

# GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

Anno XXXV Fasc. 1 - 2008

Giampaolo Fernandez

---

## **LA SOGGETTIVITÀ GIURIDICA DELLA SOCIETÀ DI CAPITALI NON ISCRITTA NELLA COSTITUZIONE PER PUBBLICA SOTTOSCRIZIONE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

TRIBUNALE FERMO 26 gennaio 2006 (ordinanza) — SCOLARO *Giudice monocratico*  
— Francioni Fabio Massimo (avv. Sonnino e Torresi) c. Banca del Fermano - Credito Cooperativo - Società cooperativa (avv. Mazzoni)

**Società — Società per azioni — Iscrizione nel registro delle imprese — Operazioni in nome della società prima dell'iscrizione — Personalità giuridica — Soggettività — Società irregolare — Costituzione per pubblica sottoscrizione**  
(Codice civile, artt. 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2338).

*La società di capitali nella fase anteriore alla iscrizione nel registro delle imprese, pur non avendo ancora acquistato personalità giuridica, è soggetto giuridico, allo stato costituente un centro di imputazione giuridica, distinto, in caso di costituzione per pubblica sottoscrizione, dai promotori (').*

Come doverosa premessa, ritiene questo giudice che, ai sensi della nuova disciplina relativa al procedimento cautelare *ante causam* di cui agli artt. 23 e 24 del d. lgs. del 17 gennaio 2003, n. 5 (da ritenersi applicabile al caso di specie in virtù del disposto dell'art. 1, 1° comma, lett. b), del detto decreto), la cognizione delle domande cautelari deve essere affidata ad un giudice monocratico, indipendentemente dalla previsione della collegialità per la trattazione e la decisione del merito. A sostegno di tale tesi milita la circostanza che nel quinto capoverso dell'art. 23, il Legislatore delegato ha colto l'occasione di chiarire che "il tribunale — investito del reclamo — può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti": il riferimento al tribunale, quale giudice del reclamo, presuppone che sul ricorso abbia provveduto, evidentemente un giudice singolo.

Tanto premesso, deve osservarsi che parte ricorrente agisce in questa sede ai sensi della detta normativa invocando un provvedimento di sospensione — eventualmente ai sensi dell'art. 700 c.p.c. — degli effetti delle deliberazioni assunte dall'assemblea dei sottoscrittori della "Banca del Fermano — Credito Cooperativo" in data 8 giugno 2005, nonché dell'atto costitutivo sottoscritto all'esito di tale assemblea ai sensi dell'art. 2336 c.c.

Orbene, quanto alle osservazioni sul punto di parte resistente, da un lato deve osservarsi che il soggetto citato in giudizio (Banca del Fermano — Credito Cooperativo) è stato correttamente individuato come soggetto giuridico passivamente legittimato (allo stato costituente un centro di imputazione giuridica, distinto da quello dei suoi promotori, pur non avente personalità giuridica), mentre dall'altro deve ritenersi che con il richiamo fatto dal ricorrente all'art. 700 c.p.c. lo stesso ha sufficientemente individuato lo strumento normativo di cui intende avvalersi in questa sede, in assenza di altri rimedi tipici.

Orbene, passando al merito della controversia, va considerato che l'odierno ricorrente, nel giudizio di merito, muove diverse doglianze nei confronti delle deliberazioni oggetto di impugnazione, doglianze così riassumibili:

- a) incetta di deleghe da parte del Comitato promotore per la partecipazione all'assemblea dei sottoscrittori con conseguente nullità ed inefficacia delle decisioni assunte per assenza del *quorum* costitutivo e conseguente mancanza dell'atto costitutivo;
- b) contraddittorietà dell'avviso di convocazione dell'assemblea dei sottoscrittori ed inconfigurabilità di una riunione in seconda convocazione, con conseguente inesistenza della società;
- c) adozione di decisioni che hanno modificato le condizioni già stabilite dal pro-

gramma con conseguente invalidità delle decisioni stesse per violazione dell'art. 2335, ultimo comma, c.c.;

d) illegittimità della decisione attinente la pretesa ineleggibilità dei non soci. Orbene, in questa sede cautelare, l'esame delle doglianze deve essere necessariamente circoscritto a quelle mosse sia in sede di merito che in questa sede atteso il necessario nesso di strumentalità che il provvedimento di urgenza deve avere con quello a cognizione piena. Inoltre, va ricordato che l'emanazione di un provvedimento cautelare *ex art. 700 cod. proc. civ.* presuppone l'esistenza sia del *fumus boni iuris* — cioè di una situazione che consenta di ritenere probabile l'esistenza della pretesa in contestazione —, sia del *periculum in mora* — cioè del pregiudizio grave ed irrevocabile per il ricorrente.

Tanto premesso, ritiene l'odierno giudice, che nel caso in esame vi sia sufficiente prova solo del primo dei detti requisiti.

In particolare, risultando nella presente fase sommaria sufficiente analizzare gli elementi su cui appare esservi un apprezzabile grado di verosimiglianza quanto al loro contrasto con norme di diritto, appare fondata la doglianza *sub c)*.

Infatti, deve notarsi che ai sensi dell'art. 2335 c.c. per modificare le condizioni stabilite nel programma è necessario il consenso di tutti i sottoscrittori. Orbene, considerato che ai sensi dell'art. 2333 c.c. "la società può essere costituita anche per pubblica sottoscrizione sulla base di un programma che ne indichi l'oggetto e il capitale, le principali disposizioni dell'atto costitutivo, l'eventuale partecipazione che i promotori si riservano agli utili e il termine entro il quale deve essere stipulato l'atto costitutivo", deve ritenersi, ai sensi degli artt. 2328 o 2518 c.c., che tra le principali disposizioni dell'atto costitutivo rientri anche la durata della società e che tale modifica non sia stata adottata con il consenso di tutti i sottoscrittori.

Tuttavia, giova ricordare che i provvedimenti di cautela atipica non sono chiamati a realizzare, nell'interesse della collettività, il fine generico di ripristinare la legalità violata o solo minacciata, ma quello specifico di assicurare in via provvisoria, a favore e nei confronti di determinate parti, gli effetti della decisione di merito che dovrà essere pronunciata tra le stesse parti all'esito del giudizio a cognizione piena, sul medesimo diritto e/o rapporto giuridico sostanziale oggetto del provvedimento cautelare. In particolare, il requisito del *periculum in mora* non può considerarsi, anche in relazione alle controversie in materia societaria, *in re ipsa* ma deve essere oggetto di rigoroso accertamento da parte del giudice della cautela che può ritenere la sussistenza solo in presenza di specifiche e concrete allegazioni. In altri termini la sussistenza di tale requisito deve essere verificata non in astratto ma in concreto e caso per caso in relazione all'effettiva situazione anche socio-economica dell'istante, donde la necessità per il ricorrente di allegazioni concrete e puntuali che permettano anche alla controparte l'effettiva difesa ed al giudice di operare una verifica finalizzata all'irrimediabilità della tutela di un pregiudizio concretamente e non astrattamente irrimediabile, considerando la sua attualità e gravità. E ciò in conformità con la straordinarietà del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* che la legge fornisce solo quando vi sia effettivo e non potenziale pericolo di grave ed irreparabile pregiudizio alla situazione giuridica azionata e che non può certo diventare il mezzo ordinario di risoluzione dei conflitti tra le parti con il rischio di non garantire più il rispetto dei principi costituzionali di difesa. In particolare la gravità ed irreparabilità del pregiudizio patrimoniale deve intendersi come pregiudizio non suscettibile di reintegrazione in forma specifica né risarcibile anche per equivalente, tale da non essere rimediabile con gli strumenti risarcitori esistenti capaci di ripristinare integralmente la situazione *quo ante*.

Nel caso in esame parte ricorrente deduce come *periculum in mora* la circostanza

che occorre evitare che la Banca d'Italia rilasci l'autorizzazione allo svolgimento dell'attività bancaria ad un'attività solo apparentemente costituita. Orbene, deve considerarsi che parte ricorrente deduce quale *periculum in mora* non un interesse proprio ed attuale, ma un interesse generale lamentando contestualmente un pericolo ipotetico.

Il ricorso va, dunque, rigettato.

Esistono giusti motivi per compensare le spese di lite relative alla presente fase incidentale.

P.Q.M. — Visti il d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 e l'art. 700 c.p.c.;

Rigetta il ricorso proposto da Francioni Fabio Massimo.

**(1) La soggettività giuridica della società di capitali non iscritta nella costituzione per pubblica sottoscrizione.**

SOMMARIO: 1. La decisione e i fatti salienti della vicenda. — 2. La condizione della società fra la stipula e l'iscrizione: rilevanza del problema e stato della dottrina. — 3. Riproposizione del problema: società di capitali e persona giuridica. — 4. Responsabilità per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione. — 5. Irriconducibilità degli atti compiuti in nome della società prima dell'iscrizione al soggetto di diritto sorto per effetto del contratto sociale. — 6. Il procedimento di costituzione per pubblica sottoscrizione. 7. *Segue*: L'assemblea dei sottoscrittori di seconda convocazione. — 8. *Segue*: Applicabilità della disciplina della rappresentanza azionaria di cui all'art. 2372 all'assemblea dei sottoscrittori.

1. Con la decisione in esame il Tribunale di Fermo ritiene che, per effetto della stipulazione del contratto costitutivo di una società di capitali, venga ad esistenza un soggetto di diritto il quale, ancorché sprovvisto della personalità giuridica — che acquista solo con l'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2331, 1° comma, c.c.) —, costituisce un centro di imputazione di situazioni soggettive autonome e distinto dai propri membri.

Il principio enunciato riporta all'attenzione la perdurante attualità del dibattito, apertosi all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, sulla qualificazione da dare alla società di capitali nella fase che intercorre fra la stipulazione dell'atto costitutivo e l'iscrizione nel registro delle imprese.

Com'è noto, fra le ricostruzioni proposte, l'orientamento che ha ottenuto maggiori consensi sia in dottrina (1) che in giurisprudenza (2) è quello per cui, venendo la società

(1) PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, Giuffrè, 1954, 333 ss.; ID., *Il registro delle imprese*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Buonocore, Torino, Giappichelli, 2001, 69 ss.; ID., *Comunione di azienda e società di capitali: ammissibilità di una trasformazione?*, in questa *Rivista*, 2005, I, 147 ss.; AULETTA, *La forma nel contratto di società di capitali*, in *Annali sem. giur. Univ. Catania*, 1946-1947, 127 ss.; MINERVINI, *Società per azioni (rassegna di diritto comparato italo-svizzero)*, *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.; MESSINEO, *Sulla pubblicità e l'irregolarità delle società commerciali*, in *Studi di diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 1958, 73; GRAZIANI, *Diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 1963, 284 ss.; ID., *Società per azioni*, in *Novissimo Dig. II*, XVII, Torino, UTET, 1970, spec. 587; RACUGNO, *La iscrizione della società per azioni nel registro delle imprese e le conseguenze della mancata iscrizione*, *Dir. e giur.*, 1968, 686; FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1972, spec. 92 s.; SPATAZZA, *Le società per azioni*, I, *Costituzione — Azioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigliani, Torino, UTET, 1972, spec. 94 s.; SPADA, *La tipicità*

di capitali ad esistenza solo nel momento in cui con l'iscrizione nel registro acquista la personalità giuridica, nelle fasi antecedenti a tale iscrizione non è configurabile una società di capitali "irregolare".

Pure è noto come all'orientamento dominante si sia contrapposta una parte minoritaria, benché assai autorevole, della dottrina<sup>(1)</sup>, cui hanno prestato adesione alcuni

---

delle società, Padova, CEDAM, 1974, 444 ss.; ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, passim; ID., *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 16, UTET, Torino, 1985, 265 ss.; ID., *Società prima dell'iscrizione e responsabilità di "coloro che hanno agito"*. *Giurisprudenza tedesca e diritto italiano*, Milano, 1998, con recensione di Pavone La Rosa, in *Riv. soc.*, 1999, I, 194 ss.; 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*<sup>3</sup>, in *Trattato di diritto civile*, fondato da Vassalli, X, 3, Torino, UTET, 1987, 882 ss.; ID., *Società per azioni*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1987, spec. 16; ID., *Manuale di diritto commerciale*<sup>2</sup>, Torino, UTET, 2005, 307; SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1984, 67 ss.; MARCHETTI, D. p. r. 10 febbraio 1986, n. 30. *Commentario a cura di Marchetti*, in *N. leggi civ.*, 1988, 1 ss.; RUBINO DE RITIS, *Gli acquisti immobiliari delle società di capitali prima dell'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 1993, 602 ss.; 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.; FRÈ e SBISÀ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1997, 90; FERRARA jr. e CORSI, *Gli Imprenditori e le società*<sup>15</sup>, Milano, Giuffrè, 2006, spec. 367 e 387; RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società, II, Nuovo diritto societario*, Padova, CEDAM, 2003, 255 ss.

Con riferimento alla normativa vigente dopo la riforma del diritto societario di cui al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6: PAVONE LA ROSA e NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, 1\*, Torino, UTET, 2004, 423 ss.; GALGANO e GENGHINI, *Le nuove società di capitali e le cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, Padova, CEDAM, 2003, 98; G. F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società per azioni*, in *Società*, 2003, 290 ss.; ID., *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*<sup>6</sup>, Torino, UTET, 2006, 174 ss.; CALVOSA, *Costituzione*, in AA. VV., *Diritto delle società — Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2006, 371 ss.; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2003, 158; TASSINARI, *sub art. 2331*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, CEDAM, 2004, 65 ss.; BERTUZZI, *sub art. 2331*, in BERTUZZI, MANFEROCE e PLATANIA, *Società per azioni. Costituzione, patti parasociali, conferimenti (artt. 2325-2345 c.c.)*, Milano, Giuffrè, 2003, 84; SEPE, *sub art. 2331*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, Jovene, 2004, 78.

(<sup>2</sup>) Cass., 25 marzo 1954, n. 861, in *Dir. fall.*, 1954, II, 353 ss. secondo cui "la società in difetto dell'iscrizione non esiste neppure come una società di capitali irregolare". Nello stesso senso, cfr., *ex multis*: App. Milano, 11 febbraio 1955, in *Foro it.*, 1955, I, 1200 ss.; Cass., 28 luglio 1956, n. 2940, in *Foro it.*, 1956, I, 1804 ss.; Cass., 24 settembre 1956, n. 2940, in *Foro it.*, 1956, I, 1800 ss.; Cons. Stato, 24 ottobre 1967, n. 636, in *Foro amm.*, 1967, I, 2, 1335; Trib. Venezia, 7 giugno 1983, in *Società*, 1984, 42 ss.; Trib. Udine, 22 dicembre 1983, in *Società*, 1984, 451 ss.; Cass., 16 giugno 1990, n. 6080, in *Foro it.*, 1991, I, 2481 ss., con nota di TEDESCHI, in *Giust. civ.*, 1991, I, 377 ss., con nota di SANTARSIERE e in *Dir. fall.*, 1990, II, 1371, con nota di RAGUSA MAGGIORE; 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, 288 ss., con nota di CHESSA; Cass., 5 giugno 1999, n. 5533, in questa *Rivista*, 2000, II, 326 ss., con nota di RIGHINI, in *Riv. not.*, 1999, 1586 ss. con nota di SARTORE e in *Vita not.*, 2000, 1004; Cass., 13 maggio 2004, n. 9099, in banca dati *Juris data*.

(<sup>3</sup>) OPO, *Contratti parasociali*, Milano, Vallardi, 1942, 20 ss.; ID., *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, in particolare 109 ss.; ID., *Diritto delle società e attuazione della II Direttiva Cee: Il decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistema-*

esigui interventi giurisprudenziali<sup>(4)</sup>, secondo la quale nel sistema normativo introdotto dal nostro codice, così come già avveniva sotto il cod. comm. del 1882, la società per azioni nasce immediatamente per effetto della stipulazione dell'atto costitutivo, pur completando il suo procedimento formativo e acquistando la personalità giuridica solo successivamente, con l'iscrizione nel registro delle imprese.

