
RIVISTA DI DIRITTO DELL'IMPRESA

quadrimestrale fondata da **Franco Di Sabato**
e diretta da **Niccolò Abriani, Antonio Blandini**
Astolfo Di Amato, Aurelio Gentili, Vincenzo Meli
Andrea Paciello, Vincenzo Ricciuto e Giuliana Scognamiglio



Edizioni Scientifiche Italiane

Sommario

SAGGI E PARERI

- 3 A. Gentili, *L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*
31 N. Abriani, *Di che cosa parliamo quando parliamo di derivati?*
39 G. Carapezza Figlia, *Concorrenza e contratto nei mercati dei servizi pubblici locali*
81 L. De Angelis, *Riflessioni sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*
111 R. Di Raimo, *Note minime su responsabilità civile e funzione di «costruzione del sistema»*
123 A. Gallarati, *La composizione negoziale della crisi d'impresa mediante concordato preventivo e trust.*
151 M.I.A. Pisanu, *Brevi considerazioni a margine della figura del direttore generale di s.p.a.*

CASI

- 175 S. Locorotolo, *Sulla società di capitali «irregolare»*

MATERIALI

- 197 *Il nuovo Codice di autodisciplina delle società quotate e la governance del nuovo millennio* (Presentazione di N. Abriani)

233 SCHEDE

Sulla società di capitali «irregolare»

di SERGIO LOCORATOLO

I. IL QUESITO. Può il tribunale accertare l'esistenza e, per l'effetto, dichiarare lo scioglimento e la liquidazione di un ente, costituito nella forma della società cooperativa per azioni a responsabilità limitata, che non sia iscritto nel registro delle imprese e che difetti della prescritta autorizzazione per l'esercizio dell'attività, rilasciata dalla Banca d'Italia?

II. IL PROCESSO. Tribunale di Napoli, 31 maggio 2011 (dep. 17 giugno 2011) – Lucio Di Nosse (Presidente) – Eduardo Campese (Giudice) – Aldo Ceniccola (Giudice relatore)

(*Omissis*) SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. – Roberto Limoncelli e Corrado Romano, con ricorso ai sensi degli artt. 2330, 2331, 2484, 2485, 2487, 2487 bis c.c. e 669 bis e ss., 737 e ss. c.p.c., domandavano al tribunale di Napoli di accertare l'esistenza di una o più cause di scioglimento della Banca Popolare del Meridione soc. coop. per azioni a r. l., disponendo, se del caso, l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento o, in subordine, di ordinare agli amministratori e ai sindaci, in solido tra loro, l'iscrizione della dichiarazione di accertamento delle cause di scioglimento nel registro delle imprese; di convocare l'assemblea dei soci dell'indicata società, in sede ordinaria e straordinaria, fissando il giorno, il luogo e l'ordine del giorno, designando il soggetto destinato a presiederla; di nominare uno o più liquidatori della società, fissando i criteri in base ai quali dovrà svolgersi la liquidazione, i poteri dei liquidatori e gli atti necessari alla conservazione del valore dell'impresa; di emettere ogni altro opportuno o utile provvedimento necessario alla tutela delle ragioni dei ricorrenti, il tutto con vittoria di spese processuali.

Si costituiva Giuseppe Maiello, il quale domandava di accertare, anche in via incidentale, la mancata costituzione della società in oggetto ovvero la definitiva perdita di efficacia, ex art. 2331, co. 4, c.c., dell'atto costitutivo e, per l'effetto, la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto da Roberto Limoncelli e Corrado Romano (ovvero rigettarlo nel merito), con vittoria di spese processuali. (...). In una successiva udienza, provvedevano a costituirsi altri soggetti interessati.

La questione centrale sottoposta all'esame del collegio è se sia consentito procedere, da parte del tribunale, all'accertamento di una causa di scioglimento (ravvisabile, nel caso di specie, nell'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale) riguardo ad un ente, costituito nella forma di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata, non iscritto nel registro delle imprese ed in difetto della prescritta autorizzazione della Banca d'Italia.

MOTIVI DELLA DECISIONE. - La tesi sostenuta dai ricorrenti non è condivisibile.

Giova, dunque, in primo luogo, passare in rassegna le norme destinate a regolare la presente fattispecie.

L'art. 2329 c.c. prevede che per procedere alla costituzione della società occorre (a parte la stipula dell'atto costitutivo), non solo l'intera sottoscrizione del capitale sociale e che siano rispettati gli adempimenti relativi ai conferimenti ed alla loro stima, ma che sussistano, in particolare, le autorizzazioni richieste dalle leggi speciali in relazione al peculiare oggetto.

Uno degli esempi più noti è appunto costituito dall'art. 14 del T.U. n. 384 del 1.9.1993 sulle leggi bancarie, il quale, dopo aver precisato che la Banca d'Italia autorizza l'attività bancaria quando ricorrano determinate condizioni normativamente previste, al co. 3 dispone che non si possa dar corso al procedimento di iscrizione nel registro delle imprese se non consti l'autorizzazione di cui al primo comma.

L'art. 2330 c.c. prevede poi gli obblighi del notaio rogante (che entro 20 giorni deve depositare presso l'ufficio del registro l'atto costitutivo ed documenti comprovanti la sussistenza di tutte le condizioni di cui all'art. 2329 c.c.); l'art. 2331 c.c. disciplina, infine, gli effetti dell'iscrizione.

Ora, confrontando la sequenza normativa sopra riportata con la dinamica ravvisabile nel caso di specie, appare evidente come il procedimento formativo progressivo si sia in realtà attestato al primo passaggio (avvenuta stipulazione dell'atto costitutivo), difettando i successivi momenti dell'autorizzazione ex art. 14 cit. e della conseguente iscrizione nel registro delle imprese.

Occorre, pertanto, interrogarsi su quale sia la condizione giuridica della società nella fase che precede il momento dell'iscrizione o - il che è sostanzialmente lo stesso - come sia qualificabile la permanente condizione in cui trovasi l'ente allorché sia certo che, difettando l'autorizzazione, non possa certamente conseguirsi l'iscrizione nel registro.

La norma che assume una posizione di particolare rilievo per ricostruire sul piano dogmatico la fattispecie costitutiva delle società di capitali risulta senz'altro l'art. 2331 c.c. secondo cui, con l'iscrizione nel registro delle imprese, la società acquista la personalità giuridica.

Da ciò deriva che l'iscrizione segna il segmento terminale del procedimento costitutivo diretto alla formazione di un nuovo soggetto, venendo in rilievo un requisito avente efficacia costitutiva della società e, dunque, una condizione normativa di efficacia della relativa manifestazione di autonomia privata.

Solo l'iscrizione, infatti, imprime alla società quelle qualità formali e sostanziali che ne definiscono la natura, e ciò con riferimento alle eventuali cause di invalidità (solo a seguito dell'iscrizione si applicano le particolari regole in tema di nullità, ex art. 2332 c.c., in tema di conferimenti, in tema di fallimento ed in termini generali di stabilità dell'atto costitutivo (cfr., sul punto, l'art. 2331, co. 4, c.c., secondo cui se entro 90 giorni dall'avvenuta stipulazione dell'atto costitutivo o dal rilascio delle autorizzazioni previste dall'art. 2329 c.c. l'iscrizione non ha avuto luogo, le somme depositate vanno restituite ai sottoscrittori e l'atto costitutivo perde efficacia).

L'idea, avanzata in passato dalla dottrina, che traeva spunto dalla formula normativa per sostenere la configurabilità di s.p.a. irregolari, cioè di società comunque dotate, pur in mancanza di iscrizione, di autonomia soggettività giuridica, alla stregua di quanto previsto dagli artt. 2297 e 2317 c.c. per le società di persone, è rimasta d'altronde minoritaria e può dirsi abbandonata; tale eventualità è stata in effetti respinta tanto dalla dottrina, sia pure con sfumature, quanto da una consolidata giurisprudenza (Cass., 15 novembre 1993, n. 11278, in Nuova giur. civ., 1994, I, 879; Cass., 18 aprile 1984, n. 2515), alla luce della considerazione dell'efficacia costitutiva che per le società di capitali viene riconosciuta all'atto di iscrizione nel registro delle imprese.

Non solo, infatti, la possibilità di ricondurre le operazioni compiute in nome della società, prima dell'iscrizione, al soggetto voluto e descritto nell'atto costitutivo è esclusa (per le operazioni, in tal caso, risponderanno verso i terzi coloro che hanno agito, ai sensi dell'art. 2331, co. 2, c.c.), ma la stessa condizione giuridica di coloro che hanno partecipato all'atto costitutivo non può essere in alcun modo assimilata, prima dell'iscrizione e sia nei rapporti interni che in quelli esterni, a quella che consegue al perfezionarsi della fattispecie costitutiva; in definitiva, gli effetti giuridici che discendono dalla mera stipulazione dell'atto costitutivo vanno qualificati come semplici effetti preliminari o prodromici, aventi oggetto e contenuto assai differenti da quelli che scaturiscono dal risultato conclusivo.

In tal senso, infatti, depone il confronto tra l'art. 2325, co. 1, c.c., da un lato, secondo cui nella s.p.a., ovviamente iscritta, per le obbligazioni risponde solo la società con il suo patrimonio; e l'art. 2331, co. 2 e 3, c.c., dall'altro, secondo cui se la società non è iscritta, sono illimitatamente responsabili verso i terzi coloro che hanno agito (e la società è responsabile solo se, successivamente all'iscrizione, abbia approvato un'operazione compiuta anteriormente).

