

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto  
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in  
Giurisprudenza  
a.a. 2022/2023

Titolo tesi: Il dibattito dottrinale sulle formalità richieste alla  
costituzione delle società anonime in Italia tra Otto e Novecento

Relatore: Valsecchi Chiara Maria

Studente: Gemelli Edoardo

## Indice

<b>Premessa</b> .....	Pag. 4
<b>Capitolo I – Lo sviluppo delle società di commercio</b> .....	Pag. 6
<i>Dal consortium alla societas romanistica</i> .....	Pag. 6
<i>La rivoluzione commerciale e le corporazioni</i> .....	Pag. 8
<i>La compagnia medievale e la società in accomandita</i> .....	Pag. 10
<i>Le compagnie coloniali in età moderna</i> .....	Pag. 13
<b>Capitolo II – Disciplina europea nel XIX secolo</b> .....	Pag. 22
<i>Francia: dall’Ordonnance al Code du commerce</i> .....	Pag. 22
<i>Gran Bretagna: Joint Stock Companies Act del 1844</i> .....	Pag. 25
<i>Germania: il Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch</i> .....	Pag. 27
<b>Capitolo III – La legislazione italiana</b> .....	Pag. 29
<i>La disciplina italiana preunitaria e il Codice civile del 1865</i> .....	Pag. 29
<i>Il Codice di commercio del 1865</i> .....	Pag. 31
<i>Il Codice di commercio del 1882</i> .....	Pag. 32
<b>Capitolo IV – La disciplina delle società nei codici italiani dell’Ottocento</b> .....	Pag. 34
<i>Il codice di commercio del 1865</i> .....	Pag. 34
<i>Il codice di commercio del 1882</i> .....	Pag. 36
<b>Capitolo V – Sulla personalità giuridica delle società commerciali</b> .....	Pag. 39
<i>La questione</i> .....	Pag. 39
<i>Dottrina maggioritaria: sussistenza della personalità giuridica</i> .....	Pag. 39
<i>Dottrina minoritaria: insussistenza della personalità giuridica</i> .....	Pag. 44
<i>La posizione “intermedia” di Ercole Vidari</i> .....	Pag. 55
<b>Capitolo VI – Sulle formalità del contratto sociale</b> .....	Pag. 57
<i>La questione</i> .....	Pag. 57

<i>La dottrina maggioritaria: Bonelli, Marghieri, Sraffa, Vidari, Vivante.....</i>	Pag. 57
<i>Il pensiero minoritario di Ulisse Manara e il suo confronto con Bonelli e Bolaffio.....</i>	Pag. 66
<i>Il cambio di opinione di Vivante e la dottrina successiva di Navarrini.....</i>	Pag. 88
<b>Conclusioni.....</b>	Pag. 99
<b>Bibliografia .....</b>	Pag. 104

## Premessa

Nell'attuale panorama economico, sia nazionale che – soprattutto – internazionale i principali attori sono società per azioni, declinate in vario modo in base alla nazione di appartenenza: si pensi alla *Corporation* (Co) di diritto inglese o americano, alla *Aktiengesellschaft* (AG) in Germania, alla *Société anonyme* (SA) Francese o Lussemburghese, alla Società per Azioni (S.p.A.) in Italia. Le origini di questi modelli societari che nel corso dei secoli avrebbero permesso alle *companies* di acquisire un potere economico e politico sempre maggiore al punto da scontrarsi con quello degli stati sovrani già dalla seconda metà del Novecento vanno ricercati nelle compagnie commerciali seicentesche, in particolare quelle inglesi e olandesi, create per servire lo stato e finite – secondo alcune ricostruzioni, tra le quali quella del fu presidente cileno Salvador Allende – per asservirlo.<sup>1</sup>