La decisione in rassegna, le cui conclusioni sembrano condivisibili, si segnala, dunque, per la sua originalità, avendo ritenuto, in aperta rottura con le precedenti pronunzie giurisprudenziali<sup>(5)</sup> e con la dottrina largamente prevalente, che la società di capi-

tici, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 568 ss. (i tre lavori si trovano ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, *Diritto delle società*, Padova, CEDAM, 1992, rispettivamente a 1 ss., 195 ss., e 440 ss.); PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1943, specialmente 115 e 128; *Id.*, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1957, 197 ss.; GUIDINI, *Il registro delle imprese*, Milano, Giuffrè, 1943, 78 ss.; MENESINI, *Sulla società per azioni prima dell'iscrizione*, in *Studi in memoria di D. Petitti*, II, Milano, 1973, 875 ss.; SIMONETTO, *La nuova stesura dell'art. 2352 e la società di capitali irregolare*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 537 ss.; *Id.*, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1976, 17 ss. e in particolare 69 ss.; LEVI, *Sulla assoggettabilità a fallimento di società di capitali non iscritte*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 15 ss.; BASILE e FALZEA, *Persona giuridica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, 254 ss.; GUIDA, *Società di capitali irregolare: prospettive nuove per un vecchio problema*, nota a Trib. Trieste, 16 gennaio 1982, 12 febbraio 1982 e 20 luglio 1982, in *Riv. not.*, 1983, 508 ss.; *Id.*, *Riflessi del nuovo articolo 2351 del codice civile*, in *Not.*, 2003, 419 ss.; TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, CEDAM, 1985, 221 ss.; SANNA, *La società di capitali non iscritta alla luce della riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, spec. 687 e 688.

<sup>(4)</sup> App. Milano, 22 dicembre 1951, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 346 ss.; Cass., 11 marzo 1995, n. 2817, in *Società*, 1995, 1297 ss., con nota di IANNELLO e MONTESANO, secondo la quale la società acquista i beni che ad essa sono conferiti in sede di costituzione "in forza e per l'effetto dell'originario atto, alla cui data ha già la veste di soggetto dell'ordinamento (pur se allo stato privo di personalità)". Per alcune considerazioni su tale decisione, v. *infra* alla nota successiva.

<sup>(5)</sup> Cass., 22 novembre 1996, n. 10359, per ammettere la revocabilità dell'atto di conferimento di beni effettuato in sede di costituzione della società, non fonda il proprio percorso argomentativo sulla soggettività della società non ancora iscritta, che anzi viene espressamente negata in quanto "in quel momento la società, come soggetto giuridico, non è ancora venuta in esistenza". Ma argomenta in base alla *ratio* dell'azione revocatoria — pacificamente individuata nell'esigenza di salvaguardare l'interesse del creditore all'integrità della propria garanzia patrimoniale.

È, tuttavia, il caso di ricordare che la S. C. nella sentenza 11 marzo 1995, n. 2817 (nt. 4), pronunciandosi sulla medesima fattispecie — peraltro nei confronti della stessa società conferitaria —, riconoscendo espressamente soggettività giuridica alla società per effetto della costituzione, sembra propendere per la non essenzialità dell'iscrizione ai fini dell'esistenza della società di capitali.

Dalla lettura della motivazione, invero, emerge l'impressione che la S. C., preoccupandosi di assicurare la revocabilità degli atti di conferimento effettuati in sede di costituzione della società, intendesse semplicemente ribadire l'orientamento, ormai prevalente in dottrina e giurisprudenza, secondo cui l'atto di conferimento di beni in società integra un negozio traslativo di diritti immediatamente e direttamente a favore della società conferitaria e non un adempimento dell'obbligo assunto con il contratto.

A proposito degli atti di conferimento effettuati in sede di costituzione — la cui trascrivibilità è ormai pacificamente ammessa per evitare che il socio conferente ne possa ulteriormente disporre o che gli stessi beni conferiti possano essere aggrediti dai creditori personali del conferente (cfr., per tutti, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1991, 289 ss.) — continua a discu-

tali acquista la soggettività giuridica immediatamente per effetto della costituzione mediante atto pubblico.

Ma non è tutto. La decisione merita, altresì, attenzione per aver sollevato un'ulteriore questione: cioè se la normativa dettata per l'assemblea della società per azioni sia applicabile all'assemblea dei sottoscrittori *ex art. 2335 c.c.* e, in particolare, *a)* se quest'ultima possa legittimamente riunirsi in seconda convocazione, *b)* se a tale assemblea debba applicarsi la disciplina della rappresentanza assembleare di cui all'*art. 2372 c.c.*, e *c)* quali poteri competano a detta assemblea in ordine alla modifica del progetto che è stato approvato individualmente dai sottoscrittori.

Per una migliore comprensione della decisione, si riportano i fatti salienti della vicenda oggetto della decisione in epigrafe.

Per costituire per pubblica sottoscrizione una banca di credito cooperativo, e quindi una società cooperativa, viene formato un comitato promotore. Il comitato deposita ritualmente il programma presso il notaio e raccoglie le sottoscrizioni. Effettuati i versamenti prescritti, i sottoscrittori, regolarmente convocati, si riuniscono, ai sensi dell'*art. 2335 c.c.*, in assemblea in seconda convocazione e, in tale sede, accertano l'esistenza delle condizioni richieste per la costituzione della società, deliberano sullo statuto e sull'atto costitutivo della società e nominano i primi componenti degli organi sociali. Ciò fatto, ai sensi dell'*art. 2336 c.c.*, i sottoscrittori intervenuti, in rappresentanza anche degli assenti, stipulano l'atto costitutivo.

L'atto costitutivo non viene depositato presso il registro delle imprese per l'iscrizione perché la Banca d'Italia non ha ancora rilasciato l'autorizzazione richiesta *ex art. 14 t.u.b.* per l'esercizio dell'attività bancaria. Infatti, essendo tale autorizzazione ormai pacificamente inquadrata fra le "condizioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società, in relazione al suo particolare oggetto" ai sensi dell'*art. 2329 c.c.* <sup>(\*)</sup>, in sua assenza non si può dare corso alle ulteriori fasi del procedimento di costituzione <sup>(?)</sup>.

tersi se l'effetto traslativo sia immediato o solo condizionato all'iscrizione della società nel registro delle imprese.

Una parte della dottrina sostiene che l'effetto traslativo non possa verificarsi prima dell'iscrizione della società nel registro in quanto "il diritto soggettivo ... deve essere collegato ad una certa persona, sembrando[mi] assurdo che il diritto reale possa nascere a favore di una persona futura", così, fra i tanti, STOLFI, *Appunti sul principio consensualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, spec. 9.; A. PISANI MASSAMORMILE, *Conferimenti in s.p.a. e formazione del capitale*, Napoli, 1992, 96 ss.; RUBINO DE RITIS, (nt. 1), 620 ss. e 628 ss.; VIGO, *Impresa e pubblicità immobiliare*, Milano, Giuffrè, 2001, 75 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, (nt. 1), 173, testo e nota.

Tuttavia, la maggior parte degli interpreti, sulla base della vigenza del principio consensualistico anche in materia societaria, ritiene che la società acquisti la titolarità dei beni ad essa apportati in sede di costituzione fin dal momento in cui è stipulato l'atto costitutivo. Cfr., *ex multis*, PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, 913 ss. e ora anche in *Conferimenti in natura ed effettività del capitale nella « società per azioni in formazione »*, *ivi*, 1994, 36; PAVONE LA ROSA e NIGRO, (nt. 1), 400 e 430; NOTARI, *Disposizioni generali. Conferimenti. Azioni*, in *AA.VV.*, *Diritto delle società*, (nt. 1), 129.

Tale ultimo orientamento trova espressa conferma nel testo dell'*art. 2342 c.c.* (le azioni corrispondenti ai conferimenti di beni in natura devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione).

<sup>(\*)</sup> Oggetto di vivaci dibattiti è stata la natura dell'autorizzazione bancaria. La dottrina si è mostrata divisa tra coloro che ritenevano che costituisse una condizione per la costituzione da conseguirsi fra la stipula dell'atto pubblico e la sua iscrizione nel registro delle imprese e coloro che la consideravano una condizione alla stessa stipula dell'atto costitutivo.

Nel primo senso *v.*, fra i tanti: COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, 294;

A questo punto, un sottoscrittore, che aveva espresso voto contrario alle delibere assunte nell'assemblea ex art. 2335 c.c., introduce, nei confronti della costituenda società due procedimenti giudiziari: un giudizio di merito, a cognizione piena, ed un procedimento cautelare.

Nel giudizio di merito chiede che vengano accertate:

a) l'illegittimità delle delibere assunte dall'assemblea dei sottoscrittori (per mancata convocazione, poiché per l'assemblea dei sottoscrittori non è ammessa una seconda convocazione; e/o per difetto del *quorum* costitutivo di cui all'art. 2335, 2° comma, dovendosi ritenere invalide ex art. 2372 le procure rilasciate dai sottoscrittori);

e  
b) l'invalidità dello statuto deliberato dalla predetta assemblea, avendo la stessa modificato le condizioni stabilite nel programma relativamente alle disposizioni statutarie, in assenza del prescritto consenso unanime dei sottoscrittori.

In via cautelare il sottoscrittore chiede che vengano sospesi gli effetti delle deliberazioni assunte dall'assemblea dei sottoscrittori, nonché dell'atto costitutivo stipulato all'esito di tale assemblea.

Con la decisione in commento il Tribunale di Fermo, pur riconoscendo la legittimazione passiva della società, non adotta alcun provvedimento cautelare, rinvenendo il *fumus boni juris* nella probabile invalidità dello statuto per avere l'assemblea modificato le condizioni stabilite nel programma senza il necessario consenso unanime, ma non il *periculum in mora*.

---

CALANDRA BUONAURO, *L'impresa e i gruppi bancari*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, VI, *La banca: l'impresa e i contratti*, Padova, CEDAM, 2001, 71 ss.

Per la contrapposta tesi minoritaria; cfr. FAUCEGLIA, *Sul rapporto tra autorizzazione all'esercizio dell'impresa bancaria e procedimento di omologazione della società*, in questa *Rivista*, 1996, II, 250.

Ad onta del *nomen* utilizzato dal t.u.b. (autorizzazione "all'attività bancaria"), oggi non si dubita che si tratti di un'autorizzazione alla costituzione sulla base di quanto stabilito dall'art. 14, 3° comma dello stesso t.u.b. (a mente del quale "non si può dare corso al procedimento per l'iscrizione nel registro per le imprese se non consti l'autorizzazione") e, da ultimo, da quanto stabilito dal d. lgs. n. 6 del 2003 con l'art. 223-*quater*, disp. att. c.c.

Sulla autorizzazione bancaria quale condizione per l'iscrizione v. diffusamente PAVONE LA ROSA e NIGRO, (nt. 1), 342-361.

G. FERRI, *Manuale*, (nt. 1), 303, sottolinea che le condizioni per la costituzione di cui all'art. 2329 non sono "condizioni in senso tecnico, ma adempimenti che praticamente debbono essere posti in essere se si intende realizzare [il risultato perseguito, la costituzione della società]", evidenziando che non si tratta di elementi esterni al procedimento costitutivo, ma di parti dello stesso.

(<sup>1</sup>) Prima del d. lgs. n. 6 del 2003 era discusso se il termine di trenta giorni (ridotto a venti dallo stesso d. lgs.) previsto per il deposito dell'atto costitutivo decorresse, in caso di autorizzazione da richiedersi dopo la stipula dell'atto costitutivo, dal rilascio dell'autorizzazione o dalla stipula stessa (nel qual caso si riteneva che il notaio dovesse tempestivamente depositare l'atto costitutivo, chiedendo la sospensione dell'iscrizione in attesa del conseguimento dell'autorizzazione).

Il d. lgs. n. 6 del 2003 con il neo-introdotta art. 223-*quater* delle disposizioni per l'attuazione del c.c. ha chiarito che qualora "le autorizzazioni di cui agli artt. 2329, n. 3, e 2436, 2° comma, c.c. siano rilasciate successivamente alla stipulazione dell'atto costitutivo o, rispettivamente alla deliberazione, i termini prescritti dalle suddette disposizioni decorrono dal giorno in cui l'originale o la copia autentica del provvedimento di autorizzazione è stato consegnato al notaio". Con riferimento alla fase di costituzione, come rilevato, la norma solo erroneamente si riferisce al termine per il deposito dell'atto costitutivo prescritto dalla "suddett[a] disposizion[e]", poiché l'art. 2329, n. 3 indica le condizioni per la costituzione e non il termine per il deposito che è, invece, contenuto nell'art. 2330.



2. L'aspetto più rilevante della decisione sembra quello che attiene alla qualificazione della situazione giuridica in cui viene a trovarsi la società di capitali nello spazio di tempo fra la stipulazione dell'atto costitutivo e l'iscrizione.

Al riguardo, il provvedimento in commento, come anticipato, ha ritenuto che la società debba essere considerata un soggetto di diritto autonomo.

La questione, sulla quale il legislatore non sembra assumere una posizione netta, limitandosi a prevedere con il 1° comma dell'art. 2331 c.c. che "con l'iscrizione nel registro la società acquista la personalità giuridica", ha dato luogo ad un vivace dibattito in dottrina. Dibattito che, lungi dal risolversi in un'astratta disputa dogmatica, presenta risvolti della cui rilevanza pratica non è dato dubitare a chiunque cerchi di individuare il soggetto cui debbano imputarsi, fino al perfezionamento del procedimento costitutivo, le situazioni giuridiche e le attività (si pensi alla titolarità dei beni oggetto dei conferimenti in natura, all'eventuale esercizio dell'attività da svolgersi nel caso in cui oggetto del conferimento sia un'azienda produttiva, alle operazioni poste in essere in nome della società) e di precisare il meccanismo giuridico attraverso cui tali situazioni ed attività possano "trasferirsi" in capo alla società, una volta che essa consegua la personalità giuridica.

Vero è che la rilevanza del problema, almeno sul piano temporale, risulta attenuata in seguito alla abrogazione del sistema dell'omologazione disposta dalla l. 24 novembre 2000, n. 340 (\*) ed alla conseguente abbreviazione dell'intervallo temporale entro cui il procedimento di costituzione deve essere completato con l'iscrizione della società nel registro delle imprese (il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ha ridotto da un anno a novanta giorni il termine oltre il quale perde efficacia l'atto costitutivo: cfr. art. 2331, 4° comma).

Tuttavia, per non dubitare del perdurante rilievo, anche di ordine temporale, del problema — che peraltro si ripropone in termini del tutto analoghi anche nella recente disciplina comunitaria in tema di Società Europea (\*\*) — basti considerare che la durata del procedimento costitutivo è destinata ad allungarsi ove per procedere all'iscrizione sia necessario conseguire, a causa del particolare oggetto sociale prescelto, una delle autorizzazioni governative di cui all'art. 2329 n. 9 (decorrendo, in siffatte ipotesi, il termine trimestrale dal rilascio dell'autorizzazione e non dalla stipulazione dell'atto costitutivo, cfr. art. 2331, 4° comma).

Se così è, si comprende che il problema non sarebbe superato, almeno nei casi in cui l'autorizzazione ex art. 2329, n. 3 debba conseguirsi fra la stipula dell'atto pubblico e la sua iscrizione, neanche ove il nostro legislatore, accogliendo i suggerimenti da ta-

---

(\*) Per un esame delle complesse problematiche connesse al ruolo che il notaio rogante è chiamato a svolgere nel nuovo panorama normativo cfr., tra gli altri: PAVONE LA ROSA, *Il controllo degli atti societari per l'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 182 ss.; LIBONATI, *Il controllo notarile sugli atti societari*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 187 ss.; SCIUTO, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrivibilità nella costituzione della società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2001, 1261 ss.; V. DONATIVI, *La riforma dell'omologazione: profili istruttori e profili procedimentali*, *ivi*, 1106 ss.; M. STELLA RICHTER jr., *Considerazioni generali sulla riforma delle omologazioni societarie*, in *Il controllo notarile sugli atti societari*, a cura di Paciello, Milano, Giuffrè, 2001, 3 ss.; NOTARI, *Contenuto ed estensione del controllo di legalità degli atti societari da parte del notaio*, *ivi*, 31 ss.; VISCUSI, *Il nuovo sistema dei controlli sugli atti societari*, Napoli, Esi, 2002, *passim*.