Il disposto di cui all'art. 2331, co. 4, c.c., secondo cui l'atto costitutivo perde efficacia se entro 90 giorni dalla stipulazione o dal rilascio delle autorizzazioni l'iscrizione non ha avuto luogo, può interpretarsi in linea di continuità rispetto alle considerazioni che precedono; l'inciso, infatti, va inteso non già nel senso che per l'effetto del semplice atto costitutivo la società esiste e va realmente regolata, nelle more, secondo i moduli del diritto societario (funzionando, quindi, la mancata iscrizione come condizione risolutiva dell'efficacia dell'atto costitutivo), ma piuttosto nel senso di liberare coloro che hanno stipulato l'atto costitutivo dagli effetti suoi propri, esentandoli cioè dall'obbligo di conferimento ed attribuendogli il diritto di rientrare in possesso delle somme versate. La norma, dunque, riguarda quegli effetti qualificabili come preliminari o prodromici dell'atto costitutivo, configurandosi dunque la mancata iscrizione come condizione risolutiva proprio ed unicamente rispetto a tali effetti.

Ne deriva che se fino alla scadenza del termine i sottoscrittori non possono riprendere le somme versate (proprio in considerazione della perdurante vigenza degli effetti prodromici derivanti dall'atto costitutivo), scaduto il termine la situazione muta e, dunque, caducati tali effetti, costoro potranno agire per il recupero delle somme ma, ovviamente, non nei confronti della società ed attraverso le forme della liquidazione, per l'ovvia ragione che la società non è mai esistita.

Deve, al contrario, ritenersi che il compimento delle attività volte a consentire ai sottoscrittori di ripetere le somme versate costituisca un preciso obbligo che incombe sui promotori.

Depone, in tal senso, in primo luogo, la considerazione giuridica della figura dei promotori, in alcuni casi assimilati ai mediatori (rilevando la circostanza che l'attività da loro svolta è obiettivamente rivolta ad agevolare la conclusione del contratto di società), in altri casi assimilati ad un organo per la conclusione del contratto (autorevole dottrina li ha qualificati ricorrendo all'idea dell'ufficio centrale per la raccolta delle adesioni, che accetta le sottoscrizioni in rappresentanza di ciascuna parte), ma in ogni caso considerati dalla legge «solidalmente responsabili verso i terzi per le obbligazioni assunte per costituire la società» (2338 c.c.) nonché «solidalmente responsabili verso la società e verso i terzi (...) per i versamenti richiesti per la costituzione della società» (2339 c.c.), ben potendo tali incisi essere analogicamente applicati anche con riferimento all'obbligo di rimborsare i sottoscrittori nei casi di mancata costituzione della società (obbligo del quale si discute in questa sede).

In secondo luogo, va osservato che lo stesso art. 2338 c.c. prevede che «se per qualsiasi ragione la società non si costituisce, i promotori non possono rivalersi verso i sottoscrittori delle azioni», tale norma confermando (sebbene con riferimento alla responsabilità verso i terzi per le obbligazioni assunte per costituire la società) che,

esclusa la responsabilità della società (che, in caso di mancata iscrizione non può dirsi esistente), l'unica responsabilità che sopravvive (sia nei confronti dei terzi sia, dunque, nei confronti dei sottoscrittori) è quella dei promotori.

La circostanza che la fase di restituzione delle somme debba essere organizzata e gestita dai promotori risulta confermata, in terzo luogo, anche dall'atto costitutivo del comitato promotore, stipulato in data 28.9.2005, il cui art. 8 dispone espressamente che «nel caso in cui le somme raccolte si rivelassero insufficienti per la costituzione della banca, oppure per qualsiasi motivo la costituzione non fosse più attuabile o conveniente, le somme raccolte per la costituzione del capitale sociale saranno rimborsate ai sottoscrittori unitamente agli interessi (...) maturati presso i c/c bancari vincolati, accessi per la raccolta del capitale sociale».

Il fatto, dunque, che il comitato dei promotori si sia espressamente impegnato a rimborsare ai sottoscrittori le somme versate, con riferimento a qualsiasi ipotesi di mancata costituzione della società (circostanza che ricorre, per quanto sopra osservato, nel caso di specie), fonda e rafforza la considerazione che i promotori debbano considerarsi gli unici soggetti legittimati alla restituzione delle somme versate dai sottoscrittori, senza che possa individuarsi alcuno spazio per l'operatività delle cause di scioglimento della società o per la nomina di uno o più liquidatori.

La peculiarità delle questioni trattate induce a dichiarare interamente compensate tra le parti le spese processuali.

III. IL COMMENTO

SOMMARIO: 1. Il caso oggetto della sentenza del Tribunale di Napoli. – 2. Il problema della società per azioni «prima dell'iscrizione». – 3. Critica alla tesi dell'inesistenza della società per azioni «prima dell'iscrizione». – 4. L'efficacia costitutiva dell'iscrizione e l'art. 10 della legge fallimentare. – 5. Società «prima dell'iscrizione» e liquidazione del patrimonio destinato.

1. La sentenza del Tribunale di Napoli affronta il tema del riconoscimento, ad opera dell'ordinamento, della fattispecie della società per azioni «irregolare» o, per meglio dire, della società per azioni «prima dell'iscrizione». In particolare, la fattispecie oggetto della valutazione del Tribunale attiene alla possibilità di estendere ad una società cooperativa per azioni a responsabilità limitata non iscritta nel registro delle imprese e, dunque, per il rinvio operato dall'art. 2519 c.c., alla società per azioni non iscritta, le norme in tema di scioglimento e liquidazione delle società di capitali dettate dagli artt. 2484 e ss. c.c.

Nello specifico, due soci di una società cooperativa per azioni a responsabilità limitata chiedevano al Tribunale l'accertamento dell'esistenza di una o più cause di scioglimento della società, disponendo, se del caso, l'iscrizione del provvedimento di scioglimento nel registro delle imprese o, in subordine, di ordinare agli amministratori e sindaci, in solido tra loro, l'iscrizione della dichiarazione di accertamento delle cause di scioglimento nel registro delle imprese; di convocare l'assemblea dei soci dell'indicata società, in sede ordinaria e straordinaria, fissando il giorno, il luogo e l'ordine del giorno, designano il soggetto indicato a presiederla; di nominare uno o più liquidatori della società, fissando i criteri in base ai quali avrebbe dovuto svolgersi la liquidazione, i poteri dei liquidatori e gli atti necessari alla conservazione del valore dell'impresa; di mettere ogni altro atto opportuno o utile provvedimento, necessario alla tutela delle ragioni dei ricorrenti. Il Tribunale, tuttavia, riconoscendo e ribadendo la natura costitutiva dell'iscrizione

della società per azioni nel registro delle imprese e, dunque, respingendo la tesi dell'esistenza, e della soggettività, di una società per azioni «prima dell'iscrizione», ha ritenuto non applicabili alla predetta società non iscritta, le norme in materia di scioglimento e liquidazione di società di capitali previste dagli artt. 2484 e ss. c.c., sull'assunto che esse non possano applicarsi ad una società che, proprio in quanto non iscritta nel registro delle imprese, non sarebbe mai venuta ad esistenza.

2. Prima di verificare nel merito i termini della pronuncia in commento, appare opportuno ripercorrere i principali profili del dibattito relativo all'ammissibilità della fattispecie della cd. società per azioni «irregolare».

In merito, l'orientamento decisamente maggioritario, sia in dottrina¹ che

¹ A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, 333 ss.; ID., *Il registro delle imprese*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2001, 69 ss.; ID., *Comunione di azienda e società di capitali: ammissibilità di una trasformazione?*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 147 ss.; G. AULETTA, *La forma del contratto di società di capitali*, in *Annali sem. giur. Univ. Catania*, 1946-1947, 127 ss.; G. MINERVINI, *Società per azioni (rassegna di diritto comparato italo-svizzero)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 221 ss.; G. ROMANO-PAVONI, *Questioni in tema di costituzione di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 262 ss.; F. MESSINEO, *Sulla pubblicità e l'irregolarità delle società commerciali*, in *Studi di diritto delle società*, Milano, 1958, 73; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 215 ss.; G. COTTINO, *Considerazioni sulle forma del contratto di società*, in *Riv. soc.*, 1963, 284 ss.; ID., *Società per azioni*, in *Novissimo dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 587; G. RACUGNO, *La iscrizione della società per azioni nel registro delle imprese e le conseguenze della mancata iscrizione*, in *Dir e giur.*, 1968, 686; G. FRE', *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1972, 92; G. SPATAZZA, *Le società per azioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1972, 94 ss.; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 444 ss.; C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975; ID., *La costituzione della società per azioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XVI, Torino, 1985, 265 ss.; ID., *Società prima dell'iscrizione e responsabilità di «coloro che hanno agito»*, *Giurisprudenza tedesca e diritto italiano*, Milano, 1988; G. PALMIERI, *Conferimenti immobiliari ed invalidità nelle società di persone*, in *Riv. soc.*, 1992, 1438, nota 122; M. IEVA, *Gli atti posti in essere in nome e per conto di società di capitali prima della loro iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. not.*, 1983, 930 ss.; G. FERRI, *Le società*, in *Trattato dir. civ.*, fondato da F. VASSALLI, X, 3, Torino, 1987, 882 ss.; ID., *Società per azioni*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1987, 16; ID., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2005, 307; G. SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1984, 67 ss.; P. MARCHETTI, *D.p.r. 10 febbraio 1986, n. 30, Commentario*, a cura di P. MARCHETTI, in *N. leggi civ.*, 1988, 1 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Gli acquisti immobiliari delle società di capitali prima dell'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 1993, 602 ss.; S. TONDO, *Atti in nome di società per azioni non ancora iscritta*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, 1 ss.; ID., *Regime degli atti in nome di società per azioni non ancora iscritta*, in *Vita not.*, 2000, 1248 ss.; G.B. FERRI, *Tutela preventiva dell'impresa e atti in nome di società non iscritta*, in *Consiglio Nazionale del Notariato. Studi e materiali 1992-1995*, Milano, 1995, 3 ss.; G. FRE' e G. SBISÀ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1997, 90; F. FERRARA JR., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 367 e 387; G. RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società. Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, 255 ss.; A. PAVONE LA ROSA e A. NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, I, Torino, 2004, 423 ss.; F. GALGANO e R. GHENGHINI, *Le nuove società di capitali e le cooperative*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, Padova, 2003, 290; G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle so-*

in giurisprudenza², è quello per il quale, la società di capitali viene ad esistenza solo nel momento in cui, con l'iscrizione nel registro delle imprese, acquista la personalità giuridica.

