente, dietro

ridurre — attraverso la suddetta apertura concorrenziale — i costi connessi alla prestazione professionale finalizzata (oltre che alla redazione degli atti) alla trasmissione all'ufficio del registro delle imprese (ferma restando la remunerazione di quel segmento di attività rappresentato dall'autenticazione e dal controllo di legalità, che rimane riservato al notaio).

Per giungere al risultato sopra descritto, *il legislatore ha eliminato l'obbligo del notaio di richiedere la registrazione fiscale e l'iscrizione nel registro delle imprese nell'ipotesi in cui l'originale dell'atto sia redatto su supporto informatico, ponendo tale obbligo* ⁽¹⁷⁾ *a carico, rispettivamente, dell'intermediario abilitato e delle parti. Il deposito «a cura di un intermediario abilitato» nel registro delle imprese non implica, infatti, un obbligo di quest'ultimo (anche perché la legge non prevede l'assistenza obbligatoria di alcun intermediario nella fase di formazione dell'atto). Le parti, quindi, potranno redigere l'atto (su supporto cartaceo o informatico) senza l'assistenza di alcun professionista, ovvero potranno farlo redigere dal notaio o dall'intermediario abilitato. Una volta fatto ciò, le stesse parti dovranno rivolgersi ad un notaio per l'autenticazione della sottoscrizione: trattandosi di originale informatico, il notaio autenticcherà la firma digitale delle parti. Quindi, se non incaricato dalle parti della richiesta di iscrizione nel registro delle imprese, il medesimo notaio rilascerà una copia autentica (sempre su supporto informatico, ai sensi dell'art. 23 CAD, e utilizzando la propria firma digitale), che verrà utilizzata dall'intermediario abilitato per richiederne l'iscrizione nel registro delle imprese.*

Tutto ciò a scapito, evidentemente, *delle ragioni che sono alla base della disciplina dettata a contrasto del fenomeno del riciclaggio del denaro di provenienza illecita*: il legislatore ha in altri termini — con scelta discutibile sul piano della politica del diritto, oltre che probabilmente irragionevole tenuto conto dell'esigenza di bilanciamento degli interessi coinvolti — sacrificato le esigenze di lotta alla criminalità economica sull'altare di un (presunto, ed ipotetico) risparmio dei costi professionali necessari al perfezionamento delle operazioni societarie in esame; il tempo dirà quali effetti la disciplina in esame avrà prodotto su entrambi tali versanti.

esibizione del titolo da cui risultino il trasferimento e l'avvenuto deposito, *rilasciato dall'intermediario che vi ha provveduto ai sensi del presente articolo*) e quella dell'art. 2470 comma 2, secondo periodo, c.c. («L'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci ha luogo, *su richiesta dell'alienante o dell'acquirente*, verso esibizione del titolo da cui risultino il trasferimento e l'avvenuto deposito»). Proprio in funzione di tali minori garanzie la norma speciale richiedeva evidentemente — prima dell'abolizione del libro soci — *la richiesta congiunta dell'alienante e dell'acquirente* di iscrizione nel libro soci, mentre in base alla disciplina generale era sufficiente la richiesta disgiunta. Quanto alla locuzione *«rilasciato dall'intermediario che vi ha provveduto ai sensi del presente articolo»*, essa sembrava avere l'*esclusiva funzione di porre a carico dell'intermediario abilitato* — che non avrebbe diversamente il potere di attestare la conformità della copia dell'atto all'originale, né

avrebbe, in base al diritto comune, obblighi di sorta nei confronti delle parti — *l'obbligo di rilasciare alle parti copia del titolo munito degli estremi dell'avvenuto deposito nel registro delle imprese* (ferma restando la possibilità per alienante ed acquirente di richiedere l'iscrizione nel libro soci, dopo l'avvenuto deposito a cura dell'intermediario, anche sulla base di una copia autentica del titolo rilasciata dal notaio, recuperando gli estremi dell'avvenuto deposito mediante ispezione delle risultanze del registro delle imprese).

⁽¹⁷⁾ Non è del tutto certo, dalla lettura del comma 1-bis, che le parti siano realmente «obbligate» al deposito (come sembrerebbe desumersi dal tenore testuale della disposizione), o piuttosto che quest'ultimo configuri un mero «onere», al fine di opporre ai terzi ed alla società il trasferimento della partecipazione.

Ultimo elemento qualificante per la bontà e validità del deposito presso il registro delle imprese è dato dall'*invio telematico attraverso sistemi protetti* (non a caso definiti dal Ministero dell'Interno come *infrastrutture critiche informatiche di interesse nazionale* — d.m. 9 gennaio 2008 (in G.U. n. 101 del 30 aprile 2008) — e dall'utilizzo del sistema di firma digitale del notariato che, attraverso il Consiglio Nazionale del Notariato in veste di Autorità di Certificazione, garantisce appieno ed in via esclusiva la pubblica funzione del notaio sottoscrittore, al contrario di quanto avviene con altri certificatori ed Ordini professionali.

In conclusione, l'interpretazione del comma 1-*bis* dell'art. 36 d.l. n. 112 del 2008 conduce univocamente alla conclusione che *l'atto di cessione di quote di società a responsabilità limitata deve essere tuttora redatto in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata*; l'autentica può avere ad oggetto sia la firma autografa che la firma digitale (trattandosi di documento informatico); in quest'ultimo caso il deposito presso il registro delle imprese può essere effettuato — oltre che dal notaio autenticante — dall'intermediario abilitato ai sensi dell'art. 31 comma 2-*quater* l. 24 novembre 2000, n. 340.