(\*\*) L'art. 16 del Regolamento CE 8 ottobre 2002, n. 2157 stabilisce che la Società Europea "acquisisce la personalità giuridica a decorrere dalla data della sua iscrizione nel registro" previsto dalla legislazione dello Stato membro della sede (in Italia, il registro delle imprese). Per un primo commento su procedimento e modalità di costituzione della SE, cfr. ASSONIME, *La società europea*, Circolare n. 55, Roma, 2002, 11 ss.

luno proposti<sup>(10)</sup>, decidesse di semplificare ulteriormente il procedimento di costituzione delle società di capitali, affidando al notaio rogante anche la fase del controllo, di natura meramente formale (cfr. art. 2330, 3° comma), attualmente affidata al registro delle imprese<sup>(11)</sup>. L'auspicata semplificazione, cui non sembrano frapporsi ostacoli insuperabili, consentirebbe al notaio, appena ricevuto l'atto costitutivo ed effettuati i prescritti controlli, di procedere direttamente a modificare il registro delle imprese, iscrivendo la società costituita, il che consentirebbe agli stipulanti di uscire dallo studio notarile a procedimento di costituzione completato e con in mano il certificato di avvenuta iscrizione.

La dottrina, ad onta della denunciata assenza di una espressa disposizione che chiarisca quali effetti debbano essere ricondotti alla stipulazione dell'atto costitutivo, ha proposto le più svariate ricostruzioni.

Secondo l'opinione prevalente<sup>(12)</sup>, solo per effetto della iscrizione si completa la fattispecie costitutiva della società di capitali che, acquistando la personalità giuridica, viene ad esistere giuridica. Prima di tale momento non esisterebbe, dunque, alcuna "società irregolare", diversamente da quanto comunemente ritenuto sotto la vigenza del cod. comm. del 1882, secondo il quale la società "sino a che non siano adempite le formalità ordinate" (art. 87) doveva considerarsi "non (...) legalmente costituita" (art. 98, primo inciso)<sup>(13)</sup>.

A sostegno di tale opinione si è rilevato, innanzitutto, che se la società fosse ritenuta esistente, seppur come società irregolare, ad essa dovrebbero essere imputati gli atti posti in essere in nome della società prima dell'iscrizione. E ciò sarebbe contrastante non solo con la norma che addossa la responsabilità degli atti compiuti su coloro che hanno agito (cfr. art. 2331, 2° comma), ma anche con il principio dell'effettività dei conferimenti. In forza di tale principio, che trova punto di emersione nella disposizione codicistica che vieta agli amministratori di prelevare prima dell'iscrizione i decimi depositati in banca (cfr. l'originario art. 2329, 2° comma, ed il vigente art. 2331, 4° comma), occorrerebbe garantire, fino al momento in cui si completa il procedimento costitutivo della società, la sussistenza di quanto conferito dai soci, evitando che sul patrimonio sociale possano gravare operazioni poste in essere anteriormente a tale momento<sup>(14)</sup>. In particolare, per sostenere l'"insensibilità" del patrimonio sociale a tali operazioni si argomenta che l'art. 2331, 4° comma — riconoscendo ai sottoscrittori,

<sup>(10)</sup> Tra i tanti, TASSINARI, (nt. 1), in particolare, 66 e 72.

<sup>(11)</sup> Il regolamento di cui al d.p.r. n. 581 del 1995, dettato in attuazione della l. 29 dicembre 1995, n. 580 istitutiva del registro delle imprese, stabilisce con l'art. 11, 8° comma, che "l'iscrizione è eseguita senza indugio e comunque entro il termine di dieci giorni dalla data di protocollazione della domanda. Il termine è ridotto alla metà se la domanda è presentata su supporti informatici".

Si segnala, al riguardo, per l'originalità della soluzione adottata Trib. Bolzano, Giudice del registro, 19 gennaio 2002, con nota di TASSINARI, in *Notariato*, 2002, 484 ss., secondo cui, ove il prescritto termine di iscrizione non sia rispettato, l'efficacia dell'iscrizione decorre dal momento effettivo dell'iscrizione ai fini dell'opponibilità a terzi, mentre retroagisce al giorno in cui doveva essere eseguita nei casi in cui la data della pubblicità rilevi per assicurare la certezza circa l'esistenza o la cancellazione dell'impresa (come, ad esempio, ai fini del conseguimento di benefici fiscali o della normativa fallimentare).

<sup>(12)</sup> V. autori e giurisprudenza indicati alle note 1 e 2.

<sup>(13)</sup> *Ex multis*, cfr. CALANDRA, *La società irregolare nel diritto vigente*, Roma, 1935, *passim*; ID., *Le società irregolari nella nuova codificazione*, in *Dir. fall.*, 1942, I, 175 ss.; BIGIARI, *Difesa dell' "imprenditore occulto"*, Padova, 1962, 238 ss.

<sup>(14)</sup> ANGELICI, *La costituzione*, (nt. 1), 266 ss.

Peraltro, non si ritiene che deroghi all'esposto principio la previsione che pone a carico

per il caso del mancato perfezionamento nei prescritti termini della fattispecie formativa della società, il diritto alla restituzione di quanto versato — avrebbe inteso conferire il diritto all'integrale restituzione delle somme apportate, escludendo che da esse potessero essere decurtate le eventuali perdite derivanti dalle operazioni svolte in nome sociale <sup>(15)</sup>.

La posizione dominante ha poi sottolineato in suo favore la mancanza nel codice vigente, che pur regola espressamente la società di persone irregolare (cfr. artt. 2297 e 2317 c.c.), di un'espressa disciplina della società di capitali irregolare.

Altro argomento portato a supporto dell'inesistenza della società di capitali irregolare sarebbe la volontà del legislatore del 1942, emergente dalla relazione ministeriale al Libro del Lavoro <sup>(16)</sup>, secondo la quale "nelle società per azioni la mancata osservanza delle forme legali importa che la società non sia addirittura costituita" (n. 928) e ancora "in difetto dell'iscrizione nel registro, nel sistema del nuovo codice non esiste neppure una società per azioni irregolare, perché ciò sarebbe in contrasto con la volontà dei soci e con il loro diritto alla restituzione dei conferimenti eseguiti" (n. 947) <sup>(17)</sup>.

Ancora a sostegno della tesi prevalente si adduce il divieto di emettere azioni prima dell'iscrizione della società nel registro (cfr. il vigente 2331, 5° comma che, al riguardo, ripropone l'originario 2331, 3° comma), il cui fondamento si è rinvenuto nell'inconcepibilità dell'"emissione di un titolo da parte di un emittente non ancora esistente" <sup>(18)</sup> e nell'impossibilità giuridica di suddividere in azioni un capitale sociale non ancora esistente.

A fronte della predetta ricostruzione prevalente, sono state avanzate ulteriori proposte interpretative che, spinte dalla comune esigenza di tutelare quanti entrano in contatto con la società anteriormente alla sua iscrizione, hanno tutte, sebbene in misura diversa le une dalle altre, inteso riconoscere all'"entità" costituita per effetto della stipulazione dell'atto pubblico un certo rilievo meta-individuale e, dunque, una certa autonomia patrimoniale.

Fra le predette ricostruzioni, spicca, anche per l'autorevolezza dei suoi sostenitori,

---

della società le "spese per la costituzione" (cfr. art. 2328, n. 12). Per l'argomentazione dell'assunto, si veda la successiva nota 26.

<sup>(15)</sup> In questo senso, v. AULETTA, (nt. 1), 137.

<sup>(16)</sup> Per una tanto netta, quanto insuperata, critica all'opinione che pretenda di fondarsi sulle affermazioni contenute nella predetta relazione, v. ORPO, *Forma e pubblicità*, (nt. 3), 119 ss., il quale incisivamente chiarisce che "non è ammissibile, in difetto di argomenti normativi specifici che contrastino con l'esistenza del rapporto sociale, fondarne l'inesistenza sulle affermazioni del Relatore. In una situazione normativa specifica « neutra », dell'esistenza o inesistenza deve giudicarsi secondo i principi generali e non secondo quelle affermazioni: perché i principi generali costituiscono « diritto », l'avviso del Relatore no".

<sup>(17)</sup> Prosegue la relazione (n. 947): "Ne consegue che per le operazioni compiute dalla società prima dell'iscrizione nel registro sono solidalmente ed illimitatamente responsabili verso i terzi solo coloro che hanno agito, a meno, naturalmente, che dal comportamento dei sottoscrittori non risulti che essi hanno posto in essere una società di altro tipo (società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice), nel qual caso troveranno applicazione le norme corrispondenti".

E ancora secondo il relatore: "L'iscrizione nel registro per le imprese per la società per azioni — come per l'accomandita per azioni e per la società a garanzia [n.d.r.: *così nel testo*] limitata — ha effetto costitutivo in quanto importa l'acquisizione della personalità giuridica (art. 2331)" (n. 946).

<sup>(18)</sup> FRÈ, (nt. 1), 97.

quella proposta da Giorgio Oppo all'indomani dell'entrata in vigore del vigente codice civile <sup>(19)</sup>.

Secondo tale teoria, la disposizione codicistica che subordina il conseguimento della personalità giuridica all'attuazione della pubblicità non impedirebbe, ed anzi presupporrebbe, la venuta ad esistenza giuridica della società con la stipulazione dell'atto costitutivo. Per effetto dell'atto costitutivo nascerebbe così una società di capitali irregolare. All'iscrizione della società sarebbe, dunque, condizionata non già l'esistenza della società, quanto il semplice conseguimento di un "attributo" <sup>(20)</sup> — o, secondo altra dizione, di una "qualità" <sup>(21)</sup> — di cui la società era precedentemente sprovvista: la personalità giuridica.

Il principio generale dell'autonomia privata — si sostiene — impedirebbe, in difetto di una espressa previsione di legge o di un'accertata contrarietà con le regole dell'ordinamento, di escludere l'esistenza della società e/o di sospendere l'efficacia della volontà espressa dai sottoscrittori.

La società di capitali irregolare, benché priva della personalità giuridica, avrebbe già i caratteri propri delle società capitalistiche, ossia la struttura corporativa e l'autonomia patrimoniale, e, dunque, potrebbe svolgere l'attività per la quale è stata costituita, assumendo su di sé le connesse responsabilità <sup>(22)</sup>.

La società, pertanto, fin dalla sua costituzione, diverrebbe centro di imputazione di diritti e obbligazioni — o, se si vuole, di effetti attivi e passivi — non ostandovi il difetto della personalità giuridica <sup>(23)</sup>.

L'ammissibilità di una società di capitali irregolare viene, tuttavia, esclusa da quanti sottolineano che prima della registrazione della società non sia divisibile l'esistenza di un patrimonio sociale, né tantomeno una responsabilità della società per le operazioni compiute in nome sociale in quanto dalla disciplina dei conferimenti in denaro, ed in particolare dal divieto imposto agli amministratori nominati di prelevare i centesimi depositati (cfr. 2331, 3° comma, nuovo testo), emergerebbe l'esistenza di un vincolo assoluto di indisponibilità <sup>(24)</sup>. Non avrebbe, infatti, alcun senso vietare il prelievo di una somma a chi tale somma potrebbe in altro modo impegnare.

A fondamento di tale vincolo di indisponibilità vi sarebbero due concorrenti esigenze.

3. <sup>(19)</sup> Cfr. i lavori di Oppo citati alla nota 3 e gli altri autori indicati nella predetta nota

<sup>(20)</sup> FRÈ, (nt. 1), 86.

<sup>(21)</sup> GALGANO e GENGHINI, (nt. 1), 78.

<sup>(22)</sup> OPPO, *Forma e pubblicità*, (nt. 3), 155, ritenendo che se l'ordinamento avesse inteso vietare alla società di agire prima dell'attuazione della pubblicità, non avrebbe sanzionato la violazione del predetto divieto con la responsabilità personale di chi ha agito "giacché il divieto stesso avrebbe allora escluso la responsabilità dell'ente", rinviene la *ratio* della responsabilità personale di chi ha agito "nell'intento di dare ai terzi una tutela sostitutiva non già della responsabilità del « rappresentato », ma della tutela che per essi rappresenta la pubblicità in sé, come mezzo per acquisire facile e sicura conoscenza della situazione patrimoniale e personale dell'ente e per regolare in conseguenza la concessione del credito e in genere la propria condotta".

<sup>(23)</sup> Per il tentativo di assimilare la società da costituire al nascituro non concepito e la società prima dell'iscrizione al concepito, v. PISANI MASSAMORMILE, (nt. 5), 101 ss.

Per una critica a tale impostazione e per la questione della retroattività del trasferimento del diritto in favore della società non iscritta, cfr. PORTALE, *Conferimenti in natura*, (nt. 3), 6 e RUBINO DE RITIS (nt. 1), 629, testo e nota.

<sup>(24)</sup> Tale impostazione, proposta da ANGELICI, *La società nulla*, (nt. 1), 163 ss., ma anche Società prima dell'iscrizione, (nt. 1), 70 ss., è oggi ampiamente recepita (cfr., *ex multis*, PAVONE LA ROSA e NIGRO, (nt. 1), 400 e 430).

Da una parte, l'esigenza di garantire l'interesse della società all'integrità del patrimonio fino al momento in cui si perfeziona il procedimento costitutivo e, dunque, l'insensibilità dei conferimenti alle operazioni poste in essere prima della registrazione. Dall'altra, l'interesse dei soci (*rectius*: sottoscrittori) a che, nel caso di sopravvenuta inefficacia dell'atto costitutivo per mancata iscrizione nel previsto termine trimestrale (*ex art. 2331, 4° comma*) <sup>(25)</sup>, le somme depositate siano loro restituite e non debbano rispondere di spese diverse da quelle di costituzione, poste a carico della società *ex art. 2328, n. 12* <sup>(26)</sup>.

Le medesime esigenze, peraltro, dovrebbero portare a ritenere che lo stesso vincolo di indisponibilità sussista anche rispetto ai beni oggetto di conferimento in natura, come del resto sembra confermare l'espreso obbligo di liberare integralmente al momento della sottoscrizione le corrispondenti azioni (cfr. 2342, 3° comma, c.c.). Tale obbligo lascia, tuttavia, impregiudicata la questione relativa all'identificazione del soggetto titolare di tali beni in pendenza del completamento del procedimento costitutivo <sup>(27)</sup>.

Altra parte della dottrina ha cercato di superare le esposte critiche (inesistenza del patrimonio sociale e conseguente irresponsabilità della società) ipotizzando che, per effetto dell'atto costitutivo e fino al conseguimento della personalità giuridica, i beni conferiti verrebbero a costituire un "patrimonio autonomo" <sup>(28)</sup> o, come da altri sostenuto, sarebbero assoggettati ad un "vincolo di indisponibilità" <sup>(29)</sup>.

Tali ricostruzioni, che riconoscono all'atto costitutivo un certo rilievo sul piano

<sup>(25)</sup> Come risulta anche dalla relazione ministeriale, il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, aggiungendo l'inciso che stabilisce che "l'atto costitutivo perde efficacia", ha inteso superare i dubbi interpretativi precedentemente avanzati, aderendo alla ricostruzione per la quale la mancata iscrizione costituisce condizione risolutiva della (limitata) efficacia prevista per l'atto costitutivo.

Sul punto, prima della riforma, cfr., fra i tanti: L. FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1955, 284 e 320 ss., secondo il quale la mancata registrazione nei termini prescritti costituisce "condizione risolutiva negativa"; FERRARA jr. e CORSI, *Gli Imprenditori e le società*<sup>12</sup>, Milano, Giuffrè, 2001, 366 e 388, i quali, richiamandosi a RUBINO (*La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, 515 ss.), affermavano che "l'iscrizione costituisce presupposto o *condicio juris* del contratto: se la condizione non si avvera, il contratto si caduca, altrimenti consegue la piena efficacia". In tale evenienza, verrebbero, infatti, a caducarsi gli effetti preliminari propri del contratto costitutivo, quali per i soci l'immediata vincolatività del contratto (e conseguente irrevocabilità del consenso prestato) e l'obbligo di effettuare i conferimenti, mentre per gli amministratori ed il notaio rogante, l'obbligo di deposito.