Tale posizione si fonda su molteplici argomentazioni.

In primo luogo, si è rilevato che se la società fosse ritenuta esistente prima dell'iscrizione, ad essa andrebbero imputati gli atti posti in essere in suo nome prima dell'iscrizione. E ciò contro l'espressa previsione dell'art. 2331, co. 2, c.c., che riconosce la responsabilità degli atti compiuti prima dell'iscrizione ai soggetti che hanno agito, al socio unico fondatore e a quanti, tra i soci, abbiano deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione. Inoltre, il riconoscimento di una società per azioni «irregolare» violerebbe il principio dell'effettività dei conferimenti, che trova il suo espresso riferimento nella previsione dell'art. 2331, co. 4, c.c., che vieta agli amministratori di prelevare, prima dell'iscrizione, i decimi depositati in banca. Difatti, si sostiene, fino a quando la società non sia iscritta nel registro delle imprese, è necessario conservare l'integrità di quanto conferito dai soci, evitando che il patrimonio sociale possa essere depauperato da operazioni anteriori all'iscrizione³.

La posizione maggioritaria ha poi evidenziato l'insussistenza, nel vigente codice, di un'espressa disciplina tipica delle società di capitali «irregolari»⁴, al contrario di quanto previsto per le società di persone⁵.

Analogamente, a supporto della inesistenza di una società di capitali «irregolare»⁶, si evidenzia la previsione della relazione ministeriale al Libro del

cietà per azioni, in Società, 2003, 290 ss.; ID., *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2006, 174 ss.; L. CALVOSA, *Costituzione*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2006, 371 ss.; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 158; F. TASSINARI, *sub art. 2331 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2004, 65 ss.; M. BERTUZZI, *sub art. 2331 c.c.*, in *Società per azioni. Costituzione, patti parasociali, conferimenti (artt. 2325-2345)*, a cura di Bertuzzi, Manferoce e Platania, Milano, 2002, 84; M. SEPE, *sub art. 2331 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 78; R. WEIGMANN, *Società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 1431 ss.

² Cass., 25 marzo 1954, n. 861, in *Dir. fall.*, 1954, II, 353 ss.; Cass., 28 luglio 1956, n. 2940, in *Foro it.*, 1956, I, 1804 ss.; Cass., 16 giugno 1990, n. 6080, in *Foro it.*, 1991, I, 2481 ss., con nota di Tedeschi; Cass., 2 luglio 1990, n. 6764, in *Corr. giur.*, 1990, 1144 ss., con nota di Mariconda; Cass., 15 novembre 1993, n. 11278, in *Riv. giur. sarda*, 1995, p. 288, con nota di Chessa; Cass., 5 giugno 1999, n. 5533, in *Giur. comm.*, 2000, II, 326 ss., con nota di Righini; Cass., 13 maggio 2004, n. 9099, in *banca dati Juris data*.

³ In tal senso, C. ANGELICI, *La costituzione*, cit., 266 ss.

⁴ Sul principio di tipicità, P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit.; G. MARASA', *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984; A. PAVONE LA ROSA e A. NIGRO, *Il procedimento di costituzione*, cit., p. 429.

⁵ Così, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 176 ss.; F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2000 - 2001, 172 ss.; F. FERRARA JR. e F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 427 ss.; P.G. JAEGER e F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000, 227 ss.; G. COTTINO, *Diritto commerciale. Le società*, I, 2, Padova, 1999, 234 ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, 154 ss.

⁶ Per G. RACUGNO, *La iscrizione della società per azioni nel registro delle imprese e le conseguenze della mancata iscrizione*, in *Dir. e giur.*, 1968, 678 ss. A seguito della stipulazione dell'atto costitutivo, ma prima dell'iscrizione, dovrebbe necessariamente configurarsi una società per azioni con responsabilità illimitata dei soci; società atipica e, per-

Lavoro, per la quale, in difetto dell'iscrizione della società nel registro delle imprese, la società non solo non risulta costituita ma neppure viene ad esistenza quale società irregolare.

Ancora, ulteriore argomento a favore della tesi maggioritaria andrebbe ravvisato nella previsione di cui all'art. 2331, co. 5, c.c. che vieta alla società non iscritta l'emissione delle azioni, perché titoli relativi ad un emittente e di un capitale sociale non ancora esistenti.

A fronte di tale impostazione, e nella direzione di una maggiore sensibilità verso le esigenze di tutela dei terzi che venissero in contatto con la società prima della sua iscrizione, sono state proposte delle ricostruzioni alternative, tutte dirette, in termini variabili, a riconoscere, alla società non iscritta, profili e caratteri di soggettività ed una limitata autonomia patrimoniale.

Già agli albori della vigenza dell'attuale codice civile, un autorevole autore⁷ ebbe a dimostrare, in diretta consequenzialità con quanto già previsto nel codice di commercio del 1882⁸, l'esistenza di una società di capitali irregolare nella fase di pre-iscrizione, dotata di struttura corporativa e di autonomia patrimoniale e, perciò, centro autonomo di imputazione di diritti ed obbligazioni, perfettamente compatibile con l'assenza di personalità giuridica. Tale posizione fu poi seguita da altri autori⁹ e da una certa giuri-

ciò, non ammissibile nel nostro ordinamento, caratterizzato dal principio del numero chiuso dei tipi sociali. *Contra*: G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, 64 ss.; M. BASILE e A. FALZEA, *Persona giuridica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 264 ss.

⁷ G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, 20 ss.; ID., *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 109 ss.; ID., *Diritto delle società e attuazione della seconda direttiva Cee: il decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 568.

⁸ Per tutti, in vigenza del Codice di Commercio, v. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1923, n. 331 ss., 52.

In merito, osserva P. GUIDA, *Società di capitali irregolare: prospettive nuove per un vecchio problema*, in *Riv. not.*, 1983, II, 510, che il testo dell'art. 2331, co. 2, c.c. (prima della riforma del 2003), non era difforme, nel contenuto, dal n. 98 dell'abrogato codice di commercio ed in entrambi era prevista la responsabilità di coloro che agiscono, senza alcun riferimento alla posizione della società nei rapporti con i terzi. La norma del codice civile, dunque, non aggiunge e, quindi, non modifica l'interpretazione consolidatasi in vigore del codice di commercio, che voleva la responsabilità di chi agisce in aggiunta, e non già in sostituzione, a quella della società.

⁹ G. VALERI, *Sentenza in luogo di atto pubblico nella costituzione di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 251 ss.; S. PUGLIATTI, *Gli istituti di diritto civile*, Milano, 1943, 115 e 128; ID., *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni e Schlesinger, Milano, 1957, 197 ss.; M. GHIDINI, *Il registro delle imprese*, Milano, 1943, 78 ss.; G. SCALFI, *Riflessioni sulle personalità delle società commerciali, di persone ect.*, in *Temi*, 1946, 464 ss.; A. CANDIAN, *Formazione, senza scrittura, di società per azioni*, in *Dir. fall.*, 1950, 95 ss.; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1962, I, 155 ss.; V. MENESINI, *Sulle società per azioni prima dell'iscrizione*, in *Studi in memoria di D. Pettiti*, II, Milano, 1973, 875 ss.; E. SIMONETTO, *La nuova stesura dell'art. 2332 e la società di capitali irregolare*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, 537 ss.; ID., *Trasformazione e fusione delle società*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1976, 17 ss.; F. DENOZZA, *Responsabilità ex art. 2331 c.c. e fallimento*, in *Giur. comm.*, 1978, 931 ss.; G. LEVI, *Sulla*

sprudenza¹⁰, le cui posizioni, tuttavia, sono risultate, nel corso del tempo, decisamente minoritarie.

Queste ricostruzioni tendevano, in termini diversi, ad attribuire alla società non iscritta una certa autonomia patrimoniale, fondata sul rapporto con gli originari conferimenti effettuati dai soci.

Ma è ad un altro autorevole autore¹¹ che si deve una rielaborazione organica della originaria teoria che riconosce l'esistenza di una società di capitali in epoca anteriore all'iscrizione del registro delle imprese. Tale contributo, però, trae spunto dall'esperienza comparatistica e, in particolare, dai risultati maturati dalla letteratura tedesca in tema di «*Vorgesellschaft*» («società preliminare»), giungendo a riconoscere l'esistenza, anche nel nostro ordinamento, di una società di capitali «in formazione», ovvero di un tipo sociale transitorio, perché destinato ad estinguersi con l'iscrizione, già al momento della stipulazione dell'atto costitutivo e, perciò, da quel momento dotato di piena soggettività giuridica¹². Tale assunto trova il proprio fondamento nell'obbligo di integrale liberazione, al momento della sottoscrizione, delle azioni corrispondenti ai conferimenti di beni in natura ma anche nella necessità di indicare nell'atto costitutivo l'importo, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione che sono poste a carico della società, come previsto dall'art. 2328, co. 1, n. 12, c.c.¹³.

assoggettabilità a fallimento di società di capitali non iscritte, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 15 ss.; M. BASILE e A. FALZEA, *Persona giuridica*, cit., 254 ss.; P. GUIDA, *Società di capitali irregolare: prospettive nuove per un vecchio problema*, cit., 508 ss.; ID., *Riflessi del nuovo articolo 2331 del codice civile*, in *Not.*, 2003, 419 ss.; G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Tratt. dir. comm. e di dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da F. GALGANI, Padova, 1985, 221 ss.; C. IBBA, *S.r.l. unipersonale e responsabilità del fondatore: dalla giurisprudenza tedesca alla legge italiana*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 618 ss.; V. SANNA, *La società di capitali non iscritta alla luce della riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 687 e 688; P. BELTRAMI, *La società prima dell'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, I, Torino, 2006, 369 ss.

¹⁰ Cass., 11 marzo 1995, n. 2817, in *Società*, 1995, 1297 ss., con nota di Ianniello e Montesano; App. Milano, 22 dicembre 1951, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 346 ss.; Trib. Fermo, 26 gennaio 2006, in *Giur. comm.*, 2008, II, 142 ss., con nota di Fernandez.