Le società per azioni sono frutto di una millenaria evoluzione del diritto commerciale: già nel basso medioevo gli istituti di derivazione romanistica, pensati per una economia agricola, latifondista e incentrata sui beni immobili, male si adattavano ad una società con una economia maggiormente dinamica, incentrata sullo scambio di beni mobili e non più sulla produzione agricola.<sup>2</sup> La scoperta del nuovo continente, le grandi esplorazioni e l'apertura di nuove e redditizie rotte commerciali nella prima età moderna resero necessario un ulteriore sviluppo del diritto in modo che questo potesse stare al passo delle navi mercantili che ogni giorno salpavano dai porti inglesi, olandesi, spagnoli e portoghesi. La ricchezza degli imperi coloniali veniva dai commerci tra la madre patria e le colonie, commerci presto affidati a società create appositamente allo scopo e che segnarono la fortuna (si pensi alla Compagnia delle Indie Orientali Britannica, che arrivò a controllare direttamente tutta la penisola indiana con immensi profitti) ma anche la sfortuna (come nel caso della *South Sea Company*, protagonista della omonima bolla speculativa) di migliaia di azionisti. A queste società, in ragione della vastità della compagine sociale e della scala su cui effettuavano i commerci, vennero attribuite dapprima una personalità giuridica distinta rispetto a quella dei soci che le componevano e in seguito una autonomia patrimoniale perfetta, rendendo così i soci responsabili solo nella misura del capitale investito.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> S. GIALDRONI, *Gestire la ricchezza, arginare il sovrano: la lunga parabola della British East India Company*, in *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Foggia 2019, pag. 145

<sup>2</sup> U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Torino 2013, pp. 36-37

<sup>3</sup> G. MIGNONE, *Le regole dei mercanti*, Torino 2022, pp. 99-104, 111-121

Una battuta d'arresto si avrà solo in Francia con la Rivoluzione, ma il successo che aveva riscontrato la società per azioni era destinato a durare e a sopravvivere alla Rivoluzione; l'ottocento segnerà un punto di svolta con i principali interventi normativi in Francia e Germania che andranno a plasmare due modelli differenti di società, ormai non più limitate ai soli commerci con le terre d'oltremare, sui quali i giuristi europei molto discuteranno anche e soprattutto riguardo a quale modello adottare nei paesi – tra cui l'Italia – che per la prima volta si trovavano a dover dettare una propria disciplina delle società per azioni. Dopo i due conflitti mondiali il Novecento vedrà l'apertura al commercio su scala globale e alla creazione di un mercato finanziario globale che sigillerà definitivamente il successo delle società per azioni e aprirà lo scontro di queste con il potere costituito.

Questo elaborato si occuperà del dibattito dottrinale e giurisprudenziale svoltosi in Italia nella seconda metà dell'Ottocento e nei primi decenni del Novecento sulla disciplina delle società anonime, con particolare riguardo all'attribuzione o meno a queste della personalità giuridica e al momento costitutivo di tali società: alle formalità richieste e alle conseguenze di una costituzione irregolare andando a confrontare il codice di commercio italiano del 1865 con il *code du commerce* francese del 1807, le discipline in materia societaria degli stati preunitari e con il codice tedesco del 1861; verrà quindi analizzato il secondo codice di commercio italiano del 1882, evidenziate le differenze con la disciplina precedente e – principale *corpus* dell'elaborato – il commento dei giuristi dell'epoca con le critiche, i suggerimenti e le proposte di riforma presentate. Si concluderà con la disciplina che il legislatore fascista imporrà con il Codice civile del 1942, analizzando se e in che misura i contributi della dottrina precedente vennero accolti.

## Capitolo I – Lo sviluppo delle società di commercio

Prima di entrare nel merito del dibattito sviluppatosi a cavallo del XIX e XX secolo sulle società anonime, torna utile ripercorrere l'evoluzione della società commerciale che ha portato alla nascita della società per azioni in particolare rilevando l'evoluzione dei caratteri più propri della società anonima: la limitazione della responsabilità dei soci, la individualità giuridica (non coincidente con quella dei soci), la divisione del capitale in azioni e il metodo economico con il quale è gestita la società. Si vedrà come l'istituto si sia evoluto da istituti precedenti seguendo le esigenze della società che è andata sviluppandosi dalla Roma fondiaria del V secolo avanti Cristo agli imperi coloniali e mercantili del 1700 fino ad arrivare al mondo industriale di inizio Novecento.