<sup>(26)</sup> SANTOSUOSSO, *Le spese per la costituzione di società di capitali. Considerazioni intorno all'art. 2328, n. 12, c.c.*, in questa *Rivista*, 1988, I, 878, chiarisce che la previsione, facendo gravare le spese necessarie per la costituzione sul patrimonio sociale, lungi dall'impiacare che sullo stesso possano gravare, a prescindere da una "ratifica" posteriore all'iscrizione, ulteriori spese o obbligazioni, è anzi conferma della vigenza del principio contrario. Secondo l'autore, la norma non deroga al principio dell'indisponibilità del patrimonio sociale, in quanto le spese per la costituzione sarebbero (automaticamente) imputate alla società solo dopo l'iscrizione. Nella denegata ipotesi in cui non si dovesse in tempi utili completare il procedimento di costituzione, tali spese andrebbero accollate ai sottoscrittori che, a ben vedere non avrebbero diritto alla restituzione delle somme conferite (come lascia intendere la lettera della disposizione), ma (solo) alla liquidazione della differenza.

<sup>(27)</sup> In proposito, v. diffusamente *supra* alla nota 5.

<sup>(28)</sup> La tesi avanzata da AULETTA (*La forma*, (nt. 1), 130), che utilizza indifferentemente le locuzioni "patrimonio autonomo" e "patrimonio separato", è ripresa da ANGELICI (*Società unipersonali: esperienza comparatistica*, in *Società*, 1993, 896), che preferisce parlare di "patrimonio separato", è efficacemente messa in crisi da quanti sottolineano l'assenza di un qualsiasi vincolo di destinazione, dovendosi escludere che i conferimenti pos-

reale, vengono criticate da quanti rilevano che le stesse non riescono a spiegare in forza di quale meccanismo giuridico il supposto vincolo reale sui beni possa, per effetto della registrazione, "evolversi" in modo da attribuire alla società la piena titolarità degli stessi<sup>(30)</sup>.

All'opera di Giuseppe B. Portale si deve l'elaborazione di un'altra ricostruzione della vicenda costitutiva della società di capitali<sup>(31)</sup>. L'autore, traendo spunto dall'esperienza comparatistica e, in specie, dalle elaborazioni della letteratura tedesca in tema di "Vorgesellschaft" (« società preliminare »), ritiene che anche nel nostro ordinamento sussistono elementi sufficienti ad ammettere l'esistenza fin dalla stipulazione dell'atto costitutivo di una « società di capitali in formazione » ossia un transitorio tipo societario che "pur privo di personalità giuridica, è già dotato di soggettività provvisoria (e, quindi, di capacità giuridica), che le consente di essere titolare sia del patrimonio formato con l'apporto dei soci (...) sia, in genere, dei rapporti giuridici"<sup>(32)</sup>.

L'esposta dottrina rinviene il proprio fondamento legislativo nella disciplina sulla costituzione della società per azioni, come novellata, in attuazione della II Direttiva Cee, dal d.p.r. n. 30 del 1986, e, in particolare, nell'obbligo di liberare integralmente al momento della sottoscrizione le azioni corrispondenti ai conferimenti di beni in natura (art. 2342, 2° comma, c.c.) e nella necessità di indicare nell'atto costitutivo l'importo, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società (art. 2328, 1° comma, n. 12, c.c.).

In quanto preordinata alla costituzione della società-persona giuridica, la società in formazione non solo acquisterebbe la titolarità dei beni oggetto di conferimento in natura, ma sarebbe anche tenuta a conservare ed amministrare tali beni. In caso di conferimento di azienda sarebbe, dunque, tenuta ad esercitarla, di fatto anticipando l'attività sociale<sup>(33)</sup>.

sano considerarsi destinati al soddisfacimento delle obbligazioni assunte in nome della società.

(28) A tale tesi proposta da PAVONE LA ROSA (*Il registro delle imprese*, Milano, Giuffrè, 1954, 343 e 349) e sviluppata da ANGELICI (*La società nulla*, (nt. 1), 163 ss.), secondo PORTALE (*Conferimenti in natura*, (nt. 3), 38, testo e nota) potrebbe con profitto estendersi la critica mossa ad analoghe ricostruzioni da OPPO (*Forma e pubblicità*, (nt. 3), 175), secondo cui "un patrimonio assolutamente « insensibile » è difficilmente immaginabile e sa di espediente di comodo: anche il patrimonio autonomo o separato è sensibile ai propri oneri".

(29) PORTALE, *Conferimenti in natura*, (nt. 3), 10.

(30) PORTALE, *Conferimenti in natura*, (nt. 3), 1 ss., ove ampi richiami alla dottrina, anche straniera.

L'autore sembra sviluppare alcuni spunti di MENESINI, (nt. 3), 886; ANGELICI, *Società in formazione, atti di concorrenza sleale e "reprise" da parte della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, 11.

La soluzione è accolta, in termini solo parzialmente analoghi, da TONDO, *Atti in nome* (nt. 1), 6 ss.; ZOPPINI, *Circolazione e recezione di un modello giurisprudenziale: « società di capitali in formazione »*, in questa *Rivista*, 1996, I, 664 ss.; ID., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 281 ss., ove l'A. tenta di dimostrare la soggettività della "fondazione in formazione" ossia la fondazione nello stato interinale fra la costituzione ed il riconoscimento (*Vorstiftung*) anche sulla base dell'esperienza tedesca (per la contrapposta tesi prevalente che nega l'ammissibilità di tale figura, cfr. GALGANO, *Sull'ammissibilità di una fondazione non riconosciuta*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, II, 172 ss. e in *Delle persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, sub art. 12, 150).

(31) PORTALE, *Conferimenti in natura*, (nt. 3), 19 ss.

(32) PORTALE, *Conferimenti in natura*, (nt. 3), 42 ss., testo e note, sembra ritenere che il ben noto principio della tipicità della società (su cui diffusamente SPADA, (nt. 1)) non osterebbe alla configurazione di tale "autonomo" tipo societario, in quanto la società in formazione, costituendo una vera e propria società del tipo prescelto dalle parti, sarebbe soggetta

Tuttavia, essendo intrinsecamente sprovvista del carattere della "definitività", la società preliminare sarebbe inesorabilmente destinata a "trapassare" nella società definitiva o a sciogliersi, in caso di mancato perfezionamento della fattispecie costitutiva nei prescritti termini, per effetto della caducazione dell'atto costitutivo<sup>(14)</sup>.

3. La varietà delle soluzioni proposte per ricostruire il procedimento di formazione delle società di capitali è indice della complessità della questione, che emerge immediatamente alla lettura del 1° comma dell'art. 2331 c.c., a mente del quale "con l'iscrizione nel registro la società acquista personalità giuridica".

La disposizione, alla quale corrispondono norme di tenore letterale analogo in numerose legislazioni straniere<sup>(15)</sup>, codifica la soluzione proposta dalla cultura giuridica moderna per legare il riconoscimento della personalità giuridica, e il connesso "privilegio" della responsabilità limitata, ad un intervento dello Stato<sup>(16)</sup>.

Con il 1° comma dell'articolo 2331 il legislatore ha inteso riconoscere un principio cardine del procedimento di costituzione della società di capitali e cioè che l'iscrizione ha efficacia costitutiva per la nascita della persona giuridica. Tuttavia, la norma, fondatamente criticata per la sua imprecisione, non chiarisce se l'efficacia costitutiva, che la lettera riferisce solo alla personalità giuridica, debba essere riferita anche alla stessa società<sup>(17)</sup>. In merito, si sono formati due opposti orientamenti.

Parte della dottrina, infatti, basandosi anche sulla lettera della disposizione che at-

---

alla norme per esso previste, eccezion fatta per quelle incompatibili con la mancanza dell'iscrizione. E ciò perché il transitorio esercizio dell'attività sociale, in quanto necessitato — e non solo il risultato della precipitazione ad agire dei soci e/o degli amministratori —, non implicherebbe l'applicazione della disciplina dettata per i tipi "elementari" di società — la società semplice e la società in nome collettivo — da applicarsi, invece, come disciplina residuale ove l'esercizio in comune di un'attività economica, rispettivamente "civile" o commerciale, non sia assoggettabile alla normativa prevista per uno dei c.d. tipi "rigidi" o "superiori".

<sup>(14)</sup> PORTALE (*Conferimenti in natura*, nt. 5), 17 ss. e 54 ss.), come altri interpreti (cfr., ANGELICI, *La società nulla*, nt. 1), 158), si pone il problema del rapporto fra società preliminare e società persona giuridica. E ritiene che il passaggio fra le due avvenga attraverso una trasformazione di natura non traslativa che, dunque, comporta una continuazione e non un effetto estintivo della società preliminare e uno successorio (a titolo universale) del nuovo ente nella complessiva situazione giuridica della società estinta. Tale natura "continuativa", pacificamente attribuita nel nostro ordinamento da dottrina e giurisprudenza alla trasformazione, è stata riconosciuta, superando i precedenti contrasti interpretativi, anche con riferimento alla nuova disciplina della fusione da una recente ordinanza delle Sez. un. (8 febbraio 2006, n. 2637 con nota di SCALABRINI e G. TRIMARCHI, in *Riv. not.*, 2006, 1145).

<sup>(15)</sup> Anche per l'individuazione delle norme previste dalle varie legislazioni, cfr.: PORTALE, *Conferimenti in natura*, nt. 5), 12 ss. e 24 ss.; ANGELICI, *Società prima dell'iscrizione* (nt. 1), 3 ss.

Non si dimentichi che l'analogo regime previsto nei diversi Stati membri in tema di responsabilità per gli atti pre-incorporazione deriva dall'adempimento degli obblighi comunitari. L'art. 7 della prima Direttiva Cee prevede, infatti, al riguardo che "qualora siano stati compiuti degli atti in nome di una società in formazione, prima che essa acquisti la personalità giuridica e la società non assuma gli obblighi che derivano da tali atti, le persone che li hanno compiuti ne rispondono solidalmente ed illimitatamente, salvo convenzione contraria".

<sup>(16)</sup> Per una sintesi delle vicende storiche alla base del riconoscimento della personalità giuridica, ma anche per una rivisitazione dei suoi fondamenti alla luce degli ultimi sviluppi in materia di analisi economica del diritto, cfr. G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, Adelphi, 2006, *passim*.

<sup>(17)</sup> Non sembra all'uopo fornire univoche soluzioni neanche la relazione al Libro del Lavoro, che in proposito si limita ad affermare: "L'iscrizione nel registro per le imprese per la società per azioni — come per l'accmandita per azioni e per la società a garanzia [n.d.r.:

tribuisce la personalità alla società, ha ritenuto che la società sorga immediatamente per effetto della stipulazione dell'atto costitutivo e che l'iscrizione "arricchisca" ed "integri" la sua personalità, rendendo applicabile la disciplina corporativa<sup>(38)</sup>.

Altri, escludendo la configurabilità di una società di capitali sprovvista della personalità giuridica e appigliandosi alla collocazione sistematica della norma — che seguendo quella relativa a deposito ed iscrizione, ne presupporrebbe l'avvenuta esecuzione —, sostengono che "la società per azioni sorge come persona giuridica; nel momento in cui nasce la seconda viene ad esistenza la prima"<sup>(39)</sup>.

Consapevoli della estrema complessità del concetto di personalità giuridica<sup>(40)</sup>, che la norma si limita ad evocare, senza fornire ulteriori ragguagli<sup>(41)</sup>, in questa sede ci si limiterà a due brevi notazioni.

Anzitutto, nel nostro ordinamento è possibile distinguere fra personalità e soggettività giuridica, dovendosi ammettere l'esistenza di enti senza personalità, che sono, oggi pacificamente, considerati soggetti di diritto autonomi dai propri membri. Non è, infatti, dubitabile, anche alla luce della formulazione dell'art. 2659, n. 1, di cui alla legge n. 52 del 27 febbraio 1985, che le società personali e le associazioni, pur pacificamente sprovviste di personalità, possano divenire titolari, in forza della loro soggettività, di diritti e doveri.

E, se la soggettività che la dominante giurisprudenza riconosce alle società perso-

---

così nel testo] limitata — ha effetto costitutivo in quanto importa l'acquisizione della personalità giuridica (art. 2531)" (n. 946).

<sup>(38)</sup> PAVONE LA ROSA e NIGRO, (nt. 1), 396 ss.; FERRARA jr. e CORSI, (nt. 1), 388 ss.; RAGUSA MAGGIORE, (nt. 1), 255 ss.

Secondo la giurisprudenza, non esistendo prima dell'iscrizione né l'organizzazione corporativa, né gli organi sociali, le deliberazioni assembleari devono considerarsi assolutamente inesistenti come deliberazioni, in quanto emanate da un organo ancora privo della possibilità giuridica di deliberare. Così, Cass., 5 giugno 1999, n. 5533, (nt. 2), secondo la quale "la manifestazione di volontà dei soci, plenaria ed unanime, mantiene la sua validità sotto altro aspetto, quale espressione di un nuovo patto", quale convenzione modificativa dell'originario contratto sociale. Sul punto, v. anche *infra* alla nota 72.

<sup>(39)</sup> COTTINO, *Considerazioni*, (nt. 1), 291.

<sup>(40)</sup> Fra gli scritti della dottrina italiana sul tema, *ex multis*, cfr.: ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 245 ss. (e in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, 129 ss.); ID., *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957, 981 ss. (e in *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, 235 ss.); D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, CEDAM, 1989; GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 551 ss.; ID., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1976, sub artt. 36-42; ID., *Delle persone giuridiche*, ivi, 1969, sub artt. 11-35; ID., *La società e lo schema della persona giuridica*, in questa *Rivista*, 1983, 5 ss.; G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, Giuffrè, 1967, *passim*; ZATTI, *Persona e soggettività giuridica*, Padova, CEDAM, 1975, *passim*. Vedi anche, Basile e FALZEA, (nt. 3), 235; SCALFI, *Persone giuridiche, I) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1990.

Per una recente riproposizione della concezione organica, v. VISENTINI, *La teoria della personalità giuridica e i problemi della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1999, I, 89 ss., che evidenzia che, abolito il sistema concessorio previsto dal cod. comm. del 1865 per la costituzione della società, essa si è trasformata da ente dipendente dall'Autorità di Governo in ente dipendente dall'autorità privata dei soci.

<sup>(41)</sup> Non sembra offrire elementi decisivi neanche la Relazione, che si limita ad affermare che "dal concorde volere dei soci trae vita un ente che è destinato a presentarsi nel mondo esterno non già in funzione degli individui che lo hanno costituito, ma in virtù di una personalità sua propria e come titolare di un proprio patrimonio, il quale segna il limite della responsabilità che esso assume per le obbligazioni contratte in suo nome" (n. 946).



nali è negata da quella parte della giurisprudenza, che la considera solo "una forma unitaria dei rapporti giuridici in funzione dell'esercizio collettivo dell'attività destinata a venire in rilievo come autonomia patrimoniale" (42), è ormai opinione comune che solo le persone giuridiche hanno una soggettività piena e che soggettività significa qualcosa in meno rispetto alla personalità. È in questo senso che si comprende perché ci si riferisca alla soggettività come ad una "semipersonalità", o ad una "personalità attenuata o di secondo grado" (43).

In secondo luogo, le più recenti ricostruzioni, superando l'insegnamento tradizionale che considera il riconoscimento della personalità un "atto rivolto a creare un ente che altrimenti nel mondo del diritto non esisterebbe", ritengono che l'attribuzione della personalità abbia, almeno *de iure condito*, "il compito di conferire all'ente — che di solito può esistere ed avere rilievo a prescindere da tale atto — una particolare qualifica" (44).

Le esposte considerazioni offrono uno spunto per affrontare con un approccio diverso, e forse, con maggiori risultati, il problema legato all'individuazione degli effetti immediatamente riconducibili alla stipulazione dell'atto costitutivo.

Se, infatti, come sopra riconosciuto, il riconoscimento ha il solo effetto di conferire una qualifica all'ente che già esiste, la questione da porsi non è se sia ammissibile o no prima dell'iscrizione una società di capitali irregolare. Né se debba riconoscersi l'esistenza, prima dell'iscrizione, di una società nei rapporti interni (45). Assumerebbe, infatti, scarso significato, esclusa l'ammissibilità di una società di capitali irregolare, affermarne l'esistenza nei rapporti interni fra i sottoscrittori, in quanto "impossibile è distinguere fra rapporti interni e rapporti esterni. Gli uni e gli altri non sono che aspetti di una stessa realtà, la quale può esistere o non esistere, ma non può allo stesso tempo considerarsi esistente con riguardo ai soci e invece inesistente nei riguardi dei terzi" (46).

