

La responsabilità per le operazioni compiute prima dell'iscrizione

GIUSEPPE SATRIANO

Notaio

Intendo, con questo mio breve contributo, soffermarmi sul tema della responsabilità degli amministratori di società per azioni in relazione agli atti compiuti in nome e per conto delle medesime società, non appena perfezionatosi il negozio costitutivo, ma, attenzione, nella fase che precede l'iscrizione nel Registro delle Imprese; attività i cui effetti sono, pertanto, tendenzialmente destinati a ricadere nella sfera giuridica dell'ente nascento.

E' un aspetto generalmente abbastanza trascurato, in quanto, nella quasi totalità dei casi, si tratta di attività concordate tra i fondatori e che la società si affretterà a recepire nella propria sfera giuridica non appena completato il procedimento formativo, ma che, tuttavia, ci pongono spesso nella difficoltà di qualificare tale operato, al fine di poterne vagliare la legittimità e/o efficacia e/o validità, oltre che la concreta riferibilità all'ente costituendo.

Tanto più qualora, tali attività dovessero concretizzarsi nel compimento di negozi giuridici o, per quanto concerne più da vicino la professione da me svolta, il perfezionamento di contratti.

E' vero anche che, in Italia, a seguito dell'abolizione dell'esclusiva del controllo omologatorio ad opera degli uffici giudiziari sugli atti costitutivi di società di capitali, i tempi che intercorrono tra la stipula dell'atto costitutivo e l'iscrizione della società presso il competente registro delle imprese, sono ormai irrilevanti.

Tuttavia, il problema dal punto di vista teorico, e per delle sia pur marginali ipotesi, resta nella sua interezza.

Ed allora, partiamo dalle norme contenute nell' **art.2331 c.c.**, il quale, tra le disposizioni generali dettate dal legislatore per disciplinare gli elementi essenziali che caratterizzano l'iter formativo delle società per azioni, chiarisce, al primo comma, che "Con l'iscrizione nel registro (delle imprese ndr) la società acquista la personalità giuridica."

Tenendo da parte, per diversità di materia, l'ulteriore riflessione su gli effetti dell'acquisto della personalità giuridica sancito dalla norma in esame, gli aspetti imprescindibili della nostra analisi possono essere sintetizzati in una duplice tematica:

- lo **status della società** cd. di capitali nella fase anteriore all'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese;
- il **regime giuridico degli atti** compiuti in nome della società nelle more tra la stipulazione dell'atto costitutivo e l'iscrizione predetta.

Il primo tema è stato oggetto di particolare attenzione degli studiosi della materia, nel quadro di un mai sopito dibattito, già anteriormente alla riforma apportata con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6.

In assenza di dati legislativi precisi, la dottrina aveva sostenuto varie tesi, tutte egregiamente motivate, che si possono così riassumere:

- a) la società di capitali, successivamente all'atto costitutivo ma prima della sua iscrizione nel registro delle imprese, è una **società di capitali irregolare**;
- b) la società, costituita ma non iscritta, è un **soggetto giuridico in formazione** (teoria di impronta germanica: cd. **VORGESELLSCHAFT**);
- c) la società, costituita ma non iscritta, **non esiste ancora giuridicamente come centro di imputazione di interessi**.

Laddove, le prime due posizioni non giungono a negare la capacità giuridica della società in corso di costituzione, con la conseguente difficoltà a collocare l'ente predetto nelle fattispecie già elaborate dalla dottrina, viceversa, il terzo orientamento, arriva a sostenere che, precedentemente all'iscrizione, la società non esiste ancora come soggetto autonomo di diritto.

D'altro canto, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, in netta contrapposizione con il succitato primo orientamento, negavano e negano che possa esistere una società per azioni irregolare.

In tale contesto, restava senza risposta, pertanto, il quesito su quale fosse la condizione di coloro che, in mancanza di iscrizione nel registro delle imprese della società, pur non recuperando i conferimenti effettuati, ma, viceversa, autorizzando il compimento delle singole attività, esercitassero, comunque l'attività voluta; condizione che alcuni interpreti e parte della giurisprudenza riconducono, a seconda del tipo di attività svolta, a fattispecie rientranti in uno dei tipi ricompresi nella categoria delle cd. società di persone irregolari.