### ***Dal consortium alla societas romanistica***

I primi fenomeni societari si possono far risalire alla Roma repubblicana: sebbene già il *Consortium ercto non cito* di diritto quiritario (secolo VII avanti Cristo) prevedesse la contitolarità di situazioni giuridiche in capo a più persone – gli eredi del *paterfamilias* che avessero deciso di non dividere l'eredità e di continuare ad amministrarla congiuntamente) – ogni *consorte* era considerato proprietario del tutto, mancando quindi una ripartizione – anche astratta – del patrimonio e, allo stesso tempo, responsabile personalmente per le obbligazioni contratte nell'interesse del *consortium*.<sup>4</sup> Non era riconosciuta al *Consortium* personalità giuridica poiché il diritto romano stesso non concepiva l'esistenza di una persona giuridica, soggetta di diritto, che non fosse al contempo anche una persona fisica; questo caratterizzerà il diritto romano per tutta la sua vigenza e condiziona gli ordinamenti successivi che sul diritto romano poseranno le fondamenta del loro sistema.<sup>5</sup> Evolutasi dal *Consortium* degli anni precedenti, nella *Communio* dei primi secoli avanti Cristo assume valore fondamentale il concetto di quota come parte astratta dell'intero patrimonio spettante al singolo, metro e misura per la ripartizione delle spese e la divisione dei profitti della gestione dei beni comuni nonché presupposto per promuovere le azioni verso gli altri condomini e chiedere la divisione della *Communio*. Pur presentando la divisione per quote, la *Communio* rimane una situazione di contitolarità di diritti reali al pari del *Consortium*, condividendone la mancanza di limitazione di responsabilità e di personalità giuridica; prende piede, tuttavia, l'idea di dividere il

---

<sup>4</sup> A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1975, pag. 350

<sup>5</sup> G. NOTO-SARDEGNA, *Le società anonime*, Palermo 1908, pp. 5-6

profitto derivante dalla gestione dei beni della comunione in base alla quota di questa che ognuno dei contitolari detiene.<sup>6</sup>

Con l'introduzione per diritto pretorio dell'istituto della *Societas*, si ha un punto di svolta nella storia della società: la contitolarità di diritti patrimoniali del *Consortium* e della *Communio* cedono il passo nella gestione degli affari commerciali ad un nuovo tipo di contratto per mezzo del quale i contraenti (chiamati *socii*) "si obbligano reciprocamente a mettere in comune [...] i loro beni o le loro attività di lavoro, per il conseguimento di un fine che sia utile a tutti"<sup>7</sup>. Queste *Societas* potevano ricomprendere l'intero patrimonio dei contraenti (*Societas omnium bonorum*) o una parte soltanto di questo da dedicare ad un particolare affare (*Societas unius rei o negotiationis*) e venivano costituite tramite contratto consensuale regolato dallo *ius gentium*. Dal contratto deriva in primo luogo l'obbligazione per i *socii* a conferire i beni pattuiti alla gestione comune o a prestare la propria attività nell'interesse della *societas* in base a quanto determinato alla stipulazione; si tenga presente che dal contratto di *societas* nascono solo effetti obbligatori, pertanto per creare la situazione di condomino tra i soci dei beni conferiti – necessaria per avere una gestione comune del patrimonio – sarà necessario concludere i negozi giuridici che permettono la traslazione della proprietà dei beni oggetto di conferimento. In secondo luogo, sempre tra i soci nasce l'obbligazione a ripartire i profitti e le perdite della gestione comune, conferendo gli acquisti effettuati e venendo rimborsati i danni subiti.<sup>8</sup>

La disciplina della ripartizione dei profitti e delle spese tra i *socii* è lasciata – con alcuni limiti che si vedranno *infra* – alla determinazione dei contraenti stessi: questi possono sia prevedere che la quota della ripartizione degli utili e delle perdite spettante al socio non sia proporzionata al valore dei beni conferiti da questo rapportati al patrimonio complessivo, sia che la quota degli utili e quella delle perdite non coincidano tra loro. La legge, tuttavia, prende in considerazione il fatto che in un contratto di *societas* possa non essere regolata espressamente la quota di ciascuno e pertanto offre una disciplina legale: nell'assenza di qualsiasi previsione, utili e perdite sono ripartiti ugualmente tra tutti i *socii*, mentre nel caso in cui sia espressa la quota di ciascun socio agli utili, quella riferita alla sopportazione delle perdite si intende nella stessa misura. Come detto, la disciplina legale era liberamente derogabile dalle parti fino a poter prevedere che un socio partecipasse agli utili senza