(42) Cass., 12 settembre 2003, n. 13438, in *Società*, 2003, 1623; Cass., 7 marzo 1990, n. 1799, in *Società*, 1990, 895 con nota di PATELLI.

In senso contrario, cfr., *ex multis*: Cass., 21 agosto 2004, n. 16500, in banca dati *Juris data*; Cass., 15 giugno 1999, n. 5941, in banca dati *Juris data*; Cass., 15 ottobre 1998, n. 10207, in banca dati *Juris data*; Cass., 7 agosto 1996, n. 7228, in banca dati *Juris data*.

(43) Come noto, fino alla seconda metà del secolo scorso, ritenendosi che solo le persone giuridiche godessero di distinta soggettività, "non si dubitava che « soggetto », fosse, in tutto e per tutto, sinonimo di « persona » e che, essendo possibile solo avere o non avere la soggettività, non si potesse essere « più o meno soggetto ». In base all'importante revisione critica cui è stato oggetto negli ultimi cinquanta anni il concetto di soggettività si è accertato che, essendo la soggettività "un insieme di possibili effetti giuridici, talora fra loro indipendenti", la soggettività può ricorrere nei vari enti che ne sono dotati in misura e con gradazioni diverse. In questo senso, PELLIZZI, *Soggettività giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1983, I ss.

(44) BASILE e FALZA, (nt. 3), 249, secondo i quali si deve superare la diffusa concezione per cui l'acquisto della personalità giuridica farebbe sorgere l'ente, dovendosi ammettere che l'ente preesiste al riconoscimento, intervenuto il quale l'ente "prosegue la sua vita senza soluzione di continuità". Nello stesso senso, PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, Giuffrè, 1957, 197, per cui "stipulato il contratto di società, sorge non soltanto un rapporto fra i soci, bensì anche l'ente sociale, privo di personalità, ma non di autonomia patrimoniale"; RAGUSA MAGGIORE, *Personalità giuridica e società di capitali*, in *Riv. soc.*, 1970, 540 ss.

(45) Escludono che il contratto sociale possa far sorgere anche solo nei rapporti interni una società, fra i tanti: COSTI, *L'azionista accomandatario*, Padova, CEDAM, 1969, 197 ss.; GALGANO, *Struttura logica*, (nt. 41), 553 ss.; GALGANO e GENGHINI, (nt. 1), 78 ss.; SPATAZZA, (nt. 1), 94 ss.; BERTUZZI, (nt. 1), 72 ss.

Di avviso contrario, si mostrano: TONDO, *Atti in nome*, (nt. 1), 6; RAGUSA MAGGIORE, (nt. 1), 255; FRÈ, (nt. 1), 86 e 95; FRÈ e SMISÀ, (nt. 1), 90.

(46) G. FERRI, *Manuale*, (nt. 1), 307.

La diversa questione da porsi — che, pur meritando ben altro approfondimento, in questa sede è possibile solo accennare — è se debba riconoscersi, come sembra ritenere il Tribunale di Fermo, che, per effetto della sottoscrizione dell'atto costitutivo, sorga un ente, o un organismo, diverso dalla società per azioni che, pur essendo sprovvisto di personalità giuridica, abbia una propria soggettività e, dunque, specifiche capacità e un certo grado di autonomia patrimoniale<sup>(47)</sup>.

E tale questione non può che essere affrontata con un approccio analitico che si sforzi di individuare la disciplina applicabile alla situazione interinale che si crea per effetto della stipulazione dell'atto costitutivo, eventualmente facendo ricorso ai principi elaborati da dottrina e giurisprudenza per i contratti associativi.

4. Per comprendere quanto ambizioso sia il compito appena prefissato, basti notare che allo stesso sembra essersi intenzionalmente sottratto il legislatore della riforma del 2003 che, lasciando inalterato il 1° comma dell'art. 2331, si è limitato a disciplinare, seppur in maniera più articolata rispetto al passato, un solo aspetto della vicenda, quello della responsabilità per gli atti compiuti in nome della società prima dell'iscrizione. Il che, tuttavia, non deve portare ad escludere che le novelle apportate all'art. 2331 possano offrire elementi utili per tentare, ricostruita la natura della responsabilità di "coloro che hanno agito", di individuare la disciplina applicabile alla situazione che si crea per effetto della stipulazione dell'atto costitutivo.

La disciplina della responsabilità dell'agente *ex art. 2331, 2° comma*, è dettata, secondo autorevole dottrina<sup>(48)</sup>, per contemperare tre diversi interessi: "l'interesse 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; 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; l'interesse infine dei soci, quale si esprime fin dalla scelta del tipo società per azioni o società a responsabilità limitata, alla limitazione del proprio rischio".

Il legislatore, infatti, pur non volendo precludere alla società le opportunità che potrebbero risultare da un tempestivo avvio dell'attività sociale<sup>(49)</sup>, ha inteso escludere che delle operazioni poste in essere prima dell'iscrizione debbano rispondere la società<sup>(50)</sup>, o i sottoscrittori, i quali, diversamente sarebbero tenuti ad eseguire i conferimenti anteriormente al perfezionamento della costituzione della società<sup>(51)</sup>.

Il legislatore ha, dunque, previsto la responsabilità illimitata e solidale di coloro che hanno agito in nome della società per consentire, fin dalla conclusione dell'atto costitutivo, sia il compimento di quegli atti che consentiranno alla società, una volta ac-

<sup>(47)</sup> Pongono la questione: PAVONE LA ROSA e NIGRO, (nt. 1), 399 e 430, testo e nota 206, i quali ammettono espressamente l'esistenza di una "entità soggettiva", dotata di una capacità limitata all'acquisizione « condizionata » dei diritti conferiti per effetto del contratto sociale; RAGUSA MAGGIORE, (nt. 1), 261, escludendo che l'iscrizione crei una nuova entità, ritiene che prima dell'iscrizione esista un "organismo diverso" dalla società di capitali. L'autore, tuttavia, sembra contraddirsi, affermando che (p. 260) "nel nuovo sistema esistono due momenti ben distinti: il momento contrattuale, quando la società per azioni abbia questa origine e il momento dell'iscrizione. La società esiste per effetto stesso del contratto, ma potrà operare come tale solo dopo l'iscrizione nel registro delle imprese e il riconoscimento giuridico".

<sup>(48)</sup> ANGELICI, *Società prima dell'iscrizione*, (nt. 1), 5.

<sup>(49)</sup> In questi termini, Cass. 9 giugno 1972, n. 1795, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1546.

<sup>(50)</sup> FRÈ, (nt. 1), 95; TASSINARI, (nt. 1), 71.

<sup>(51)</sup> FERRARA JR. e CORSI, (nt. 1), 389 ss.

quistata la personalità giuridica, di svolgere l'attività sociale — si pensi al contratto di locazione o di acquisto della sede sociale, ai contratti per la somministrazione di acqua ed energia elettrica, all'installazione delle linee telefoniche, all'acquisto di macchinari ed apparecchiature — sia l'anticipazione dell'attività sociale<sup>(52)</sup>.

Come ben noto, la dottrina si è a lungo affaticata per cercare di ricondurre la responsabilità prevista *ex art.* 2331, 2° comma per coloro che hanno agito in una delle categorie generali del diritto civile. Tuttavia, oggi, anche alla luce delle modifiche apportate dalla riforma del 2003, sembra doversi ritenere che tale responsabilità abbia caratteristiche sue proprie che la contraddistinguono nettamente dalle altre ipotesi di responsabilità prese in considerazione.

In particolare, è ormai opinione diffusa<sup>(53)</sup>, diversamente da quanto ritenuto dalla consolidata giurisprudenza<sup>(54)</sup> e da parte della dottrina<sup>(55)</sup>, che la responsabilità *ex art.* 2331 non consegua ad un'ipotesi di rappresentanza senza poteri.

La disciplina dettata per la falsa rappresentanza dall'*art.* 1398 ss. presuppone che il *falsus procurator* nasconda il proprio difetto di legittimazione, mentre colui che agisce *ex art.* 2331, 2° comma non necessariamente nasconde che la società non è ancora iscritta.

L'*art.* 1398, essendo dettato per tutelare il terzo contraente che faccia incolpevole affidamento sulla legittimazione del *falsus procurator* e, quindi, sulla validità del contratto, presuppone la buona fede. L'*art.* 2331, 2° comma, invece, tutelando, oltre all'interesse del terzo, anche l'interesse della società alla conclusione di atti in suo nome prima dell'iscrizione, addossa all'agente una responsabilità che prescinde dallo *status* soggettivo del terzo, il quale, non essendo ancora iscritta la società, non può verificare i poteri di chi agisce.

Infine, mentre il *falsus procurator* è tenuto solo a risarcire i danni a titolo di responsabilità precontrattuale (e, quindi, l'interesse contrattuale negativo), l'agente *ex art.* 2331, 2° comma assume su di sé una responsabilità illimitata per la piena esecuzione del contratto.

Deve, altresì, escludersi che l'*art.* 2331 costituisca un'ipotesi di rappresentanza

---

<sup>(52)</sup> Alla luce della lettera della norma che, sancendo la responsabilità di "coloro che hanno agito", non prevede ulteriori presupposti soggettivi, non pare condivisibile l'opinione di chi limita l'applicabilità della disciplina *ex art.* 2331 a coloro che sono stati nominati amministratori nell'atto costitutivo e a coloro che, pur non avendo ricevuto tale nomina, la allegano, ritenendo applicabile nei diversi casi la disciplina del *falsus procurator*. Cfr.: ANGELICI, *Società prima dell'iscrizione*, (nt. 1), 51 ss.; TASSINARI, (nt. 1), 73 ss.

In giurisprudenza si ritiene che la disciplina *ex art.* 2331, 2° comma sia applicabile per analogia alle attività poste in essere prima della conclusione dell'atto costitutivo, cfr. Cass. 7 luglio 1989, n. 3228, in questa *Rivista*, 1991, II, 14 con nota di WEIGMANN e in *Riv. not.*, 1991, 1063 con nota di DI MAURO, *Ambito di applicazione dell'art. 2331, 2° comma, c.c.*

<sup>(53)</sup> ANGELICI, *Società prima dell'iscrizione*, (nt. 1), 45 ss. e 54; TONDO, *Atti in nome*, (nt. 1), 15 ss.; PAVONE LA ROSA e NIGRO, (nt. 1), 428, nota 199; RUBINO DE RITIS, (nt. 1), 604 e 616 ss.; TASSINARI, (nt. 1), 72 ss.; BERTUZZI, *sub art.* 2331, (nt. 1), 82.

<sup>(54)</sup> cfr., *ex multis*, Cass., 28 luglio 1956, n. 2940, (nt. 2); Cass., 2 agosto 1973, n. 2231, in *Dir. fall.*, 1974, II, 642; Cass. 5 maggio 1989, n. 2127, in *Riv. not.*, 1989, II, 930; in questa *Rivista*, 1991, II, 34, con note di REVIGLIONE (42 ss.) e di MARANO (248 ss.); Cass., 29 marzo 1991, n. 3435, in *Dir. fall.*, 1991, II, 757 ss.; Cass., 6 settembre 1996, n. 8127, in *Notariato*, 1997, 534 ss., con nota di CAPALDO.

La giurisprudenza prevalente, coerente con la ricostruzione da essa graniticamente proposta della responsabilità dell'agente, ritiene necessaria la c.d. *contemplatio domini* affinché l'atto possa, una volta "ratificato", essere imputato alla società, cfr. Cass., 15 giugno 1999, n. 5915, in *Dir. fall.*, 2000, II, 735 ss., con nota di BUONAMENA.

<sup>(55)</sup> V., fra i tanti, FRÈ, (nt. 1), 95.

senza rappresentato e che l'atto posto in essere in nome della società diventi immediatamente efficace e vincolante nei confronti di quest'ultima per effetto dell'iscrizione<sup>(56)</sup>. Tale ricostruzione, postulando un'efficacia automatica dall'atto che prescinda da qualsiasi manifestazione di volontà della società, appare, infatti, in espreso contrasto con l'approvazione ora espressamente prevista dall'art. 2331, 3° comma.

Neanche è a dirsi che la responsabilità di "coloro che hanno agito" possa rientrare nello schema della *negotiorum gestio* di cui all'art. 2028 ss., considerato che il gerito è tenuto ad adempiere le obbligazioni che il gestore ha assunto in suo nome — ovviamente ove ricorrano i prescritti presupposti — a prescindere da una qualsiasi approvazione<sup>(57)</sup>.

Riconosciuta la natura *sui generis* della responsabilità di chi ha agito, ne segue che l'approvazione ex art. 2331, 2° comma, non dovrà considerarsi tecnicamente una ratifica ai sensi dell'art. 1399, al cui verificarsi è subordinata la validità e l'efficacia del contratto. L'atto compiuto in nome della società, in difetto di una contraria ed espressa volontà delle parti, non è, infatti, sottoposto ad alcuna condizione sospensiva, ma è perfettamente valido ed efficace nei confronti dell'agente fin dal momento in cui è posto in essere.

Impregiudicata la validità e l'efficacia dell'atto, sembra doversi riconoscere un diverso "ruolo" all'approvazione che la società può effettuare una volta iscritta. Attraverso l'approvazione, cioè, è riconosciuta alla società la facoltà di appropriarsi degli effetti sia attivi che passivi dell'atto nel quale subentra con efficacia retroattiva, assumendo su di sé una responsabilità diretta nei confronti dei terzi (in questo senso "è responsabile anche la società"). Responsabilità diretta che non varrà affatto ad escludere la responsabilità dell'agente, cui si affiancherà facendole perdere l'originario carattere esclusivo<sup>(58)</sup>.

La predetta ricostruzione sembra del tutto coerente con quella che abbiamo ritenuto costituire la *ratio* della normativa. Il legislatore, infatti, non impedisce che siano posti in essere prima dell'iscrizione atti in nome sociale, né che la società, una volta iscritta, si possa appropriare degli effetti di tali atti. È però dettata una disciplina di rigore che responsabilizza chi spende il nome sociale prima che, con il completamento del procedimento di formazione della società, siano diventati operativi, a beneficio del terzo contraente, i meccanismi di tutela predisposti dalla legislazione societaria. Chi pone in essere prima dell'iscrizione atti gestori in nome della società sarà così indotto

(56) Sotto il vecchio regime, cfr. FERRARA jr. e CORSI, (nt. 25), 390, testo e nota, i quali ritengono che la nascita della società, facendo sorgere il soggetto nell'interesse del quale la rappresentanza è esercitata, costituisce "presupposto o *condicio juris* perché la rappresentanza conferita espliciti efficacia". Nello stesso senso WEILLER, *Riferibilità alla società degli atti compiuti in nome della società per azioni prima della sua iscrizione nel registro delle imprese*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, II, 162 ss.

(57) Prima della riforma, identificavano l'attività di chi agisce ex art. 2331, 2° comma, c.c. nella gestione di affari altrui: AURICCHIO, *La c.d. rappresentanza di persona giuridica futura*, in *Dir. e giur.*, 1960, 541 ss. e, in particolare, 566, il quale afferma che, dovendo valutarsi l'"utilità" in funzione all'oggetto sociale, "dovrà ritenersi utile ogni attività che sia diretta a realizzare — in modo immediato o mediato — lo scopo della persona giuridica"; COLLETTA, *La responsabilità sociale ex 2331 c.c. (2° comma)*, Padova, CEDAM, 1983, 68 ss.; BOTTARO, *Relazione al XIV Congresso Internazionale del Notariato Latino*, in *Riv. not.*, 1977, 1258 ss.

(58) FERRARA jr. e CORSI, (nt. 1), 390, ritengono tale concorrenza di responsabilità sia necessaria per tutelare il terzo che, avendo contrattato in un momento in cui, non essendo stato pubblicato l'atto costitutivo, non era nota la consistenza del patrimonio sociale, ha fatto esclusivo affidamento sulla solvibilità dell'agente.

ad agire con estrema ponderazione, consapevole che spetterà esclusivamente alla società scegliere quali di questi atti approvare, assumendo la correlativa responsabilità<sup>(59)</sup>.

5. La proposta ricostruzione della responsabilità di coloro che hanno agito *ex art.* 2331, 2° comma e la riconosciuta insensibilità del patrimonio sociale, se non a seguito di un atto di approvazione intervenuto successivamente all'iscrizione della società, spingono a chiedersi se gli atti — ed in particolare quelli inerenti all'esercizio dell'impresa (che diverrà) sociale — compiuti prima dell'iscrizione in nome della società possano o no essere immediatamente ricondotti al soggetto di diritto che sorge al momento della stipulazione dell'atto costitutivo.