Resta ferma la comune convinzione che, la società di capitali il cui atto costitutivo non sia (ancora) iscritto nel registro delle imprese competente, lungi dall'essere considerata inesistente, rappresenta, viceversa, una fonte di rapporti obbligatori dei fondatori tra di loro e nei confronti dell'ente costituendo medesimo. Oltre che, naturalmente, un interlocutore scomodo per coloro che, nel mondo degli scambi commerciali, preferirebbero di poter contare sulla stabilità e la certezza dei rapporti.

In estrema sintesi, la posizione dominante in dottrina e giurisprudenza riconosce che la stipula del contratto sociale, anche prima dell'iscrizione della società, produce limitati effetti "preliminari" o "prodromici", e secondo alcuni anche limitati effetti reali, stante la creazione di un patrimonio destinato al soddisfacimento di alcune obbligazioni.

Viceversa, resta fermo il riconoscimento della natura decisamente **costitutiva** e non semplicemente dichiarativa dell'iscrizione in oggetto, quantomeno per quanto concerne l'acquisto della personalità giuridica.

E veniamo, quindi, alla seconda tematica.

L'art 2331 c.c., secondo comma, applicabile per espresso richiamo oltre che alla s.p.a anche alla s.r.l., alla s.a.p.a. ed alla cooperativa s.p.a. e s.r.l., prevede che "per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione sono illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi **tutti coloro che hanno agito...**".

Regola che, per orientamento prevalente in giurisprudenza, si ritiene trovi applicazione anche per gli atti posti in essere prima della stipulazione dell'atto costitutivo.

Rispetto al passato l'attuale disciplina amplia, poi, la tutela offerta ai terzi che entrano in contatto con una società in fieri, estendendo la suddetta responsabilità, al terzo comma del predetto articolo, anche **al socio unico fondatore** e, in caso di pluralità di soci fondatori, a **coloro che hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione** e, quindi, anche a coloro che, essendone venuti a conoscenza, **non l'hanno impedito**.

Correlata alla responsabilità degli agenti è la responsabilità della società che, una volta venuta ad esistenza, abbia provveduto ad approvare l'operato dei suoi organi (quarto comma).

Lo sforzo della dottrina sul punto si è concentrato soprattutto sulla qualificazione giuridica di coloro che, agendo in nome e per conto della società, possono porre i terzi nella scomoda posizione di dover fare i conti con l'eventualità che, non completandosi il procedimento formativo, la società non si perfezioni.

In merito, le diverse posizioni possono essere riassunte come segue:

1) Alcuni riconoscono a coloro che hanno agito in nome della costituenda società il ruolo di **gestori di affari altrui**.

Tale corrente di pensiero tende ad esaltare alcune affinità riscontrabili nelle ipotesi in esame, quali la spontaneità dell'operazione, la volontarietà dell'agire, la spendita del nome altrui e l'impossibilità per il soggetto, nel cui interesse si agisce, di provvedervi personalmente. Tuttavia l'art.2031 c.c., nella parte in cui impone al soggetto di manlevare il gestore che ha agito nel suo interesse è incompatibile con la previsione del menzionato art.2331 c.c., che concede, invece, una facoltà e non un obbligo alla società di ratificare o meno l'agire altrui.

2) Altra corrente di pensiero ammette, eccezionalmente, la facoltà di agire in nome di un soggetto inesistente riconducendo tale fattispecie a quella della **rappresentanza senza rappresentato**, concludendo nel senso che le operazioni, necessarie e non, non necessitano di alcuna ratifica poiché l'iscrizione della società costituisce la condicio juris,

e come tale retroattiva, della rappresentanza; sempre che tali operazioni siano poste in essere dai futuri amministratori.

3) Una terza corrente, sostenuta anche in giurisprudenza e autorevolmente in dottrina anche dopo la riforma del 2003, inquadra la fattispecie in quella della **rappresentanza senza poteri** di cui al 1398 c.c..

Muovendosi all'interno della relativa disciplina i sostenitori di tale tesi hanno qualificato l'atto compiuto dal (futuro) amministratore come negozio in itinere sottoposto alla duplice condizione dell'iscrizione della società nel registro delle imprese e della successiva ratifica; adducendo come l'onere risarcitorio posto in capo agli agenti sia correlato all'interesse negativo del terzo, in particolare alla perdita di altre favorevoli chances negoziali.

La critica giunta a questa tesi riguarda l'ultimo enunciato in quanto la fattispecie de quo prescinde totalmente dalla buona fede del terzo.