¹¹ G.B. PORTALE, *Conferimenti in natura ed effettività del capitale sociale nelle «società per azioni in formazione»*, in *Riv. soc.*, 1994, 3 ss.; ID., *La mancata attuazione del conferimento in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 1, Torino, 2004, 572 ss.

¹² Adottano tale soluzione anche: A. ZOPPINI, *Le fondazioni: dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 268; ID., *Circolazione e recezione di un modello giurisprudenziale: la «società di capitali in formazione»*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 664 ss.; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 68 ss.; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996, 135 ss.; A. ZACCARIA, «Diritti soggettivi senza oggetto» e soggettività giuridica, in *Studium Juris*, 1996, 784 ss. In giurisprudenza, Cass., 11 marzo 1985, n. 2817, in *Società*, 1995, 1297 ss.

¹³ Tale norma dimostrerebbe che i soci, allo scadere del termine di un anno stabilito dall'art. 2329, co. 3, c.c., non avrebbero diritto alla restituzione integrale dei conferimenti, senza possibilità di riduzioni proporzionali nel caso di compimento di operazioni in nome della società e di produzione di perdite; pertanto, la responsabilità verso i terzi di coloro che hanno agito spendendo il nome della società dovrebbe coniugarsi con un'attività imputabile dapprima a questa e, dopo, di diritto, alla persona giuridica, alla stregua di quanto avviene in sede di trasformazione in base all'art. 2498, ultimo comma, c.c.

In quanto transitoriamente esistente, perciò, la società in formazione acquisterebbe la titolarità dei beni oggetto di conferimento in natura e sarebbe anche tenuta ad amministrarli. È questo il caso del conferimento di azienda, in relazione al quale sorgerebbe addirittura l'obbligo, per la società, di anticipare l'attività sociale¹⁴. Tale società, per il suo carattere transitorio, dovrà tuttavia o assumere la forma di una società per azioni definitiva o, in alternativa, sciogliersi, in caso del venir meno dell'efficacia dell'atto costitutivo e, dunque, per il mancato perfezionarsi della fattispecie definitiva.

3. La riforma delle società di capitali del 2003, pur rimodulando la formulazione dell'art. 2331 del codice civile, non ha sostanzialmente risolto la questione dell'ammissibilità del riconoscimento della fattispecie della società di capitali, e in particolar modo della società per azioni «irregolare» o, per meglio dire, della società per azioni «prima dell'iscrizione», posto che la qualifica di irregolare connota tradizionalmente le società in nome collettivo e in accomandita semplice¹⁵. La nuova formulazione dell'art. 2331 c.c. ha, infatti, inciso, ampliandolo, sul novero dei soggetti illimitatamente e solidariamente responsabili per le operazioni compiute prima dell'iscrizione¹⁶, pre-

¹⁴ A. PISANI MASSAMORMILE, *Conferimenti in s.p.a. e formazione del capitale*, Napoli, 1992, 99 e 247, ritiene che l'azienda debba essere consegnata agli amministratori, sia in senso materiale (consegna dei beni), che funzionale (cessazione dell'attività d'impresa da parte del socio che ha effettuato il conferimento).

¹⁵ In tal senso, L. FURGIUELE, *Società irregolare e prima dell'iscrizione*, in *Dizionario del diritto privato*, a cura di Niccolò Abriani, Milano, 2011, 880 ss.

¹⁶ Prima della riforma, qualificavano l'attività del soggetto agente come espressione di un principio di rappresentanza senza poteri: G. FRÈ e G. SBISA, *Della società per azioni*, cit., 104 ss.; G. SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 74 ss.; C. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, cit., 266 ss.; A. PAVONE LA ROSA e A. NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, cit., 433; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 172, nota 40; M. BERTUZZI, *sub art. 2331 c.c.*, cit., 80, nota 3; B. IANNIELLO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 17. Per alcuni, l'attività dell'agente era qualificabile come quella di «rappresentante senza rappresentato». In tal senso: F. FERRARA JR. e F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 389. Per altri, la vicenda andava descritta in termini di gestione di affari altrui, ex art. 2028 c.c. Così: A. AURICCHIO, *La c.d. rappresentanza di persona giuridica futura*, in *Dir e giur.*, 1960, 541 ss.; G. COLETTA, *La responsabilità sociale ex art. 2331 c.c. (secondo comma)*, Padova, 1983, 68 ss.; O. BOTTARO, *Relazione al XIV Congresso Internazionale del Notariato Latino*, in *Riv. not.*, 1977, 1258 ss., o, ancora, come fattispecie rappresentativa di una promessa del fatto del terzo. In tal senso, M. CAVANNA, *sub art. 2331 c.c.*, cit., 105. *Contra*: P. REVI-GLIONO, *Osservazioni sulla responsabilità ex art. 2331, co. 2, c.c.*, in *Giur. comm.*, 1991, II, 51 ss. In giurisprudenza, ritiene ammissibile il negozio compiuto in nome di un soggetto inesistente, Cass., 29 marzo 1991, n. 3435, in *Dir. fall.*, 1991, II, 757 ss. Ritengono l'atto compiuto in nome della società prima della sua iscrizione un negozio *in itinere* o a formazione progressiva, sottoposto alla duplice condizione dell'iscrizione nel registro delle imprese e della ratifica da parte della società: B. IANNIELLO, *La riforma del diritto societario*, cit., 17; C. MONTAGNANI, *sub art. 2331 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 64 ss.

Per un'analisi delle differenze tra la disciplina di cui all'art. 2331 c.c. e quella della rappresentanza senza potere, G. FERRI JR., *Tutela preventiva dell'impresa e atti in nome della società non iscritta*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e materiali 1992 - 1995*, Milano, 1995, 3 ss.

Per una valutazione sull'autonomia dell'art. 2331 c.c. rispetto all'ipotesi della gestione

vedendo che la società iscritta, che abbia approvato operazioni svolte nel proprio interesse in epoca anteriore all'iscrizione, assuma la responsabilità solidale per le predette operazioni e sia obbligata a rilevare coloro che hanno agito; ha disciplinato la indisponibilità, da parte degli amministratori, dei versamenti effettuati dai soci fino alla compiuta iscrizione, nonché la perdita di efficacia dell'atto costitutivo in ipotesi di mancata iscrizione nel termine prescritto dalla norma; ha ribadito l'impossibilità, per la società non iscritta, dell'emissione delle azioni, aggiungendo, inoltre, che esse non possono costituire oggetto di un'offerta al pubblico di prodotti finanziari¹⁷. Ma non ha chiarito, in termini definitivi ed incontestabili se, nell'ordinamento nazionale, vi sia spazio per ipotizzare l'esistenza di una società di capitali «prima dell'iscrizione»¹⁸, come avviene in molti paesi dell'Europa continentale¹⁹.

In particolare, poi, l'allargamento del novero dei soggetti responsabili delle obbligazioni relative alla costituzione delle società, operato dall'art. 2331, co. 2, c.c., nella formulazione introdotta dalla riforma del 2003, non sembra potersi configurare, come da alcuni prospettato²⁰, quale argomento avverso all'ammissibilità della società di capitali «irregolare». E ciò, per l'ovvia considerazione che il mero ampliamento del numero dei soggetti coinvolti non servirebbe ad eliminare i profili problematici che si erano già posti con l'antecedente formulazione dell'art. 2331, co. 1, c.c., che attribuiva la responsabilità illimitata a quanti avessero agito in nome della società. Già allora, infatti, il riconoscimento della responsabilità patrimoniale in capo a soggetti distinti dall'ente, seppur potenzialmente inferiori, per numero, rispetto a quelli successivamente considerati nella versione post-riforma, non era ritenuto elemento decisivo a dimostrare la inammissibilità della società di capitali «irregolare».

Piuttosto, l'ampliamento dei soggetti patrimonialmente responsabili, ac-

di affari altrui, M. STELLA RICHTER JR., *La costituzione delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da ABBADESSA e PORTALE, I, Torino, 2007, 271 ss.

¹⁷ Per alcuni autori, tra i quali M. CALLEGARI, *Le azioni e le regole di circolazione*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Torino, 2003, 114; M. NOTARI, *Costituzione e conferimenti nelle s.p.a.*, in *Consiglio Notarile di Milano, Il nuovo ordinamento delle società*, Milano, 2003, 19; D. SANTOSUOSSO, *Il nuovo diritto societario*, Milano, 2003, 13 ss. Il nuovo comma 5 dell'art. 2331 c.c. potrebbe essere letto quale nuovo argomento a sostegno dell'esistenza di una società prima dell'iscrizione. Infatti, se prima della riforma l'emissione e la vendita delle azioni di società non iscritta erano considerate nulle per impossibilità dell'oggetto del negozio, conseguente all'inesistenza del soggetto del cui capitale le azioni emesse e/o vendute costituirebbero quote di partecipazione, l'introduzione di un semplice divieto di emissione ed il venir meno di qualsiasi forma di sanzione alla vendita potrebbero giustificarsi proprio in virtù dell'esistenza della società prima dell'iscrizione.

¹⁸ Per una verifica della compatibilità complessiva delle disposizioni introdotte dalla riforma delle società di capitali del 2003 rispetto alla figura della società «irregolare», v. P. BELTRAMI, *La società prima dell'iscrizione nel registro delle imprese*, cit., 369 ss.; V. SANNA, *La società di capitali non iscritta alla luce della riforma del diritto societario*, cit., 676 ss.

¹⁹ Per una ricognizione in tal senso, si rinvia a A. ZOPPINI, *Circolazione e recezione di un modello giurisprudenziale: la «società di capitali in formazione»*, cit., 666 ss.