Tale possibilità sembra debba essere esclusa e, di conseguenza, anche quella che tale soggetto possa anticipare l'attività sociale. A ritenere il contrario, si finirebbe, infatti, con l'esporre, in aperto contrasto con la volontà del legislatore e con la stessa lettera dell'art. 2331, il patrimonio (che diverrà) sociale alle connesse responsabilità.

Se ciò è vero, sembrano necessarie ulteriori riflessioni per comprendere come conciliare la riconosciuta soggettività dell'ente — formatosi per effetto della stipulazione dell'atto costitutivo — con l'inesistenza di un patrimonio che possa rispondere delle obbligazioni assunte da tale ente. E ancora, occorrerebbe comprendere se il predetto organismo possa svolgere qualsiasi attività o se la soggettività ad esso riconosciuta possa esplicarsi nelle sole attività "propedeutiche" a far acquistare alla società la personalità giuridica. Inoltre, si dovrebbe individuare quale disciplina debba applicarsi a tale soggetto di diritto.

Tali problematiche non possono essere affrontate in questa sede, ove è possibile solamente limitarsi a rilevare che al soggetto di diritto sorto per effetto della stipulazione dell'atto costitutivo sembra doversi riconoscere almeno la legittimazione necessaria per portare a compimento il procedimento di costituzione. A tale ente, ad esempio, dovranno essere rilasciate le autorizzazioni governative richieste, ai sensi dell'art. 2329, dalle leggi speciali per la costituzione della società.

Occorre, infine, accennare ad una questione del tutto diversa da quella relativa alla soggettività, e cioè se il comportamento dei soci che — non limitandosi, secondo quanto ora previsto dall'art. 2331, 2° comma, a "decidere, autorizzare o consentire" il compimento di determinate operazioni in nome della società — esercitino, personalmente o tramite terzi, l'attività sociale (*rectius*: un'attività economica organizzata analoga a quella che sarà oggetto della costituenda società) possa o no dar luogo ad una società diversa e ulteriore da quella in formazione. E, dunque, se l'esercizio anticipato dell'attività sociale da parte dei soci (poco importa se tutti o alcuni) della costituenda società di capitali possa dar vita ad una società del tutto diversa, da ricondursi, a seconda dell'attività svolta e delle eventualmente pattuite limitazioni della responsabilità, ad uno dei tipi di società personali.

<sup>(59)</sup> Assai discussa è anche l'individuazione del soggetto competente all'approvazione. Nel silenzio della norma, a chi afferma la competenza assembleare (RAGUSA MAGGIORE, (nt. 1), 258) si oppongono quanti rilevano che essa spetterebbe all'organo statutariamente competente al compimento dell'operazione (Cass., 5 maggio 1989, n. 2127 (nt. 4)). Da alcuni poi si solleva il problema dell'eventuale identità fra soggetto agente e soggetto chiamato a ratificare. In tale situazione, a fronte della giurisprudenza che ritiene applicabile la normativa sul conflitto di interessi (Cass., 29 marzo 1991, n. 3425), parte della dottrina ritiene eccessivo affermare che gli amministratori non possano ratificare le operazioni che, una volta iscritta la società, potrebbero legittimamente porre in essere. Su questi temi, ma con posizioni spesso divergenti: FRÈ, (nt. 1), 95-96; TONDO, *Atti in nome*, (nt. 1), 31; BERTUZZI, (nt. 1), 84; SEPE, (nt. 1), 85; CAVANNA, *sub art.* 2331, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004, 100 ss.

Sembra che al quesito possa risponderci in senso affermativo, non potendosi escludere, ove ricorressero tutti gli elementi della fattispecie sociale, l'esistenza di una diversa società, eventualmente di fatto, e la conseguente integrale applicazione della relativa disciplina<sup>(60)</sup>.

Tale conclusione non pare d'altronde contestabile sulla base dell'incompatibilità fra la volontà, manifestata dai soci nell'atto costitutivo, di godere del beneficio della responsabilità limitata e i ben diversi effetti derivanti dall'applicazione della disciplina delle società di persone. Ed anzi, la soluzione prospettata deve essere tenuta ferma anche nel caso in cui l'attività venga svolta in nome della costituenda società<sup>(61)</sup>.

Nel caso in cui sia sorta una società personale diversa dalla costituenda società di capitali, resta da comprendere l'effetto dell'eventuale iscrizione della società di capitali sulla anzidetta società di persone. Invero, potrebbe sostenersi che la società di persone si sciogla ex art. 2272 c.c. per avvenuto conseguimento dell'oggetto sociale — ove si ritenesse che essa abbia per oggetto l'anticipazione dell'attività sociale della costituenda società di capitali — ovvero per volontà (tacita) di tutti i soci.

Sembra, peraltro, da escludere che l'attività svolta dalla società di persone possa "trasferirsi" automaticamente alla costituita società capitalistica. E ciò anche alla luce dell'art. 2331 c.c., il quale dispone che la società di capitali solo a seguito di una sua approvazione assume la responsabilità per le operazioni compiute in suo nome prima dell'iscrizione.

6. Il caso in esame presenta altri aspetti di particolare interesse legati al procedimento al quale i protagonisti della vicenda hanno fatto ricorso per costituire la società.

La pubblica sottoscrizione, ad oltre sessant'anni dall'entrata in vigore codice del

<sup>(60)</sup> PORTALE, *Conferimenti in natura*, (nt. 5), 44 ss.; FRÈ e SBISA, (nt. 1), 103 s.; PAVONE LA ROSA e NIGRO, (nt. 1), 437 ss.; RAGUSA MAGGIORE, (nt. 1), 257 ss., secondo il quale la norma che impedisce agli amministratori di ritirare le somme depositate prima della registrazione ha lo scopo di evitare che la consegna delle somme agli amministratori "consenta l'esercizio di fatto di una società di tipo diverso".

Nello senso del testo, v. anche: BERTUZZI, *sub art. 2331*, (nt. 1), 84; CAVANNA, *sub art. 2331*, (nt. 1), 90, testo e nota, secondo il quale "la società personale [è] semplicemente uno strumento, adottato dai soci per disciplinare i rapporti, interni ed esterni, inerenti l'attività anteriore all'iscrizione".

Dello stesso avviso appare il compilatore della relazione ministeriale al Libro del Lavoro, secondo il quale "in difetto dell'iscrizione nel registro, nel sistema del nuovo codice non esiste neppure una società per azioni irregolare, perché ciò sarebbe in contrasto con la volontà dei soci e con il loro diritto alla restituzione dei conferimenti eseguiti. Ne consegue che per le operazioni compiute dalla società prima dell'iscrizione nel registro sono solidalmente ed illimitatamente responsabili verso i terzi solo coloro che hanno agito, a meno, naturalmente, che dal comportamento dei sottoscrittori non risulti che essi hanno posto in essere una società di altro tipo (società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice), nel qual caso troveranno applicazione le norme corrispondenti" (n. 947).

<sup>(61)</sup> A ritenere il contrario, i soci della società di persone potrebbero agevolmente escludere la propria responsabilità spendendo il nome della società da iscrivere. In questo senso: GUGLIEMMETTI, *Responsabilità per gli atti compiuti tra la stipulazione dell'atto costitutivo di una società per azioni e l'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 1957, I, 479 ss.; GRAZIANI, (nt. 1), 220 ss. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, (nt. 1), 175, testo e nota 47.

In giurisprudenza hanno ritenuto che l'attività economica svolta in nome di una società di capitali non iscritta debba ricondursi ad una diversa società di persone: App. Firenze, 28 giugno 1962, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, 94; Trib. Sulmona, 30 luglio 1966, in *Dir. e giur.*, 1968, 678 con nota di RACUGNO.

1942, rimane tutt'oggi, una modalità costitutiva per molti versi oscura, alla quale, solo in misura modesta, gli studiosi hanno dedicato attenzione<sup>(62)</sup>.

L'esiguo numero di precedenti giudiziari rinvenibili in materia di pubblica sottoscrizione<sup>(63)</sup> non deve, peraltro, essere ricondotto ad una univoca ricostruzione della disciplina applicabile a tale procedimento, quanto alla rara applicazione che di esso, com'è noto, si è fatta nella prassi<sup>(64)</sup>.

È comune insegnamento che la costituzione per pubblica sottoscrizione sia una fattispecie complessa a formazione progressiva inquadrabile nella categoria dei procedimenti<sup>(65)</sup>. Procedimento che, in quanto tale, si articola in diverse fasi che solitamente vengono così individuate: 1) redazione e deposito del programma; 2) sottoscrizione delle azioni; 3) versamento dei "centesimi"; 3) assemblea dei sottoscrittori; 5) stipulazione dell'atto costitutivo.

I promotori, i quali non necessariamente devono rivestire la qualità di soci nella costituenda società, ai sensi dell'art. 2333 redigono un programma che, prima di essere reso pubblico, con le sottoscrizioni autenticate deve essere depositato presso un notaio. Il programma deve indicare l'oggetto, il capitale, le principali disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto, l'eventuale partecipazione che i promotori si riservano agli utili e il termine entro il quale deve essere stipulato l'atto costitutivo.

Non sembra ormai potersi fondatamente dubitare che la diffusione fra il pubblico del programma costituisca sollecitazione all'investimento ai sensi degli artt. 94-101 del d. lgs. n. 58 del 1998 (t.u.f.) e debba, dunque, essere effettuata nel rispetto della relativa disciplina che prevede la preventiva pubblicazione di un prospetto informativo. Con la diffusione del programma i promotori, infatti, intendono sollecitare la sottoscrizione delle azioni<sup>(66)</sup>.

A questo punto si possono ricevere, per atto pubblico o per scrittura privata au-

<sup>(62)</sup> A parte la manualistica, si vedano: FRÈ, (nt. 1), 115 ss.; G. FERRI, *Le società*, (nt. 1), 866 ss.; SPATAZZA, (nt. 1), 5 ss.; RAGUSA MAGGIORE, (nt. 1), 207 ss.; PAVONE LA ROSA e NIGRO, (nt. 1), 325 ss.; GALGANO e GENGHINI, (nt. 1), 75 ss.; e, da ultimo, BERTUZZI, *sub artt. 2333-2336*, (nt. 1), 113 ss.

<sup>(63)</sup> Cass., 7 agosto 1963, n. 2228, in *Mass. Giust. civ.*, 1963, 1044 ss.; Cass., 21 giugno 1985, n. 3718, in *Giur. it.*, 1987, I, 350 ss., con nota di MELI. Tra la giurisprudenza di merito, v. Trib. Roma, 29 marzo 1952, n. 1610, in *Tem. romana*, 1952, 171; App. Napoli, 24 aprile 1946, in *Giur. it. Rep.*, 1944-47, voce "Società", n. 62, 2161; Trib. Civitavecchia, 20 novembre 2003, in *Giur. romana*, 2004, 56 ss.; Trib. Pescara, 19 marzo 2000, in *PQM*, 2002, 74 ss., con nota di PEZONE.

<sup>(64)</sup> Anche quando è necessario attingere al risparmio di massa per raccogliere gli ingenti capitali necessari allo svolgimento dell'attività sociale, l'eccessiva macchinosità del procedimento e le numerose incertezze applicative inducono gli operatori ad utilizzare la costituzione simultanea. In pratica, si preferisce costituire una società con capitale sociale minimo, delegando gli amministratori, ai sensi dell'art. 2443, ad aumentare il capitale fino all'ammontare necessario. O, in alternativa, la società si costituisce simultaneamente, offrendo il capitale in sottoscrizione a banche o intermediari finanziari, che in forza di un sindacato di collocamento si impegnano a collocare le azioni sottoscritte fra i propri clienti. In merito, cfr. VULPETTI, *Sindacato finanziario*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, Giuffrè, 1990, 691 ss.; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2003, 141.

<sup>(65)</sup> In questo senso si attesta pacificamente la manualistica; v., *ex multis*: COTTINO, *Le società di diritto commerciale*, Padova, CEDAM, 1999, 211; JAEGER e DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1994, 245; G. FERRI, *Manuale*, (nt. 1), 302.

<sup>(66)</sup> Tale orientamento, cui il legislatore ha ora riconosciuto un crisma di legalità con la nuova formulazione del cpv. dell'art. 2331, proposto originariamente da FERRARINI (*Sollecitazione del risparmio e mercati finanziari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 10<sup>th</sup> ed., Torino, UTET, 1993, 92 ss.), è oggi ampiamente condiviso in dottrina: SALANITRO, *Società per azioni e mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2000, 104, nota

tenticata, le sottoscrizioni <sup>(67)</sup>. Sottoscritto per intero il capitale sociale ed effettuati, su richiesta dei promotori, i versamenti previsti dall'art. 2342, deve essere convocata l'assemblea dei sottoscrittori. Tale assemblea, con il voto favorevole della maggioranza dei presenti, delibera sul contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto. Tuttavia, per modificare le condizioni previste dal programma, è necessario il consenso unanime di tutti i sottoscrittori <sup>(68)</sup>.

I sottoscrittori intervenuti in assemblea, in rappresentanza anche dei sottoscrittori assenti, procedono, ai sensi dell'art. 2336, alla stipulazione dell'atto costitutivo.

Essendo, come visto, il contenuto dell'atto costitutivo deciso non con il consenso unanime dei sottoscrittori ma con deliberazione da assumersi, secondo il principio maggioritario, dall'assemblea dei sottoscrittori, la dottrina si è spinta finanche a dubitare della natura contrattuale del procedimento. Tuttavia, è opinione largamente condivisa che il procedimento di pubblica sottoscrizione sia da inquadrarsi nella figura del contratto, dovendosi considerare l'accordo sociale già formato con le adesioni dei sottoscrittori al programma <sup>(69)</sup>.

Da quanto sopra, segue che l'art. 2336 solo in maniera impropria si riferisce alla stipulazione dell'atto costitutivo da parte degli intervenuti in assemblea, trattandosi tecnicamente di "rinnovazione o meglio di una ripetizione in forma solenne del con-

12; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, (nt. 1), 159; PAVONE LA ROSA e NIGRO, (nt. 1), 327.

Anche la Consob, che in precedenza esonerava la diffusione del programma dall'applicazione della disciplina della sollecitazione all'investimento (cfr. art. 4 del regolamento 6430/1992), non ha previsto con la successiva normativa tale esenzione (cfr. art. 33 del reg. 11971/1999, c.d. Regolamento Emittenti).

<sup>(67)</sup> In particolare, sulla *ratio* della forma pubblica richiesta per la sottoscrizione delle azioni, cfr. GINEVRA, *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle s.p.a.*, Milano, 2001, 78 ss.

FERRARA jr. e CORSI, (nt. 1), 371, testo e nota, puntualizzano che "il contratto deve ritenersi concluso quando sussiste quell'accettazione che copre il capitale da sottoscrivere. Da un punto di vista tecnico solo quest'ultima sarebbe vera accettazione, le altre invece costituirebbero delle proposte provocate dai promotori con la diffusione del programma, che dovrebbero ritenersi irrevocabili ai sensi dell'art. 1329".

<sup>(68)</sup> Posto che l'art. 2333, 3° comma, c.c. indica gli elementi del contratto che il programma deve contenere, ci si potrebbe domandare *quid iuris* se nel programma fossero stati predeterminati ulteriori elementi dell'atto costitutivo o, al limite, l'intero contenuto del medesimo. In siffatta ipotesi, sembra difficilmente dubitabile che l'assemblea *ex art. 2355* c.c. potrà modificare tali ulteriori elementi, intorno ai quali i sottoscrittori hanno raggiunto un accordo già in sede di sottoscrizione, solo con il consenso unanime dei sottoscrittori. Sul punto: GRAZIANI, (nt. 1), 27 e 200, secondo cui "allorché al contratto iniziale di società, costituito dalle sottoscrizioni al programma, se ne voglia — con la modificazione del programma — sostituire uno diverso, occorre, secondo i principi generali in materia di contratti, il consenso di tutti i contraenti".