La dottrina prevalente, assimilando comunque la fattispecie a quella della rappresentanza senza poteri, ha preferito parlare di "**responsabilità per fatto proprio**". L'assunto a base della teoria prevalente è che l'atto compiuto pre-iscrizione sia valido, efficace e perfetto, vincolante per l'agente materiale e puro (non vi è spazio per la condizione sospensiva dell'iscrizione della società nel R.I.). Ma, ed ecco la particolarità, ad avviso di tale dottrina nonostante l'assunta validità dell'atto, non possono farsi ricadere nella sfera giuridica dell'agente gli effetti attivi dello stesso, in caso di mancata venuta ad esistenza della società, non essendo possibile pretendere da un soggetto che ha agito come futuro organo di una società (e pertanto giammai in proprio) ciò a cui sarebbe stata tenuta la società una volta venuta ad esistenza.

Pertanto l'unico rimedio in caso di mancata iscrizione della società sarebbe quello del risarcimento del danno e mai l'adempimento in forma specifica, ove astrattamente ammissibile.

E' intuitivo, quindi, che il tema del tipo di atti destinati a riversarsi nella sfera giuridica della società, una volta che questa sia venuta ad esistenza, risente in ampia misura delle scelte di campo relative alla qualificazione giuridica dei soggetti agenti.

Si trova inoltre affermato, a tale ultimo fine, che è necessario operare una distinzione tra:

a) **atti necessari**: per i quali, vista la stretta correlazione con la costituzione e la venuta ad esistenza della società, e per tal ragione appunto "necessitati", non sarebbe neanche necessaria la successiva ratifica da parte della società e il cui fondamento implicito viene trovato nei poteri di cui sono investiti i futuri organi sociali sin dalla costituzione della società - tra i quali si ricorda il diritto di chiedere l'iscrizione dell'atto e la possibilità di apportare modifiche marginali allo stesso in vista dell'iscrizione.

Orbene, non esistendo la società, non dovrebbe neanche parlarsi di organi e loro poteri ma le due ipotesi anzidette sono considerate assolutamente pacifiche e, non cozzando con alcuna norma imperativa, non si vede perché le fattispecie debbano necessariamente essere di stretta interpretazione. Tali atti sono ritenuti direttamente imputabili alla società con efficacia ex tunc al momento dell'iscrizione;

b) **atti non necessari**: sono tutti gli atti che, benchè urgenti o ritenuti tali, non sono funzionali alla venuta ad esistenza della società e pertanto, in linea teorica, procrastinabili.

All'interno di questa suddivisione viene operata un'ulteriore distinzione tra:

b1) atti compiuti sì in vista dell'iscrizione società ma nell'interesse dei futuri soci considerati uti singuli, come un'eventuale modifica dell'atto costitutivo; questi atti, non esistendo ancora un organo deliberativo, saranno necessariamente compiuti dai soggetti, futuri soci, come parti di un contratto e pertanto vigerà il principio contrattualistico dell'unanimità e non quello societario della maggioranza;

b2) atti compiuti da un organo in nome e per conto della società che sono quelli dei quali ci stiamo specificamente occupando.

Stante quanto precede, viene da chiedersi se l'art. 2331 c.c. nella sua attuale formulazione, abbia, almeno in parte contribuito a chiarire alcuni dei predetti aspetti o a meglio delinearne conseguenze e responsabilità.

Ebbene è proprio quest'ultimo punto quello che certamente ha ricevuto dalla riforma maggiore chiarimento. Il legislatore, infatti, subendo il fascino delle posizioni dominanti in dottrina ed esimendosi da qualsiasi riferimento alla problematica delle società in corso di formazione, si è soffermato sul tema della responsabilità, valorizzando, attraverso il ricorso al meccanismo delle solidarietà, l'aspetto della **tutela dei terzi**, attraverso il rafforzamento delle garanzie previste.

Nessuna presa di posizione, quindi, sul percorso fisiologico di costituzione delle società di capitale e sulla sorte degli atti e delle attività effettuate dai gestori, e neppure sulla qualificazione dei medesimi, ma la certezza di una solida garanzia nei confronti di coloro che sono entrati in contatto con essi, soprattutto nell'ipotesi di mancato completamento dell'iter formativo che conduce all'acquisto della personalità giuridica.

In tal modo, da un lato non sono stati postulati vincoli o divieti al libero esercizio dell'impresa nella forma più complessa di esercizio collettivo e, dall'altro si sono volute rafforzare garanzie e tutele dei terzi in assenza di un regime di pubblicità dell'atto costitutivo.