²⁰ In tal senso, tra i molti: G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione della società per azioni*, cit., 16 ss.; L. CALVOSA, *Costituzione*, cit., 372 ss.

canto all'ente in formazione²¹, come delineato dall'art. 2331, co. 2, c.c., sembra esclusivamente rievocare (e spiegarsi in riferimento a) forme di responsabilità «da posizione», che si aggiungono a quelle originariamente imputabili all'ente, o ai soggetti «funzionalmente» investiti della competenza che genera quella responsabilità, già conosciute alla disciplina delle società. È il caso, per la s.r.l., della previsione dell'art. 2476, co. 7., c.c., che aggiunge alla responsabilità degli amministratori quella dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. O, ancora, la fattispecie prevista dall'art. 2497, co. 2, c.c., che aggiunge all'originaria responsabilità delle società o degli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento, quella di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Sulla base di tali premesse, perciò, ed al netto delle argomentazioni giuridiche già esposte in precedenza che, a favore o contro l'ammissibilità di una società di capitali «prima dell'iscrizione», hanno costituito il principale elemento di dibattito negli ultimi decenni, l'indagine che segue avrà ad oggetto una valutazione del fenomeno fondata su elementi di ordine sistematico più che analitico delle singole norme che circoscrivono la fase di costituzione della società di capitali.

Sotto questo profilo, pare che un primo significativo argomento a favore della configurabilità di una società di capitali «prima dell'iscrizione» possa essere rappresentato da una più circostanziata funzione del «riconoscimento», operato dall'ordinamento attraverso l'iscrizione al registro delle imprese, dell'ente in formazione e dell'attribuzione della personalità giuridica che a tale iscrizione consegue.

Se, difatti, si accetta di considerare il ruolo e la funzione dell'attribuzione della personalità giuridica essenzialmente quale «riconoscimento» che l'ordinamento compie della sussistenza, in capo ad un ente, di determinati requisiti o qualità (dai quali scaturiscono effetti giuridici rilevanti, per l'ente, nei rapporti interni e nei confronti dei terzi), finiscono con lo stemperarsi, se non con lo scomparire del tutto, le ragioni sostanziali che impedirebbero

²¹ È chiaro che ammettere l'esistenza di una società di capitali «irregolare», comporta riconoscerne anche la responsabilità patrimoniale nella fase di pre-iscrizione e, comunque (anche in ipotesi di rigetto dell'iscrizione nel registro delle imprese), fino a che l'atto costitutivo non abbia perso definitiva efficacia, ai sensi del disposto dell'art. 2331, co. 4, c.c. Responsabilità che si aggiunge, in vincolo di solidarietà, ai soggetti citati dall'art. 2331, co.2, c.c. In tal senso, già: S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 199; G. OPPO, *Forma e pubblicità*, cit., p. 139 ss.; G.B. PORTALE, *Conferimenti in natura*, cit., p. 45 ss. *Contra*: A. PAVONE LA ROSA e G. NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, cit., 428; C. ANGELICI, *La costituzione delle società per azioni*, cit., 266.

La responsabilità dei soggetti elencati nell'art. 2331, co.2, c.c., poi, sembra doversi limitare ai solo rapporti con i terzi. In tal senso deporrebbero tanto il tenore letterale della disposizione, in cui l'avverbio «altresì», contenuto nella seconda parte dell'art. 2331, co. 2, c.c., sembra richiamare anche «la direzione» della responsabilità (verso i terzi), espressamente stabilita, in riferimento a coloro che hanno agito, nella prima parte del comma citato, quanto il contenuto della Relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 6 del 2003, che espressamente definisce tale responsabilità come rafforzativa delle garanzie per i terzi. Così, V. SANNA, *La società di capitali non iscritta alla luce della riforma del diritto societario*, cit., 677 ss.

l'esistenza di una società di capitali prima dell'iscrizione. Difatti, oltre che a rappresentare intuitiva percezione, è considerazione fondata, anzitutto, sulla stessa dizione letterale della norma (la società *acquista* la personalità giuridica, ex art. 2331, co.1, c.c.) quella per la quale l'attribuzione della personalità giuridica non consiste in altro che nel conferire all'ente, preesistente a tale riconoscimento esterno, una particolare qualifica e/o qualità²². Qualifica e/o qualità che può attribuirsi solo in presenza, in capo all'ente, di determinate condizioni, indipendenti e preesistenti, quali: la distinguibilità rispetto ad analoghi soggetti, finalità cui solitamente si perviene rendendo pubblici (con l'iscrizione) i propri segni identificativi; l'organizzazione, intesa come l'insieme degli organi di cui l'ente si dota per svolgere la propria attività; il patrimonio, destinato a consentire all'ente l'esercizio dell'attività per la quale è sorto.

La necessità che l'ente disponga di tali pre-requisiti, infatti, risponde all'esigenza che gli enti cui viene attribuita la personificazione siano connotati da una propria individualità, siano, cioè, distinti dai soggetti individuali che li compongono.

Questi principi, condivisi dalle società di capitali con gli istituti delle associazioni e delle fondazioni²³, non solo circoscrivono la funzione dell'attribuzione della personalità giuridica a strumento di riconoscimento di realtà fattuali preesistenti ma, e soprattutto, legittimano la ricostruzione di una fondata ipotesi di esistenza di società di capitali, dotate di propria individualità, ancor prima dell'iscrizione nel registro delle imprese.

Sotto altro profilo, ma sempre nell'ambito dei principi sistematici che definiscono l'oggetto della presente indagine, va rilevato che le tesi che si pronunciano per l'inammissibilità di una società di capitali prima dell'iscrizione e, dunque, per l'assoluta inesistenza di tale fattispecie, sottovalutano di considerare che la complessità che connota il concetto di personalità giuridica si esprime anche attraverso la sua graduabilità, che tradizionalmente induce a distinguere dalla «soggettività giuridica» che caratterizza enti, quali

²² Così M. BASILE e A. FALZEA, *Persona giuridica*, cit., 249 ss., per i quali «è legittimo ritenere che il riconoscimento di un ente ne prosegua la vita senza soluzione di continuità e che, se una società di persone viene trasformata in una società di capitali, non si verifica estinzione dell'una e la creazione dell'altra, bensì la continuazione della prima in una nuova forma. Il pensiero tradizionale non manca, invece, di manifestare la sua forza di suggestione nella tendenza, diffusa nella cultura italiana, a ritenere che equivalga a costituire l'ente l'acquisto della personalità giuridica compiuto dalle società di capitali a seguito della registrazione. Si tratta, invero, di una tendenza che nel diritto positivo non trova sostegni così sicuri come farebbe pensare l'ampiezza della sua diffusione; e che, inoltre, contrasta con quanto accade nella grande maggioranza degli altri Paesi, dove le società di capitali nascono subito dopo la stipula dell'atto costitutivo, quindi prima dell'adempimento delle formalità pubblicitarie cui è subordinato l'acquisto della personalità».

²³ Si pensi ai problemi legati alla trascrizione degli acquisti immobiliari in favore delle associazioni e delle fondazioni, pienamente ammissibile. In tal senso, cfr.: L. CAROTA, *Gli acquisti immobiliari delle associazioni non riconosciute e delle società di persone*, in *Contr. e impr.*, 1985, 840 ss.; F. GALGANO, *Associazioni non riconosciute. Comitati*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1976, 206 ss.; G. MARCONDA, *L'acquisto immobiliare da parte delle associazioni non riconosciute*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 13 ss.; M. GRAZIADEI, *Acquisto per conto di un comitato non riconosciuto e dissociazione della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 119 e 134.

le associazioni e le società di persone, pacificamente considerati autonomi soggetti di diritto, distinti dai propri membri. In questa accezione, del tutto plausibile sembrerebbe riconoscere alla società non ancora iscritta la qualifica di autonomo centro di imputazione, dotato, pertanto, di una propria, distinta soggettività.

Peraltro, che tale impostazione possa considerarsi fondata appare confermato anche dal regime che disciplina la trascrizione delle immobili oggetto di conferimento, da parte del socio, alla società di capitali non ancora iscritta. Ebbene, in tal caso, la trascrizione è operata fin da subito con l'annotazione in favore della società in formazione che, pertanto, acquista immediatamente anche la titolarità, oltre che la disponibilità, del bene²⁴. Titolarietà che, tuttavia, rimane condizionata, risolutivamente, alla mancata iscrizione nel registro delle imprese²⁵.

L'attendibilità della tesi che sembra garantire un qualche spazio di agibilità alla figura della società di capitali «prima dell'iscrizione» sembra pure rilevarsi rispetto ad altro profilo, fondato sulla ricognizione degli interessi che costituiscono oggetto della norma che è alla base delle tesi favorevoli all'inammissibilità della società di capitali «prima dell'iscrizione», ovvero l'art. 2331, co. 2, c.c. Secondo autorevole dottrina²⁶, infatti, a fondamento della responsabilità di chi agisce in nome della società «prima dell'iscrizione» e che escluderebbe quella, concorrente, della società non iscritta, determinandone l'inammissibilità, vi sarebbe la necessità di contemperare tre distinti interessi: a) l'interesse a che i valori conferiti in società non risultino pregiudicati da attività compiute prima che sia completato il procedimento costitutivo e, quindi, prima che siano state esperite tutte le misure volte a garantirne la reale consistenza; b) l'interesse, per converso, a non ostacolare oltre il dovuto lo svolgimento di attività giuridicamente e/o economicamente utili o necessarie per la successiva proficua gestione dell'impresa sociale; c)

²⁴ Così, Trib. Napoli, 21 dicembre 2006, in *Banc. bor. e tit. cred.*, 2009, II, 89 ss., con nota di Beltrami.

²⁵ Così, M. SEPE, *sub art. 2331 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004, 81, nota 17. Per G.B. PORTALE, *Conferimenti in natura*, cit., 58 ss., dall'efficacia reale immediata riconosciuta alla stipulazione dell'atto costitutivo deriverebbe l'immediata trascrivibilità in favore della società dei beni conferiti prima dell'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese, dandosi comunque atto, nella nota di trascrizione, della non ancora intervenuta iscrizione della società. In tal senso anche A. PAVONE LA ROSA e A. NIGRO, *Il procedimento*, cit., 430, nota 206.