<sup>(69)</sup> Cfr., in questo senso, fra i tanti, AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, Milano, Giuffrè, 1937, 191 ss., secondo il quale la fase assembleare "completa il contratto negli elementi non ancora determinati e accerta l'esistenza delle condizioni volute dalla legge per la costituzione della società. Il legislatore avrebbe potuto seguire due sistemi: richiedere che la determinazione degli elementi mancanti nel programma avvenisse con il consenso di tutti i soci, ovvero affidare tale determinazione solo ad alcuni soci o addirittura ad un terzo. Il sistema adottato è intermedio tra questi due e l'organo prescelto è la collettività dei soci, riuniti in assemblea e deliberanti secondo il principio maggioritario". *Id.*, *Appunti di diritto commerciale*, Napoli, Humus, 1946, 70 ss.; GRAZIANI, (nt. 1), 196 ss.; SPATAZZA, (nt. 1), 6 ss.; e, da ultimo, RAGUSA MAGGIORE, (nt. 1), 207 ss.; PAVONE LA ROSA e NIGRO, (nt. 1), 329; G. FERRI, *Società per azioni*, (nt. 1), 14; *Id.*, *Manuale*, (nt. 1), 304; GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, Zanichelli, 2004, 180; GALGANO e GENGINI, (nt. 1), 77.



tratto sociale" (70). Ripetizione resa necessaria, da una parte, perché la costituzione della società deve risultare da un atto pubblico, dall'altra, per far risultare in un unico documento tutte le clausole del contratto sociale, come integrato in sede assembleare e/o modificato con il consenso unanime di tutti i sottoscrittori.

La macchinosa articolazione descritta pone diverse questioni applicative che la scarna disciplina codicistica lascia irrisolte (71). Questioni la cui soluzione, data la laconicità delle disposizioni codicistiche in materia di costituzione continuata, non può che essere rimessa all'interprete cui spetta il compito di ricostruire la disciplina applicabile.

Si tratterà, per ciascuna delle predette questioni, di verificare se possa essere applicata direttamente, anche solo per via analogica, la disciplina dettata per le società o se, invece, debbano applicarsi le norme generali sul contratto.

Seguendo il metodo proposto, appare possibile cercare di proporre una soluzione concreta, ad esempio, per le questioni sollevate nel caso oggetto della decisione in commento, ossia a) se sia ammissibile un'assemblea dei sottoscrittori in seconda convocazione; b) se alle deleghe rilasciate dai sottoscrittori per conferire la rappresentanza nell'assemblea sia applicabile la disciplina prevista dall'art. 2372 c.c.

Appare opportuno trattare separatamente ciascuna delle predette questioni.

7. La legittimità di un'assemblea dei sottoscrittori di seconda convocazione non può essere esclusa limitandosi a constatare che, a differenza di quanto espressamente previsto per la s.p.a. iscritta, la disciplina dettata dall'art. 2335 per l'assemblea dei sottoscrittori non dispone nulla al riguardo, sulla base del controvertibile argomento "*ubi voluit, dixit*".

Né sarebbe pertinente ricordare che per la s.r.l., la cui disciplina legale non prevede l'assemblea di seconda convocazione (cfr. ora art. 2479-bis), è comune insegnamento che tale assemblea non possa essere ammessa, salvo che l'atto costitutivo disponga altrimenti (72). Infatti, pur venendo l'assemblea di cui all'art. 2335 celebrata anteriormente alla stipulazione dell'atto costitutivo, la validità della seconda convocazione deve essere ammessa applicando le norme del diritto societario che, una volta terminato il procedimento di costituzione, sarebbero applicabili all'assemblea dei soci e dunque, la disciplina dettata per la s.p.a.

Si intende che tale disciplina non può essere applicata in via diretta, perché ciò

(70) FERRARA jr. e CORSI, (nt. 1), 372.

(71) Per rendersi conto di quanto siano gravi le lacune della disciplina prevista per la costituzione per pubblica sottoscrizione, basti osservare che il legislatore dedica all'assemblea dei sottoscrittori un solo articolo a fronte dei diciannove articoli che regolamentano l'assemblea della società per azioni.

(72) Nello stesso senso in dottrina, fra i tanti, RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni e Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1982, 300 ss.; SANTINI, (nt. 1), 175; FERRARA jr. e CORSI, (nt. 1), 930; G. F. CAMPOBASSO, *Assemblea di s.r.l. di seconda convocazione e mancata deliberazione dei quorum deliberativi*, in questa *Rivista*, 1996, I, 221 ss., ove ampi richiami di dottrina e giurisprudenza; ID., *Diritto commerciale*, (nt. 1), 569.

In giurisprudenza si vedano, nel senso indicato nel testo: Cass., 26 marzo 1964, n. 679, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 332; App. Torino, 19 novembre 1964, in *Dir. fall.*, 1965, II, 120.

Per un'isolata decisione di merito in controtendenza, vedasi: Trib. Teramo, 27 gennaio 1998, in *Società*, 1998, 1426 ss., con nota di FASOLARI.

Più in generale, con riferimento all'autonomia delle parti nella determinazione del regolamento contrattuale della s.r.l., cfr. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, CEDAM, 1985, 115 ss.

presupporrebbe che dalla conclusione del contratto sociale — che, come accennato, in caso di pubblica sottoscrizione si ritiene perfezionato fin dal momento in cui vengono raccolte le sottoscrizioni sufficienti ad integrare il capitale sociale — si facesse discendere l'esistenza della società e l'applicabilità delle regole corporative. Tuttavia, la configurabilità di una società di capitali irregolare, come esposto, non si può ritenere ammissibile e l'applicabilità delle regole corporative prima dell'iscrizione è pacificamente esclusa<sup>(73)</sup>. La contraria opinione, a tacer d'altro, porterebbe a ritenere che i sottoscrittori siano veri e propri soci e che l'assemblea dei sottoscrittori sia, ad onta della chiara previsione del legislatore, un'assemblea di soci.

Piuttosto, la disciplina prevista in tema di seconda convocazione per la s.p.a. potrebbe essere applicata alla riunione dei sottoscrittori in via analogica e, ovviamente, nei limiti della compatibilità con la disciplina di cui all'art. 2335, che detta *quorum* costitutivi e deliberativi diversi da quelli previsti per la s.p.a.

Infatti, anche per l'assemblea *ex art.* 2335 si ravvisa l'esigenza di favorire l'assunzione delle decisioni che, essendo rimesse ad una volontà assembleare, richiedono, da una parte, una preventiva convocazione dei soggetti legittimati ad intervenire e, dall'altra, il raggiungimento di determinati *quorum* costitutivi e deliberativi.

Si potrebbe, allora, ipotizzare che la disciplina codificata in materia di s.p.a. con riferimento alla seconda convocazione sia il punto di emersione di un principio generale, che deve trovare applicazione in tutti i contratti associativi le cui discipline, legale o statutaria, non dispongano espressamente il contrario.

Al riguardo giova svolgere le seguenti considerazioni.

Da una parte, sembra indubitabile che il contratto sociale — che comunemente si ritiene perfezionato per effetto della sottoscrizione delle azioni — sia inquadrabile nella categoria dei contratti associativi. Infatti, il predetto contratto sembra presentare ambedue i caratteri tipici che, secondo autorevole dottrina<sup>(74)</sup>, contraddistinguono la categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo. Si tratta di un contratto caratterizzato, da un punto di vista strutturale, dalla possibilità di essere stipulato da più parti e, da un punto di vista funzionale, dal perseguimento di uno scopo comune.

Dall'altra, posto che in materia di contratti associativi sono dettate esclusivamente quelle disposizioni di carattere generale idonee a "salvaguardare la sopravvivenza del rapporto in presenza di eventi che, per quanto gravi, non compromettono la realizzazione della causa contrattuale"<sup>(75)</sup>, le regole generali da applicarsi al *genus* dei con-

(73) La giurisprudenza sulla base della giuridica inesistenza della società, ha costantemente escluso nelle fasi anteriori alla sua iscrizione nel registro delle imprese l'esistenza degli organi sociali e, dunque, che gli stessi possano funzionare e deliberare in base alle regole per essi disposte. Vedi, sul punto: Cass., 5 giugno 1999, n. 5533, (nt. 2). E precedentemente anche: Cass., 24 settembre 1954, n. 3254, in *Casi e materiali di diritto commerciale*, I, Milano, Giuffrè, 1974, 117; App. Brescia, 27 giugno 1951 e Trib. Bergamo, 4 maggio 1951, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 262 ss.; App. Trieste, decr., 16 gennaio 1982, Trib. Trieste, decr., 12 febbraio 1982, Trib. Trieste, decr., 20 luglio 1982, in *Riv. not.*, 1983, II, 505 ss.; Trib. Udine, 22 dicembre 1983, in *Società*, 1984, II, 451.

(74) MARASÀ, *Le società. Società in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, Giuffrè, 2000, 9 ss.

(75) MARASÀ, (nt. 74), 10, per il quale le norme in tema di nullità parziale (art. 1420 c.c.), annullabilità parziale (art. 1446 c.c.), risoluzione parziale (art. 1459 c.c.) e impossibilità parziale sopravvenuta (art. 1466 c.c.) si fondano su un più ampio principio generale dell'ordinamento giuridico, il c.d. principio di conservazione della fattispecie. Cfr., nello stesso senso: ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, 305; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni e Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1962, n. 16.

tratti associativi devono essere rintracciate nella disciplina del contratto di società ed, in particolare, del tipo società per azioni che, costituendo "la fattispecie più importante, se non altro per ricchezza di disciplina" della categoria, ne rappresenta il prototipo<sup>(76)</sup>.

Conferme dell'esposta ipotesi sembrano, peraltro, rintracciabili nella disciplina dettata per altre *species* del *genus* contratto associativo. Per le assemblee delle associazioni, ad esempio, l'art. 21, 1° comma, dando per scontata la possibilità di una riunione in seconda convocazione, si preoccupa soltanto di disporre che per la validità delle deliberazioni assunte nel corso della stessa non è necessario il raggiungimento di alcun *quorum* costitutivo.

8. La seconda questione che ci si è riproposti di affrontare riguarda l'applicabilità della disciplina della rappresentanza azionaria di cui all'art. 2372 all'assemblea dei sottoscrittori.

È, ad esempio, pacifico che la disciplina dettata per la rappresentanza in assemblea della s.p.a. sia applicabile, in base al generico rinvio di cui al nuovo art. 2519, alle cooperative<sup>(77)</sup>, la cui normativa — in coerenza alla scelta di incentivare la partecipazione personale e diretta dei soci all'attività sociale<sup>(78)</sup> — si limita a dettare limiti oggettivi alla rappresentanza più stringenti di quelli dettati per le società per azioni<sup>(79)</sup>.

Come ben noto, il nostro ordinamento societario fin dal codice di commercio del 1865 ha sempre riconosciuto al socio il potere di conferire la rappresentanza in assemblea<sup>(80)</sup>.

Solo con la legge 7 giugno 1974, n. 216 è stata introdotta una analitica disciplina

<sup>(76)</sup> MARASA, (nt. 74), 10.

In generale, sulle peculiarità dell'atto costitutivo di società quale negozio ad un tempo idoneo, da un lato, a costituire rapporti giuridici patrimoniali e, dall'altro, a disporre le regole organizzative necessarie per lo svolgimento dell'attività sociale cfr. SCIALOJA, *Natura giuridica della costituzione delle società per azioni*, in *Saggi di vario diritto*, II, Roma, Società editrice del foro italiano, 1928, 3 ss.: e, soprattutto, FERRO-LUZZI, *Contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 1971, 240 ss.

<sup>(77)</sup> In questo senso vedi, seppur con riferimento alla normativa vigente prima della riforma, App. Roma, 11 ottobre 2002 (decr.), in *Società*, 2003, 592, che ha ritenuto che il divieto di cui all'art. 2372 di conferire agli amministratori delega per l'intervento in assemblea deve applicarsi anche alle società cooperative, affermando che la *ratio* del predetto divieto sia di evitare che gli amministratori conseguano un'influenza predominante all'interno dell'assemblea grazie all'incetta di voti di soci assenteisti.

<sup>(78)</sup> Basti al riguardo ricordare le disposizioni che prevedono per le cooperative il voto per corrispondenza (art. 2538, 6° comma) e le assemblee separate (art. 2540). Più in generale, sulla possibilità di esprimere il voto anche fuori dall'assemblea, v. prima dell'emanazione del t.u.f. il lavoro di S. Rossi, *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1997, 291 ss.

<sup>(79)</sup> Cfr., infatti, l'art. 2539, 1° comma, a mente del quale "ciascun socio può rappresentare fino ad un massimo di dieci soci". In base all'art. 2372 c.c., invece, a ciascun rappresentante, socio o non socio, non possono essere conferite le deleghe di più di venti soci o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, "più di cinquanta soci se la società ha capitale non superiore a cinque milioni di euro, più di cento soci se la società ha capitale superiore a cinque milioni di euro e non superiore a venticinque milioni di euro, e più di duecento soci se la società ha capitale superiore a venticinque milioni di euro".

<sup>(80)</sup> L'art. 147, 1° comma, stabiliva che "Gli azionisti possono farsi rappresentare da mandatari nelle assemblee generali", mentre il cod. comm. del 1882 con l'art. 160, 1° comma, precisava, fugando i dubbi avanzati sotto il previgente codice, che i rappresentanti possono essere soci o non soci.

della rappresentanza azionaria volta, attraverso la previsione di specifici limiti sia di natura oggettiva che di natura soggettiva, a contrastare i più ricorrenti abusi<sup>(81)</sup>.

Esclusa la possibilità di applicare in via diretta la disciplina della rappresentanza azionaria di cui all'art. 2372 all'assemblea dei sottoscrittori, occorre valutare se la predetta disciplina possa essere applicata analogicamente. Compito questo non agevole, posto che la dottrina si è mostrata estremamente divisa sulla *ratio* da attribuire alla predetta disciplina tanto che, pur essendo da alcuni ritenuta "evidente"<sup>(82)</sup> o "intuitiva"<sup>(83)</sup>, non è mancato chi si è spinto a sostenere che "manca ogni ragione logica che giustifichi la norma"<sup>(84)</sup>.

A parte tali tesi "estremiste", è stato ritenuto che il divieto di conferire agli amministratori il potere di rappresentanza in assemblea andrebbe individuato nell'esigenza di evitare che "l'amministratore votando con azioni altrui, diventi giudice e parte, ossia giudice del proprio operato"<sup>(85)</sup>.

Da altri è stato sostenuto che i divieti di cui all'art. 2372 siano volti a proteggere i soci detentori del potere di comando dal rischio di essere esautorati dei propri poteri dai *managers* della società attraverso una "rivoluzione dei tecnici"<sup>(86)</sup>.

Altra opinione è quella per la quale l'intenzione del legislatore andrebbe ricercata

---

(81) Prima della riforma del 1974 era dibattuta la validità delle più diffuse prassi in materia di rappresentanza. In particolare, era discussa la possibilità di applicare in via analogica il divieto di rappresentanza previsto per gli amministratori ed i dipendenti della società ai sindaci, la validità delle deleghe alle banche, la validità della delega in bianco e se fosse lecita la designazione dei rappresentanti dei soci da parte di coloro che non potevano rappresentare (c.d. rappresentanza indiretta).

Il d.l. 8 aprile 1974, n. 95, convertito dalla l. 7 giugno 1974, n. 216, si è limitato a vietare analiticamente i più diffusi metodi con cui era evidentemente agevole aggirare il divieto di rappresentanza, senza preoccuparsi di dettare una norma generale per disciplinare le ipotesi non espressamente regolate con le quali rimane possibile superare gli imposti divieti. In argomento, si vedano, fra i tanti: GATTI, *La rappresentanza del socio in assemblea*, Milano, Giuffrè, 1975; TANTINI, *Materiali per lo studio della nuova disciplina della società per azioni (Legge 7 giugno 1974, n. 216)*, Padova, CEDAM, 1975; SANTINI, *I buchi della riforma*, in questa *Rivista*, 1974, I, 430 ss.; JAEGER, *Convenzioni di voto — Rappresentanza azionaria*, in ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, 5, *I grandi problemi delle società per azioni nelle legislazioni vigenti*, Padova, CEDAM, 1976, 651 ss. Per comprendere lo spirito del legislatore della riforma, v. anche la Relazione della commissione Santoro-Passarelli, in *La riforma della società di capitali in Italia — Progetti e documenti*, Milano, Giuffrè, 1966.

(82) FRÈ, (nt. 1), 301.