Pertanto, mentre la dottrina continuava ad interrogarsi sull'imputabilità alla società, una volta iscritta nel registro delle imprese, degli effetti giuridici degli atti compiuti dai gestori in nome e per conto della società, distinguendo talvolta tra effetti attivi e passivi,

ed escludendo talora gli uni, tal'altra gli altri, dalla possibile imputabilità alla società, il legislatore è intervenuto, piuttosto, sul piano della responsabilità, statuendo un'ipotesi di accollo cumulativo in favore del terzo.

La reale portata innovativa dell'art.2331 c.c. nella formulazione post-riforma e per la parte che a noi interessa, consiste, pertanto, nell'aver chiarito l'ambito soggettivo della responsabilità per gli atti compiuti prima dell'iscrizione ed, altresì, la perdita di efficacia dell'atto costitutivo in seguito all'inutile decorso del tempo.

In altre parole, come è stato osservato, la novità della riforma sul punto consiste nell'aver rafforzato le garanzie e la tutela dei terzi a fronte della mancanza di certezza derivante dall'assenza di pubblicità dell'atto costitutivo.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

C.ANGELICI, La società nulla, Milano, 1975.

C.ANGELICI, La costituzione della società per azioni, in Trattato Rescigno, 16, II, Torino, 1985.

C.ANGELICI, Società prima dell'iscrizione e responsabilità di "coloro che hanno agito", Milano, 1998.

C.ANGELICI, Sulla forma del contratto preliminare di società, In Riv. dir. comm., 1968, II.

A.AURICCHIO, La c.d. rappresentanza di persona giuridica futura, in dir. e giur., 1960.

M.AVAGLIANO, in A.A.VV., Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni, Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2003.

M.BASILE, Le persone giuridiche, in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 2003.

P.BELTRAMI, "La società prima dell'iscrizione nel registro delle imprese, in Il Nuovo Diritto delle Società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2006.

M.BERTUZZI, in La riforma del diritto societario a cura di Lo Cascio, 3 (artt. 2325-2345), Milano, 2003.

G.F.CAMPOBASSO, Diritto commerciale, Diritto delle società, Torino, 2009, a cura di M. Campobasso.

G.F.CAMPOBASSO, La costituzione delle società per azioni, in Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative a cura di Rescigno-Sciarrone Alibrandi, Milano, 2003.

V.CALVOSA, Costituzione, in AA.VV., Diritto delle società di capitali. Manuale breve, Milano, 2005.

M.CAVANNA, in Il nuovo diritto societario. Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, I, Bologna, 2004.

F.CORSI, Le nuove società di capitali, Milano, 2003.

F.DI SABATO, Manuale Delle Società, Torino, 1995.

F.DI SABATO, Diritto delle società, Milano, 2005;

E.FALCONE, Atti compiuti in nome di società per azioni prima dell'iscrizione: natura giuridica, responsabilità, implicazioni concrete, trascrizione, in Vita not., 1994.

F.FERRARA jr.-F.CORSI, Gli imprenditori e le società, Milano, 2006.

G.FERRI, Manuale di diritto commerciale, Torino, 1960;

L.FERRI, Trascrizione immobiliare. Sui problemi relativi al rapporto tra annotazione e cancellazione.

P.FERRO-LUZZI, I contratti associativi, Milano, 1971.

G.FRÈ, Società per azioni, in Comm. del cod. civ a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1972.

FRÈ-SBISÀ, Società per azioni, Com. S.B., Società per azioni, 1, Bologna, 1997.

F.GALGANO, Diritto commerciale. Le società, Bologna, 2000. **F.GALGANO**, Diritto commerciale, 2, Le società, Bologna, 2005.

F.GALGANO, La società per azioni, in Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia, VII, Padova, 1984.

F.GALGANO e GENGHINI, Il nuovo diritto societario, in Trattato Galgano, XXIX, Padova, 2004.

F.GAZZONI, La trascrizione immobiliare, in Commentario Schlesinger, Artt. 2643-2645 bis, Milano, 1998.

M.GHIDINI, Il registro delle imprese, Milano, 1943.

A.GRAZIANI, Diritto delle società, Napoli, 1963.

G.GUGLIELMETTI, 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.

P.GUIDA, Società di capitali irregolare: prospettive nuove per un vecchio problema, in Riv. not., 1983, II.