Per F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, sub artt. 2643-2645 bis*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1998, 290 ss., se si guarda alla sostanza del fenomeno, si comprende come ciò che va trascritto è l'effetto di indisponibilità che consegue al trasferimento del bene: quindi, certamente la trascrizione va fatta subito contro il conferente, e non si vede motivo per non farla a favore della società, avvertendo nella nota di trascrizione della non ancora avvenuta iscrizione della società. Se questa avviene, se ne farà menzione nella nota. Diversamente, si annoterà la mancata iscrizione che farà venir meno anche i conferimenti.

Sul punto, cfr. M. RUBINO DE RITIS, *Gli acquisti immobiliari delle società di capitali prima dell'iscrizione nel registro delle imprese*, cit., 602 ss.

²⁶ C. ANGELICI, *La costituzione*, cit., 267.

l'interesse, infine, dei soci, quale si esprime fin dalla scelta del tipo società per azioni o società a responsabilità limitata, alla limitazione del rischio.

E, tuttavia, proprio la tutela dei predetti interessi non solo non sembra ostare alla configurabilità di una società di capitali «prima dell'iscrizione» ma, anzi, pare proprio che tale fattispecie possa valorizzare, se non esaltare, quella tutela. Difatti, quanto all'interesse sub a), non vi è dubbio che una proficua attività di gestione dei beni oggetto di conferimento dei soci, da parte degli amministratori della società prima dell'iscrizione, sarebbe il modo migliore e, talvolta, l'unico, di mantenere inalterata la consistenza patrimoniale del bene conferito. E se ciò è di plastica evidenza nell'ipotesi di un conferimento avente ad oggetto un'azienda o, più in generale, un bene immobile, che necessitano di una proficua e competente attività di gestione e/o manutenzione, allo stesso principio risponde la tutela del valore di un eventuale credito che sia oggetto di conferimento, che potrebbe necessitare, ai fini di evitare un mutamento negativo in termini di consistenza e di esigibilità, di immediate azioni, di ordine processuale e non. Allo stesso modo, quanto all'interesse sub b), è proprio l'esistenza e l'operare di una società «prima dell'iscrizione», dotata di soggettività e di autonomia patrimoniale, e dei suoi amministratori (caratterizzati da specifica competenza e forti dei poteri attribuiti loro dalla legge), a poter garantire, più e meglio dei meri soggetti agenti in suo nome, eventualmente estranei alla compagine sociale, lo svolgimento di fatti giuridicamente e/o economicamente utili o necessari per lo svolgimento della successiva attività economica. Del pari, quanto all'interesse sub c), l'esistenza e la riconoscibilità di una società prima dell'iscrizione costituisce la immediata traduzione, formale e sostanziale, e fin dalla stipulazione dell'atto costitutivo, di quella originaria scelta dei soci di limitare la propria responsabilità patrimoniale con l'adozione del tipo delle società di capitali.

Anche quanto al profilo degli interessi, dunque, proprio la fattispecie della società di capitali «prima dell'iscrizione» sembra sia in grado di rappresentare, tutelando in modo certamente più soddisfacente, le istanze che sono alla base della tesi che tende a disconoscerne l'ammissibilità²⁷.

²⁷ Per E. SIMONETTO, *La nuova stesura dell'art. 2332 e la società di capitali irregolare*, cit. 344 ss., se dall'art. 2332, co. 1, c.c., si può desumere che è possibile iscrivere un contratto di società inesistente, ne deriva che la società esiste, opera e compie atti validi anche prima dell'iscrizione.

L'efficacia degli atti compiuti anteriormente all'iscrizione, afferma l'autore, non può dipendere dall'iscrizione della società, in quanto essi sono atti compiuti per un'entità ormai già da prima costituita ed esistente, almeno «di fatto» e a carico di un patrimonio ormai costituito a tutela dei terzi da un lato, e per svolgere il programma sociale, dall'altro.

Se, addirittura, prosegue l'autore, la mancanza dell'atto costitutivo è indifferente ai fini della sanabilità, a maggior ragione il difetto di mera iscrizione può e deve essere posto sullo stesso piano e non deve essere di ostacolo alla sanabilità medesima, sempre che si vogliano mantenere gli equilibri interpretativi e la scala di gravità nel difetto dei requisiti essenziali alla piena esistenza degli organismi sociali di forma capitalistica.

Sul punto, osserva ancora P. GUIDA, *Società di capitali irregolare*, cit., 511, che la previsione dell'art. 2332, ultimo comma, c.c., che consente l'eliminazione delle cause di nullità di una s.p.a. per effetto di una modificazione dell'atto costitutivo iscritta nel registro delle imprese, sancisce il principio per cui una società nulla può adottare delibere valide

4. Come detto, la formulazione dell'art. 2331, co. 1, c.c., non è sostanzialmente mutata a seguito della riforma delle società di capitali del 2003. Rimane, perciò, confermato il principio per il quale la società assume personalità giuridica con l'iscrizione nel registro delle imprese. È da questa lapidaria affermazione che, dunque, traggono origine le posizioni, tuttora maggioritarie, che legano indissolubilmente l'esistenza in vita della società di capitali all'adempimento dell'onere pubblicitario.

Tale assunto, poi, sembrerebbe essere confermato dalla nuova formulazione dell'art. 2495 c.c. che, in assoluto parallelismo con la previsione dell'art. 2331, co. 1, c.c., attribuisce capacità estintiva dell'ente societario all'atto di cancellazione della società dal registro delle imprese, con ciò ponendo fine ad una diatriba aperta in epoca pre-riforma e relativa all'individuazione del momento in cui una società di capitali cancellata dal registro delle imprese potesse considerarsi estinta²⁸. Difatti, nonostante il chiaro dettato normativo precedente, la giurisprudenza maggioritaria ha sempre ritenuto ancora in vita la società cancellata fino a che residuassero dei rapporti attivi e passivi non ancora definiti. Con esemplare efficacia, dunque, il legislatore sembra attribuire oggi, in logica simmetria, efficacia costitutiva tanto all'iscrizione quanto alla cancellazione della società di capitali dal registro delle imprese.

Tuttavia, questa lineare ricostruzione necessita di essere posta al vaglio e al raffronto con la norma che disciplina il fallimento dell'imprenditore cessato. Ciò in quanto l'art. 10 della legge fallimentare, nella versione in vigore a seguito della riforma del 2006-2007, stabilisce che gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo²⁹. La norma, che disciplina l'ultrattività (limitata ad un anno) della qualità di imprenditore commerciale ai fini della assoggettabilità al fallimento, è espressione di un principio che,

al fine di salvaguardare l'organismo sociale. Ne conseguirebbe che, se la società può sanare la mancanza dell'atto costitutivo, può andare oltre la incapacità dei suoi fondatori e, in seguito ad una delibera assembleare, può far sue tutte le operazioni eseguite in suo nome senza bisogno di ulteriori ratifiche, non si vede come il difetto di iscrizione possa essere assunto ad ostacolo insormontabile per affermare l'esistenza della società stessa. Bisogna, perciò, ritenere che, a tal proposito, non è l'iscrizione a far nascere la società, bensì la semplice formazione di un organismo avente determinate caratteristiche.

²⁸ Osserva M. VAIRA, *sub art. 2495 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, 3, Bologna, 2004, p. 2144, che la norma precisa che la cancellazione della società ha effetti costitutivi e determina l'estinzione, *ipso facto*, della società, simmetricamente a quanto accadde nel momento iniziale dell'iscrizione, ove al deposito dell'atto costitutivo ad opera del notaio consegue l'acquisto della personalità giuridica. Non potranno, perciò, afferma l'autore, più essere condivise quelle impostazioni che distinguevano tra un'estinzione formale e un'estinzione sostanziale della società, in quanto è l'iscrizione del provvedimento di cancellazione nel registro delle imprese a segnare il momento finale della vita della società. Né alcun rilievo, a tal proposito, potranno avere la sopravvivenza o la sopravvenienza di attività o passività. La cancellazione diviene, perciò, condizione necessaria e sufficiente dell'estinzione.

In giurisprudenza, affermano la natura costitutiva della cancellazione della società di capitali dal registro delle imprese: Cass. Sez. Unite, 22 febbraio 2010, nn. 4060, 4061, 4062, in *banca dati dvd Juris data*.

in sede concorsuale, trova conferma anche nelle previsioni degli artt. 11 e 147 della legge fallimentare, che disciplinano, rispettivamente, il fallimento dell'imprenditore defunto (entro un anno dalla data del decesso) ed il fallimento, per estensione da quello sociale, dei soci illimitatamente responsabili (a far data dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata, anche in caso di trasformazione, fusione o scissione, se sono state rese osservate le formalità atte a rendere tali fatti noti ai terzi).

Secondo la posizione maggioritaria in dottrina²⁹, l'ultrattività della qualità di imprenditore commerciale in capo al soggetto non più «esistente» a seguito della cancellazione dal registro delle imprese, sarebbe ispirata alla necessità di contemperare l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici con l'esigenza di assicurare tutela effettiva ai creditori dell'imprenditore insolvente. In tal senso, anche la giurisprudenza costituzionale³¹ ha affermato che consentire il fallimento di soggetti non più esistenti (siano essi l'imprenditore estinto o defunto) tende ad evitare che la tutela dei creditori, assicurata dalla procedura fallimentare, rimanga frustrata in quanto rimessa alla volontà di chi vi è sottoposto o, più banalmente, alla casualità. Tuttavia, sia che si consideri la norma come eccezione alla regola della fallibilità di chi eserciti l'attività d'impresa, a lui formalmente imputabile, al momento della dichiarazione di fallimento, sia che si acceda alla tesi per la quale gli artt. 10 e 11 della legge fallimentare rappresentano un'ipotesi di «fallimento senza fallito»³² o, in altri termini (utilizzati per il fallimento dell'imprenditore defunto, ma estensibili anche all'imprenditore cessato per l'identità della situazione giuridica regolata), di soggettivizzazione *ex lege* del patrimonio³³ a seguito dell'estinzione formale del soggetto che eserciti l'attività d'impresa, non v'è dubbio che la norma disciplini forme di responsabilità patrimoniale

²⁹ In tal senso, da ultimo, Cass., 10 aprile 2012, n. 5655, in *banca dati dvd Juris data*.