(83) MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, UTET, 1928, 422.

(84) G. FERRI, *Le società*, (nt. 1), 446.

(85) MESSINEO, *Divieto dell'amministratore di rappresentare i soci nell'assemblea e riserva del diritto di voto a favore del riportato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1954, I, 689 ss.; ID., *L'esercizio del diritto di voto afferente ad azioni altrui*, in *Riv. soc.*, 1956, 211, ove l'A. ribatte all'obiezione di chi, per smentire la sua teoria, sottolinea che agli amministratori dovrebbe essere impedito di votare in assemblea anche con le proprie azioni perché anche in questo caso essi assumerebbero la duplice veste di controllati e controllori, affermando che in tale caso si sacrifica "ad un'esigenza tecnica [evitare la paralisi del funzionamento dell'assemblea, qualora l'amministratore o gli amministratori siano titolari di una maggioranza anche semplice delle azioni ovvero di un pacchetto che possa essere determinante per la formazione della stessa] ... quello che, in fondo, è — anzitutto — un imperativo etico (inammissibilità del cumulo della veste di giudice e della veste di parte, nella persona dell'amministratore) ed è altresì, una necessità di difesa dell'interesse sociale" (i corsivi sono dell'A.).

Aderiscono alla ricostruzione del Messineo, fra gli altri, GATTI, (nt. 80), 128 ss.; SILVETTI e CAVALLI, *Le società per azioni*, II, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1972, 77.

(86) GALGANO, *La società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Bolo-

in "esigenze di chiarezza, e cioè nell'esigenza che il gruppo di controllo si presenti come tale e assuma quindi, come tale, la responsabilità della sua azione economica e dei suoi programmi" (87).

Autorevole dottrina ha, invece, sostenuto che l'intenzione perseguita dal legislatore sarebbe quella di evitare che gli amministratori, sfruttando la propria situazione di supremazia, vengano ad esercitare in seno all'assemblea un numero di voti superiore alla partecipazione azionaria da essi eventualmente detenuta, riuscendo così a creare in assemblea maggioranze solo artificiali (88).

Il contrasto fra le predette tesi (89), "non sembra comunque condurre a significative conseguenze pratiche a livello operativo, una volta che si concordi sul fatto che il divieto concernente gli amministratori è diretto ad evitare che essi utilizzino la loro posizione e la disponibilità dell'apparato societario per realizzare operazioni di raccolta di deleghe a votare" (90).

Si può, infatti, ritenere che la disciplina della rappresentanza in assemblea di cui all'art. 2372 sia dettata per contemperare diverse esigenze. Il legislatore, infatti, preso atto della *rational apathy* degli azionisti risparmiatori e del loro diffuso assenteismo, intende, da una parte, favorirne la partecipazione, seppur indiretta, alla vita sociale consentendo il raggiungimento dei prescritti *quorum* per il funzionamento dell'assemblea e, dall'altra, evitare che, a danno dei piccoli azionisti, gli amministratori e/o il gruppo che controlla la società possano, attraverso uno spregiudicato ricorso allo strumento della delega, incidere a loro vantaggio sugli equilibri societari.

Così ricostruita la *ratio* della disciplina di cui all'art. 2372, occorre valutare se essa possa essere applicata analogicamente all'assemblea dei sottoscrittori e, dunque, se debbano o no ritenersi illegittime le procure rilasciate ai promotori dai sottoscrittori.

Il predetto problema appare solo in parte corrispondente alla diversa questione, inerente alla possibilità di estendere analogicamente i divieti previsti dalla norma a soggetti non espressamente menzionati. Una questione, quest'ultima, affrontata dalla dottrina e risolta in termini positivi fondamentalmente sulla base di due considerazioni (91).

---

gna, Zanichelli, 1973, spec. 81 e 102. Si noti che l'esposta tesi è stata in seguito abbandonata dallo stesso autore, il quale, dopo aver riconosciuto che il denunciato pericolo di una "rivoluzione dei tecnici" fosse, forse anche per la maturità del sistema economico-sociale italiano, insussistente (*Le società per azioni*, Bologna, Zanichelli, 1974, 111), sembra essersi avvicinato al pensiero del Messineo. GALGANO, infatti, in un successivo lavoro (*Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, CEDAM, 1984, 203) riconduce la giustificazione dei divieti di rappresentanza, oltre che all'esigenza di "frenare il prepotere dei gruppi di comando impedendo loro di utilizzare per un'incetta di procure gli amministratori, i sindaci o i dipendenti della società", alla necessità di "prevenire che gli amministratori (direttamente o per il tramite dei dipendenti o dei sindaci) possano, con un'incetta di procure, affrancarsi da ogni effettivo controllo dell'assemblea, fino ad autocooptarsi".

(87) Così G. FERRI, *Le società*<sup>3</sup>, (nt. 1), 449 e in *La delega dell'esercizio del voto*, in *Dir. fall.*, 1975, I, 366.

(88) JAEGER, *La nuova disciplina della rappresentanza azionaria*, in questa *Rivista*, 1974, I, 566. Nello stesso senso, v. anche FRÈ e SBISÀ, (nt. 1), 90.

(89) Per un'esposizione delle quali, v. SACCHI, *Applicabilità per analogia dei divieti di rappresentanza contenuti nell'art. 2372 c.c.*, in questa *Rivista*, 1977, I, 248 ss. Dello stesso autore, v. anche *Voto per delega*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3°, Torino, UTET, 1994, 384 ss.

(90) ABBADESSA, *Assemblea*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3°, Torino, UTET, 1994, 398, testo e nota.

(91) SACCHI, (nt. 89), 248 ss.; ID., *Art. 2372 c.c. e rappresentanza organica*, in questa *Rivista*, 1982, II, 217 ss.; ABBADESSA, (nt. 90), 410 ss.

La prima è che se le limitazioni al potere di delegare fossero applicate solamente alle ipotesi espressamente previste, sarebbero facilmente aggirabili, perché "il principio dell'analiticità della disciplina non dà buoni risultati in una materia come il diritto societario in continua evoluzione e in cui estremamente mutevoli sono i casi che la realtà pratica presenta" <sup>(92)</sup>.

La seconda è che i divieti di rappresentanza, di cui all'art. 2372, 5° comma, non devono essere considerati, diversamente da quanto potrebbe sembrare a prima vista, norme eccezionali rispetto al principio generale nel diritto privato, espressamente confermato dal 2373, 1° comma, secondo il quale il diritto può essere esercitato dal titolare personalmente o indirettamente, nominando un procuratore. E che, pertanto, l'applicazione analogica di tali divieti a fattispecie in cui ricorra l'*eadem ratio* non è, almeno sul piano teorico, preclusa dall'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale <sup>(93)</sup> <sup>(94)</sup>.

Le esposte considerazioni, pur essendo formulate in relazione ad un problema diverso da quello qui affrontato, potrebbero essere impiegate con profitto per affrontare e risolvere la questione in discorso.

Sulla base di tali considerazioni, non pare, infatti, arbitrario ritenere che "i vari divieti di rappresentanza non [sono] da un punto di vista sostanziale in contrasto con i principi generali, ma anzi [sono] essi stessi espressione di un principio generale implicito". E se, come sostenuto, tale principio generale implicito, deve rinvenirsi nell'esigenza di vietare "l'attribuzione del potere di rappresentare gli azionisti nelle assemblee delle società per azioni ogni qualvolta tale conferimento sia strumentale all'acquisi-

---

<sup>(92)</sup> Così, SACCHI, (nt. 89), 250. In termini analoghi ed in aperta critica alla tecnica legislativa utilizzata dal legislatore del 1974 che, limitandosi a vietare alcune delle possibili ipotesi utilizzabili per aggirare il divieto di conferire deleghe agli amministratori della società, non ha dettato una norma generale per disciplinare le ipotesi non espressamente vietate, si sono espressi, tra gli altri: GRANDE STEVENS, *Società controllate e collegate. Rappresentanza in assemblea*, in *Riv. soc.*, 1974, 804; NOBILI e VITALE, *La riforma delle società per azioni. Commento alla l. 7 giugno 1974, n. 216 e ai decreti delegati*, Milano, Giuffrè, 1975, 205; ABBADESSA, (nt. 90), 409.

<sup>(93)</sup> Il concetto di norma eccezionale a partire dagli anni '30 è stato oggetto di importanti revisioni critiche, alla luce delle quali si è imposta una definizione molto rigorosa. È stato, altresì, sottolineato che l'applicazione analogica incontrando limiti di natura, più che giuridica, logica "in caso di norme eccezionali, difficilmente la *eadem ratio* si presenterà al di fuori del caso espressamente previsto e, quindi, in generale vi sarà una impossibilità logica di applicare per analogia le norme eccezionali, qualora invece la *eadem ratio* si presenti al di fuori del caso espressamente previsto dalla norma eccezionale, e quindi sia possibile logicamente l'applicazione per analogia della norma stessa, a tale applicazione si potrà senz'altro procedere": così R. SACCHI, ((nt. 89), 252). Nello stesso senso, cfr. ID., *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, I, c. 697; QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, sub art. 14, 302 ss.; CAIANI, *Analogia. Teoria generale*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 365 ss.; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1951, 88 ss.

<sup>(94)</sup> SACCHI, ((nt. 89), 254 e 266), che per primo ha proposto l'esposta ricostruzione, distingue "accanto a un tipo di norme che pur presentando delle particolarità, hanno una loro sistematicità e organicità, e sono applicabili per analogia, un tipo di norme che (...) tutelano interessi radicalmente in contrasto rispetto a quelli tutelati dal sistema normativo nel suo complesso e che non sono applicabili per analogia, in quanto appunto la loro *ratio*, ovvero, da un punto di vista sostanziale, l'interesse da esse tutelato, non si riscontra in alcun altro caso". V. anche ABBADESSA, (nt. 90), 411, il quale riconosce che "nulla si oppone sul piano teorico all'applicazione per analogia delle restrizioni legislative alla facoltà dei soci di rilasciare deleghe a votare".

zione, da parte di gruppi, di un potere di voto nell'assemblea sproporzionato rispetto alle azioni di cui gli stessi sono titolari, mediante lo sfruttamento dell'assenteismo degli azionisti da una parte, e dell'esistenza di particolare favore, soprattutto del controllo dell'apparato societario, dall'altra", sembra che, pur non avendo il legislatore espressamente disciplinato la rappresentanza in seno all'assemblea dei sottoscrittori, non si possa non riconoscere che anche in questa sede i divieti di rappresentanza di cui all'art. 2372 debbano essere applicati analogicamente<sup>(65)</sup>. Infatti, non è facilmente negabile che, anche in relazione all'assemblea dei sottoscrittori, ricorra la *eadem ratio*, che è parso giustificare i vari divieti di rappresentanza disposti per l'assemblea dei soci. E ciò in quanto, anche per l'assemblea dei sottoscrittori, deve riconoscersi "la necessità di rendere tale organo più efficiente e, quindi, di farne l'effettiva espressione della volontà dei soci che vi partecipano"<sup>(66)</sup>.

I divieti di rappresentanza, essendo volti a reprimere le manovre di incetta delle deleghe, non possono essere applicati per analogia nei casi in cui lo strumento della rappresentanza è utilizzato dal sottoscrittore per esercitare in maniera consapevole, seppur in maniera indiretta, il proprio diritto al voto. Devono, al contrario, essere applicati analogicamente, quando il rastrellamento delle deleghe è compiuto da coloro che, come i promotori, si trovano in una condizione di supremazia tale da poter sfruttare a proprio vantaggio la disinformazione di chi, pur essendo chiamato ad esprimere il suo voto, è per l'esiguità della propria partecipazione, naturalmente inclinato all'assenteismo<sup>(67)</sup>.

Lo stesso legislatore, del resto, ha riconosciuto la centralità del tema dell'informazione ai fini dell'esercizio indiretto del diritto al voto, con la disciplina introdotta con il t.u.f. per regolare la "sollecitazione" e "la raccolta di deleghe" nelle società con azioni quotate. Tali istituti, infatti, pur consentendo, come noto, di superare i limiti soggettivi e quantitativi previsti in tema di rappresentanza azionaria per le società chiuse, presuppongono che le informazioni veicolate siano "idonee a consentire all'azionista di assumere una decisione consapevole" (cfr. art. 143 t.u.f.)<sup>(68)</sup>.

<sup>(65)</sup> FRÈ e SIMSÀ, (nt. 1), 122; BERTUZZI, *sub art.* 2333 -2336, in BERTUZZI, MANFEROCE e PLATANIA, *Società*, (nt. 1), 121.

<sup>(66)</sup> Così, ovviamente riferendosi all'assemblea dei soci, ma in termini perfettamente riproponibili per l'assemblea dei sottoscrittori, la Relazione ministeriale alla l. 7 giugno 1974, n. 216 (la c.d. Relazione La Loggia), in *La legislazione italiana*, 1974, I, 1, § 337, 1040.

<sup>(67)</sup> Non sembra potersi concordare con CALANDRA BUONAURA (*Società fiduciarie e rappresentanza in assemblea*, in *Profili istituzionali ed aspetti operativi delle società fiduciarie. Atti del seminario dell'Istituto di applicazione forense*, Modena, 25 maggio 1977, 46), secondo il quale la mancanza di informazione del delegante è presupposto necessario non solo per l'applicazione analogica dei divieti legislativi al potere di rappresentanza, ma anche per la loro applicazione diretta. Invero, non pare revocabile in dubbio che la valutazione di sfavore manifestata dal legislatore con l'imposizione dei divieti in parola non è condizionata, in caso di applicazione diretta, alla ricorrenza di alcun requisito diverso da quelli espressamente previsti dalla disciplina della rappresentanza.

In generale sulle ragioni che portano i soci a disertare le assemblee, MARCHETTI, *Assenteismo assembleare e problema dell'informazione*, in *Riv. soc.*, 1978, 1318 ss.

<sup>(68)</sup> Sulle deleghe di voto v.: CARDARELLI, *Le deleghe di voto*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di Patroni Griffi Sandulli e Santoro, Torino, Giappichelli, 1999, 887 ss.; GHEZZI, *sub art.* 136-140, in *La disciplina delle società quotate. Commentario*, a cura di Marchetti e Bianchi, Milano, Giuffrè, 1999, II, 1243 ss.; CANEPARI, *sub art.* 142, *ivi*, 1415; PETRAZZINI, *sub art.* 136-140, in *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, diretto da G. Cottino, Torino, UTET, 1999, 194 ss.; CAVANNA, *sub art.* 142, *ivi*, 222 ss.

Per concludere, deve altresì ritenersi invalida la rappresentanza che sia conferita dai sottoscrittori ai soggetti indicati da coloro che, come i promotori, non possono essere direttamente nominati procuratori. A ritenere il contrario, si consentirebbe, infatti, ai soggetti più astuti di conseguire gli stessi fraudolenti risultati che la disciplina della rappresentanza intende impedire (\*).

GIANPAOLO FERNANDEZ

---

Sulle associazioni di azionisti, cfr.: SEPE, *sub art. 141*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di Alpa e Capriglione, Padova, CEDAM, 1988, II, 1273 ss.; BALP, *sub art. 141*, in *La disciplina*, (nt. 98), II, 1372 ss.; CAVANNA, *sub art. 141*, in *La legge Draghi*, (nt. 98), 212 ss.; FAZZUTI, *La raccolta delle deleghe e le associazioni di azionisti*, in *Intermediari finanziari*, (nt. 98), 939 ss.

(\*) Con riferimento all'assemblea della s.p.a. escludono che i rappresentanti dei soci possano essere validamente designati da quanti non possono essere essi stessi rappresentanti: TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni dell'assemblea della società per azioni*, Milano, Giuffrè, 121 ss.; ASCARELLI, *Rappresentanza assembleare dell'azionista da parte della stessa società o di una banca*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1956, II, 251; SENA, *Il voto nell'assemblea della società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1961, 308; FACCHINO, *Conferimento ai sindaci della rappresentanza dei soci in assemblea*, in *Riv. soc.*, 1962, 1036 ss.; NOBILI e VITALE, (nt. 92); SACCHI, (nt. 89), 248 ss.; *Id.*, *Art. 2372 e rappresentanza organica*, (nt. 91), 217 ss.; ABBADESSA, (nt. 90), 410.

In senso contrario, v. MESSINEO, (nt. 85), 213 ss.