P.GUIDA, Riflessi notarili del nuovo art. 2331 del c.c., in Notariato, 2003.

C.IBBA, S.r.l. unipersonale e responsabilità del fondatore: dalla giurisprudenza tedesca alla legge italiana, in Giur. comm., 1996, I.

F.MAGLIULO, La costituzione della società, in La riforma delle società a responsabilità limitata a cura di Caccavale Magliulo - Maltoni - Tassinari, Milano, 2003.

P.MARCHETTI, Commento all'art. 1 del Decreto del Presidente della Repubblica del 10 febbraio 1986, n.30, in Nuove leggi civ. comm., 1988.

G.MARICONDA, L'acquisto immobiliare da parte delle associazioni non riconosciute, Riv. not., 1987.

G.MINERVINI, Società per azioni (Rassegna di diritto comparato italo-svizzero, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1950.

P.MONTALENTI, La riforma del diritto societario: appunti, Soc 2002.

G.OPPO, Forma e pubblicità nelle società di capitali, in Riv. dir. civ., 1966, I.

G.OPPO, Contratti parasociali, Milano, 1942.

G.PALMIERI, Conferimenti immobiliari ed invalidità nelle società di persone, in Riv. soc., 1992.

A.PAVONE LA ROSA, Il registro delle imprese, Milano, 1954.

A.PISANI MASSAMORMILE, Conferimenti in s.p.a. e formazione del capitale, Napoli, 1992.

V.PORTALE, Conferimenti in natura ed effettività del capitale sociale nelle "società per azioni in formazione", in Riv. soc., 1994.

V.PORTALE, La mancata attuazione del conferimento in natura, in Trattato Colombo-Portale, 1, Torino, 2004.

S.PUGLIATTI, Gli istituti del diritto civile, Milano, 1943. **S.PUGLIATTI**, La trascrizione, in trattato Cicu-Messineo, Milano, 1957.

S.PUGLIATTI, La trascrizione L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale, in Tratt. di dir. civ. e comm. diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1989.

N.PUGLIESE, L'atto pubblico e la società-persona giuridica, in Dir. fall., 1947.

G.ROMANO PAVONI, Teoria delle società, Milano, 1953.

M.RUBINO DE RITIS, Gli acquisti immobiliari delle società di capitali prima dell'iscrizione nel registro delle imprese, in Riv. soc., 1993.

D.U.SANTOSUOSSO, Autonomia e semplificazione nella costituzione di società per azioni, Soc 2003.

D.U.SANTOSUOSSO, La riforma del diritto societario, Milano, 2003.

E.SIMONETTO, La nuova stesura dell'art. 2332 e la società di capitali irregolare, in Riv. dir. civ., 1974, II.

P.SPADA, Società II) Tipi di società: in generale, in Enc. giur., XXIX, Roma, 1993.

P.SPADA, La tipicità delle società, Padova, 1974.

M.S.SPOLIDORO, Commento all'art. 5 d.p.r. 10 febbraio 1986, n. 30, in Nuove leggi civ., 1988.

F.TASSINARI, in Il nuovo diritto delle società a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005.

S.TONDO, Atti in nome di società di capitali non ancora iscritte, in Riv. dir. comm. 1994, I.

C.VIVANTE, Trattato di diritto commerciale, II, Milano, 1923.

GIURISPRUDENZA

Cass., 28-7-1956, n. 2940 in Foro it., 1956, I, C. 1804 ed in Riv. dir. comm., 1957, II.

Cass., 22-01-1958, n. 131, in Foro it. 1959, I ed in Vita not. 1958.

Cass., 2-8-1973, n. 2231, in Dir. fall., 1974, II.

Cass., 3-10-1977, n. 4191, in Dir. fall., 1978, II.

Cass., 12-3-1981, n. 1408, in Giur. comm., 1981, II.

Cass., 21-11-1983, n. 6935, in Giur. comm., 1984, II.

Cass., 9-3-1985, n. 1901, in Giur. comm., 1984, II.

Cass., 5-5-1989, n. 2127, in *Giur. comm.*, 1991, II.

Cass., 7-7-1989, n. 3228, in *Giur. comm.*, 1991, I.

Cass., 29-3-1991 n. 3435, in *Dir. fall.*, 1991, II.

Cass., 15-11-1993, n. 11278, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1994, I.

Cass., 5-6-1999, n. 5533, in *Giur. comm.*, 2000, II.