³⁰ F. LAMANNA, *sub art. 10 l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, 261, ove ulteriori riferimenti.

³¹ Corte Costituzionale, n. 319/2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2723 che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 l.f. nella parte in cui prevedeva che il termine annuale per la dichiarazione di fallimento di un'impresa collettiva decorresse dall'effettiva cessazione dell'impresa (e quindi dalla liquidazione di tutti i rapporti facenti capo alla società), ha affermato il principio secondo cui il *dies a quo* per la decorrenza del termine annuale di cui all'art. 10 l.f. deve essere, invece, individuato, per le società commerciali (senza distinzioni tra società di capitali e società di persone), nella cancellazione della società dal registro delle imprese, quale unico evento idoneo e sufficiente a rendere l'estinzione della società efficace nei confronti dei terzi.

In tal modo, ad una regola fondata su un principio di effettività, se ne è sostituita una basata sulla prevalenza del dato formale, ritenuta maggiormente in linea con l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici.

Con due successive ordinanze interpretative di rigetto, la n. 361 del 7 novembre 2001, in *Fall.*, 2002, 1042 e la n. 131 del 22 aprile 2002, in *Foro it.*, 2001, I, 1563, la Corte Costituzionale aveva poi affermato il principio per il quale il termine annuale di fallibilità dall'iscrizione della cessazione nel registro delle imprese dovesse riguardare anche gli imprenditori individuali.

³² R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, I, 417; G.P. SAVI, *Il fallimento dell'imprenditore defunto*, Milano, 1976, 282 ss.

³³ A. NIGRO, *sub art. 11 l.f.*, in AA.Vv., *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Sandulli, Santoro e Nigro, I, Torino, 2010, 63 ss.

di un soggetto non più esistente a seguito dalla cancellazione dal registro delle imprese.

Si verifica qui, in sostanza, proprio quanto la tesi che sostiene l'inammissibilità dell'esistenza di una società di capitali «prima dell'iscrizione» tende a confutare.

Esigenze di tutela dei terzi, dei creditori in particolare, consentono, cioè, ad un soggetto formalmente estinto, di conservare, ben oltre la cancellazione dal registro delle imprese, quella «soggettività» necessaria a renderlo suscettibile di fallimento. Ad accertarne l'insolvenza³⁴ e a dichiararlo, cioè, fallito, in perfetta conformità e in ossequio al presupposto richiesto dall'art. 1 della legge fallimentare, ovvero la natura di imprenditore commerciale del soggetto sottoposto alla procedura concorsuale.

Si sostanzia, perciò, una situazione che è perfettamente speculare a quanto teorizzato dai sostenitori dell'esistenza di una società di capitali «prima dell'iscrizione». Con la differenza che, nell'ipotesi del fallimento dell'imprenditore cessato, essa si verifica *dopo* la cancellazione della società al registro delle imprese, mentre la fattispecie della società di capitali «prima dell'iscrizione» si realizza, appunto, *prima* di adempiere agli oneri pubblicitari previsti dalla legge.

Non vi è, pertanto, ragione alcuna per disciplinare in modo differente situazioni fattuali e giuridiche che presentano identità di presupposti e di elementi costitutivi e, perciò, non sembra infondato ipotizzare che quella «soggettività» riconosciuta all'imprenditore collettivo formalmente estinto a seguito della cancellazione, possa, simmetricamente, essere riconosciuta, per i medesimi principi, interessi e tutele, anche all'ente societario in formazione, che non abbia, cioè, ancora conseguito il «riconoscimento» rappresentato dall'attribuzione della personalità giuridica, che consegue all'iscrizione nel registro delle imprese.

5. Il riconoscere, dunque, l'ammissibilità della fattispecie della società di capitali «prima dell'iscrizione» induce, per conseguenza, a risolvere positivamente, con gli adattamenti dovuti³⁵, il quesito dell'applicabilità a tale ente

³⁴ Osserva G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. XI, t. 2, AMBROSINI, CAVALLI e JORIO, *Il fallimento*, Padova, 2009, 68, che la possibilità di assoggettare a fallimento l'imprenditore cessato sottintende, di norma, che l'insolvenza investa i debiti contratti per l'esercizio dell'impresa. L'art. 10 l.f., parlando di manifestazione anteriore, considera, anzitutto, il caso che l'imprenditore fosse già insolvente al momento della cessazione. La legge, tuttavia, ammette che l'insolvenza si possa manifestare anche nell'anno successivo per effetto di eventi sopravvenuti, senza imporre che tali eventi siano necessariamente riferibili alla pregressa attività imprenditoriale. Ciò induce a ritenere, prosegue l'autore, che l'incapacità di adempiere regolarmente possa essere originata tanto da fattori collegati alla passata gestione, quanto da comportamenti successivi che con tale gestione non hanno nulla a che fare. Ne consegue che l'affermazione per la quale l'insolvenza deve essere determinata da obbligazioni assunte per l'esercizio dell'impresa appare corretta solo se intesa nel senso che il fallimento non può essere pronunciato allorché tutte le obbligazioni relative alla gestione imprenditoriale siano state soddisfatte e l'inadempimento dell'ex imprenditore riguardi esclusivamente obbligazioni civili successivamente assunte.

³⁵ In particolare, è chiaro che la natura «irregolare» della società non consentirà di estendere al caso di specie la disciplina «formale» del procedimento di liquidazione, con-

delle norme dettate dagli artt. 2484 e ss. in tema di scioglimento delle società di capitali³⁶. Applicabilità che il Tribunale di Napoli ha, nella sentenza in commento, negato, sull'assunto della impossibilità di consentire l'ingresso, nel nostro ordinamento, ad un soggetto giuridico identificato in siffatti termini.

L'assenza, nella fase di pre-iscrizione, di una struttura corporativa attiva, infatti, non pare essere un ostacolo insormontabile a rendere operative le norme in tema di scioglimento delle società di capitali anche in relazione alla fattispecie della società «prima dell'iscrizione»³⁷. E ciò in quanto l'atto costitutivo, già efficace al momento della stipulazione, ha in sé tutti gli elementi necessari a consentire all'organo giudiziario di emettere un provvedimento che renda dinamica una situazione di fatto che, a quella data, risulta cristallizzata nel contenuto, sino a quel momento meramente «programmatico», dell'atto costitutivo.

In particolare, essendo gli organi societari già stati nominati, nulla osta a che il Tribunale ne possa sollecitare l'operatività ai fini di consentire l'attivazione, nei limiti delle competenze di ciascuno di essi, del procedimento di liquidazione.

Tuttavia, anche l'adesione all'opposta prospettiva del disconoscimento dell'ammissibilità della società di capitali «prima dell'iscrizione» non sembra precludere la possibilità che il patrimonio oggetto dei conferimenti dei soci, nella fase transitoria, possa essere soggetto alle norme in tema di liquidazione delle società di capitali. Ovviamente, presupposto di tale affermazione è, appunto, la circostanza per la quale i conferimenti non possano già definirsi nella titolarità della società e, dunque, qualificare l'ente nella sua soggettività. E con l'ulteriore avvertenza che non pare potersi recepire l'orientamento per il quale la fattispecie della società «prima dell'iscrizione» non potrebbe trovare ingresso nell'ordinamento in quanto mancante di un patrimonio di cui potrebbe legittimamente disporre³⁸.

sistente nel deposito e nell'iscrizione degli atti di liquidazione nel registro delle imprese. E, tuttavia, tale adattamento è, da un lato, conforme al principio per cui sarebbe irragionevole consentire all'ente non registrato di godere dei benefici, nei confronti dei terzi, propri della pubblicità commerciale e, dall'altro, trova esatta corrispondenza in quanto già avviene nelle società in nome collettivo irregolari, il cui procedimento di liquidazione è sottratto agli adempimenti formali conseguenti alla registrazione.

³⁶ In tal senso, A.A. DOLMETTA, *sub artt. 2333-2336 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004, 125.

³⁷ Per F. TASSINARI, *sub art. 2331 c.c.*, cit., 68, l'acquisto della personalità giuridica significa solo l'applicabilità dell'intera disciplina della società di capitali, che spazia dalla specialità della declaratoria di nullità, alle regole di funzionamento dell'organizzazione corporativa, fondate sul funzionamento di organi sociali considerati autonomamente rispetto alle persone dei soci fondatori, passando attraverso le regole in tema di circolazione della partecipazione sociale e di modificazioni dello statuto sociale. Ne consegue, aggiunge l'autore, che alla società di capitali in attesa di iscrizione, in quanto società ancora priva della personalità giuridica, ma già esistente in termini fattuali (perché è già stato stipulato l'atto costitutivo), si applicherebbe soltanto la disciplina della società come contratto, e non anche la disciplina della società come organizzazione.

³⁸ Per A. PAVONE LA ROSA e A. NIGRO, *La società per azioni non iscritta*, cit., 430, dal coordinamento delle disposizioni contenute nell'art. 2331, 2° e 4° comma c.c., sembra emergere in modo abbastanza chiaro la *ratio* che ispira la disciplina della società non

Per tale posizione, infatti, tutti i conferimenti sarebbero indisponibili da parte degli amministratori che, perciò, non potrebbero gestirli fino all'iscrizione della società nel registro delle imprese. Tale impostazione, però, se trova immediato riscontro nella previsione dell'art. 2331, co. 4, c.c. in tema di versamenti in danaro (che l'istituto di credito non potrà consegnare agli amministratori prima dell'avvenuta iscrizione della società), non è suscettibile di applicazione generalizzata. Come già evidenziato in precedenza, basti pensare all'ipotesi che oggetto del conferimento sia un'azienda attiva o, più semplicemente, un immobile produttivo di redditi, per concludere che il principio di indisponibilità del patrimonio conferito non possa costituire criterio generale³⁹. È, perciò, nel rilevare come, a seguito del conferimento, il bene oggetto del medesimo non può, come effetto minimo, che entrare nella immediata disponibilità della società, sia pure non nella sua titolarità, pare fondato ritenere che quei beni conferiti costituiscano, sino all'iscrizione della società, un patrimonio separato da quello dei soci e da essi destinato all'esercizio dell'attività economica che costituisce l'oggetto sociale previsto nell'atto costitutivo⁴⁰.

Da questa prospettiva, la situazione fattuale evidenziata presenta stringenti analogie proprio con il fenomeno dei patrimoni destinati⁴¹ disciplinato dagli artt. 2447 *bis* e ss. c.c. In entrambi i casi, si tratterebbe di patrimoni privi di distinta soggettività rispetto ai soggetti «conferenti» (società e soci), funzionalmente destinati ad uno scopo che, nella fattispecie tipica del patrimonio destinato è determinato nella delibera del consiglio di amministrazione⁴² e che, nell'ipotesi della società «prima dell'iscrizione», trova la sua

iscritta. L'esigenza prioritaria che si è inteso soddisfare è quella di garantire l'indisponibilità dei beni apportati alla società finché questa non venga ad esistenza. E ciò sia nell'interesse della stessa società, alla quale deve essere assicurata l'integrità del patrimonio nel momento in cui, debitamente iscritta, essa dia inizio alla propria attività; e sia nell'interesse dei soci conferenti, che devono poter recuperare per intero gli apporti eseguiti qualora l'organismo societario, per qualsiasi ragione, non venga ad esistenza.

³⁹ Per i sostenitori della società prima dell'iscrizione, il passaggio della proprietà dei beni conferiti alla società si realizza contestualmente all'esecuzione del conferimento. Così, G.B. PORTALE, *Conferimenti in natura*, cit., 36 ss.; ID., *Principio consensualistico e conferimento dei beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, 927 ss. Su questa linea anche coloro i quali sono favorevoli all'operatività del principio consensualistico, ex art. 1376 c.c., nelle società di capitali. Tra i molti, O. CAGNASSO, *Problemi interpretativi in tema di garanzia e rischi dei conferimenti in natura*, in *Riv. soc.*, 1974, 753 ss.; V. MENESINI, *Sulla società per azioni prima dell'iscrizione*, cit., 886 ss.

⁴⁰ Riconosce, nella fase fino all'iscrizione, l'esistenza di una società «come patrimonio», F. TASSINARI, *sub art. 2331 c.c.*, cit., 76.

⁴¹ Per P. SPADA, *Tipicità*, cit., p. 445 ss., la stipula dell'atto costitutivo genera dei limitati effetti reali, quali la sussistenza di un patrimonio destinato al soddisfacimento di alcune obbligazioni, quali quelle assunte da coloro che hanno agito in nome della società prima dell'iscrizione.

⁴² Non a caso, infatti, la delibera del c.d.a., istitutiva del patrimonio destinato, è considerata, sotto il profilo pratico e teorico, equivalente ad una modifica dell'atto costitutivo. In tal senso, Bellezza, *La questione dei patrimoni ed il loro preciso utilizzo*, in www.federnotizie.org/riforma, 1.

E la scelta di avere affidato la relativa competenza agli amministratori anziché all'assemblea straordinaria si spiega solo come espressione di una volontà di semplificazione, nell'abito di uno spirito che ha informato tutta la riforma delle società di capitali del 2003.

qualificazione nell'atto costitutivo della società⁴³. Nel caso della società per azioni prima dell'iscrizione, poi, sembra sussistere la principale caratteristica che definisce e connota il fenomeno della separazione patrimoniale, ovvero la destinazione di determinati beni al soddisfacimento di alcuni creditori soltanto (quelli, appunto, della società prima dell'iscrizione). Né osta a tale ricostruzione la circostanza per la quale l'assenza della personalità giuridica potrebbe rappresentare ostacolo insuperabile al fine di determinare il fenomeno della separazione patrimoniale, posto che la fattispecie del patrimonio separato è ritenuto compatibile, come è evidente proprio dalla disciplina dei patrimoni destinati di cui all'art. 2447 *bis* c.c., con situazioni che evidenzino una mera «soggettività»⁴⁴ del patrimonio medesimo, in grado di qualificarlo come centro di imputazione, quanto a responsabilità, dei rapporti patrimoniali che ne derivano⁴⁵.

Con il risultato che il patrimonio separato costituito dai soci, e rappresentato dai conferimenti effettuati nella società di capitali, del pari di quanto si verifica con il patrimonio destinato nella s.p.a., consente di realizzare l'effetto, per i soci, di limitare, già nella fase anteriore all'iscrizione dell'ente, la propria responsabilità patrimoniale e di porre in essere quegli atti d'impresa, prodromici, e necessari, rispetto al successivo esercizio continuativo dell'attività economica⁴⁶.

Così, G. MIGNONE, *sub art. 2447 bis - novies c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, 2, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004, 1635 ss.

⁴³ Parla di patrimonio autonomo o separato, G. AULETTA, *La forma*, cit., 130.

La nozione è ripresa da C. ANGELICI, *Società unipersonali: esperienza comparatistica*, in *Società*, 1993, 896.

Sul punto, non può affermarsi che, nel caso di specie, mancherebbe un vincolo di destinazione nel patrimonio costituito dai soci a mezzo dei conferimenti. Tale vincolo, infatti, sembra chiaramente definirsi in relazione alla destinazione funzionale dei beni che lo costituiscono, impressa dai soci nell'atto costitutivo, attraverso la previsione dell'oggetto sociale.

⁴⁴ Legato alla questione della imputabilità dei rapporti giuridici al patrimonio destinato è stato, infatti, il problema del nome da attribuirgli. Aspetto, questo, che la disciplina lascia insoluto ma che solitamente trova soluzione nella prassi, essendo inevitabile che, per la spendita del nome e per l'effettuazione delle iscrizioni e delle trascrizioni, il patrimonio destinato sia indicato in modo univoco. In tal senso, le considerazioni di F. DI SABATO, *Brandelli di esperienza (non del tutto negativa) di un aspirante legislatore*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di Benazzo, Patriarca e Presti, Milano, 2003, 319.

⁴⁵ In tal senso, L. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 284.

Sul tema della distinzione tra personalità e soggettività giuridica in materia societaria, G. MARASA', *Le società. 1. Società in generale*, in *Trattato Iudica - Zatti*, Milano, 2000, 116 ss.

⁴⁶ In tal senso, A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 564, il quale afferma che il patrimonio separato non determina un fenomeno di «impresa senza imprenditore», ma rappresenta una peculiare «forma di esercizio dell'impresa».

Per B. INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Contr e impr.*, 2003, 164, il fenomeno del patrimonio destinato deve essere riportato al generale principio della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. e si presenta quale quello del debitore che risponde alle proprie obbligazioni verso i creditori con il proprio patrimonio, ma a cui la legge riserva il privilegio di selezionare tra i diversi beni (o, meglio, tra i diversi

Non sembra infondato, allora, ipotizzare, per la fattispecie della società «prima dell'iscrizione», l'applicazione di quanto disposto dall'art. 2447 *novies* c.c. in tema di patrimoni destinati. Tale norma, infatti, prevede che, in caso di insolvenza del patrimonio destinato, i creditori ne possano chiedere la liquidazione da effettuarsi secondo le norme, in quanto compatibili, delle società di capitali⁴⁷.

È del tutto plausibile, infatti, che la società «prima dell'iscrizione» abbia posto in essere una serie di rapporti giuridici con i terzi, conseguenza diretta della necessità di gestire il patrimonio e di rendere concreto il successivo esercizio dell'attività d'impresa, che abbiano condotto all'assunzione di obbligazioni o che, comunque, abbiano comportato un mutamento, qualitativo e/o qualitativo, della sua originaria consistenza e la cui disciplina, perciò, non può essere più essere circoscritta alla mera restituzione dei conferimenti effettuati, come sarebbe in virtù della previsione dell'art. 2331, co. 4, c.c., ma necessita dell'applicazione delle regole, più complesse e articolate, in tema di liquidazione delle società in capitali, atte a garantire criteri e modalità più certi e rigorosi nell'accertare l'effettiva consistenza del patrimonio separato, soddisfare i creditori e, solo come atto finale, procedere alla restituzione dei conferimenti effettuati.

IV. LA MASSIMA. *«Non è consentito accertare giudizialmente la sussistenza e, per l'effetto, dichiarare lo scioglimento e la liquidazione, di un ente, costituito nella forma di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata, che non sia iscritto nel registro delle imprese ed in difetto della prescritta autorizzazione all'esercizio dell'attività, rilasciata dalla Banca d'Italia».*

assets che compongono il patrimonio), alcuni destinati alla soddisfazione solo di una determinata categoria di creditori.

⁴⁷ Per G. MIGNONE, *sub artt. 2447 bis - novies c.c.*, cit., 1664, l'espresso rinvio alla disciplina societaria in tema di liquidazione del patrimonio destinato importa che, su richiesta dei creditori, gli amministratori o, in caso di loro inerzia, il giudice, debbano convocare l'assemblea straordinaria per la nomina dei liquidatori (in applicazione estensiva dell'art. 2487 c.c.); tale nomina dovrà essere iscritta nel registro delle imprese ex art. 2487 bis c.c. e i liquidatori svolgeranno il loro incarico redigendo bilanci annuali «in fase di liquidazione», come prescritto dall'art. 2490 c.c. Al termine del loro compito, i liquidatori del patrimonio destinato redigeranno un rendiconto finale (corrispondente al bilancio finale di liquidazione di cui all'art. 2492 c.c.) e lo depositeranno presso il registro delle imprese, facendo decorrere il termine trimestrale per la sua impugnazione (in applicazione dell'art. 2493 c.c.). Approvato il rendiconto finale, i liquidatori, ex art. 2495 c.c., dovranno domandare l'annotazione presso il registro delle imprese della cessazione della separazione patrimoniale.