---

<sup>6</sup> BURDESE, *Manuale*, pag. 351

<sup>7</sup> *Ivi*, pag. 469

<sup>8</sup> *Ivi*, pp. 470-471

dover sopportare le perdite; limite ultimo alla libertà dei contraenti è il divieto di *societas leonina*, nella quale il socio è escluso totalmente dalla partecipazione agli utili pur partecipando alle perdite.<sup>9</sup>

Il contratto in oggetto esaurisce i propri effetti tra i soci, non essendo riconosciuto *corpus* (considerabile una forma *ante litteram* di personalità giuridica) alla *societas* quale ente distinto dalla persona dei *socii*: il negozio concluso dal singolo nell'interesse della società produrrà effetti solo nella sfera giuridica di questi che, vincolato dal contratto di *societas*, provvederà a sua volta a ripartire con gli altri soci il guadagno ottenuto. Al contempo il socio è direttamente e personalmente responsabile con tutti i suoi beni delle obbligazioni assunte verso il terzo – che potrà quindi agire con i normali mezzi concessigli dall'ordinamento – salva la possibilità di chiedere agli altri soci di partecipare alle perdite rimborsandolo nella proporzione della propria quota.<sup>10</sup>

Una notevole eccezione a quanto appena riportato è costituita dalla *Societas publicanorum*: questo peculiare tipo di *societas* veniva costituita per l'esazione dei tributi o per l'appalto di opere di particolare importanza in una provincia dell'Impero, era considerata entità autonoma rispetto ai soci e si distingueva tra il patrimonio della *societas* e quello dei singoli *socii*.<sup>11</sup> La partecipazione avveniva per quote, le quali erano considerate liberamente trasferibili dai proprietari ma il semplice acquisto della *pars* non era sufficiente a garantire la qualità di socio, essendo necessario che venisse riportato l'avvenuto trasferimento nel registro sociale.<sup>12</sup>

Nella *societas* romanistica, in sintesi, pur essendo prevista la divisione del capitale in quote, una gestione comune del patrimonio, una ripartizione degli utili e delle perdite tra i *socii* e in alcuni casi perfino una sorta di personalità giuridica, mancava la limitazione della responsabilità del socio, elemento che contraddistingue le società anonime.

### **La rivoluzione commerciale e le corporazioni**

Il modello romanistico sopravvive nell'alto medioevo, ancora caratterizzato da una economia curtense: la *curtis* era il luogo confinato entro il quale si svolgeva la vita sociale ed economica degli insediamenti altomedievali, caratterizzata da una economia di sussistenza e dalla mancanza di una

---

<sup>9</sup> BURDESE, *Manuale*, pp. 471-472

<sup>10</sup> NOTO, *Le società*, pag. 6

<sup>11</sup> *Ivi*, pag. 9

<sup>12</sup> *Ivi*, pp 6-7



netta differenziazione delle funzioni produttive, essendo ognuno al contempo contadino e artigiano dei suoi stessi utensili. In una tale società gli scambi commerciali con l'esterno erano ridotti al minimo e di conseguenza anche la figura del mercante assume un ruolo a dir poco marginale.<sup>13</sup>

Una svolta si avrà a partire dal secolo XI con il fenomeno che prende il nome di “rivoluzione commerciale” che nell'Italia dei comuni trova la sua massima espressione grazie ad una serie di fattori economici e sociali correlati: l'incremento demografico favorisce una ripresa dell'agricoltura che, pur rimanendo l'occupazione principale della gran parte della popolazione, lascia spazio alla differenziazione delle funzioni e alla nascita di una classe sociale di piccoli artigiani e bottegai che comporta lo spostamento dell'asse economico dalla corte alla città. Ogni cittadino, infatti, non è più in grado di procurarsi da sé quanto necessario per la vita di tutti i giorni e solo nel mercato cittadino questi può trovare quanto necessita; il singolo artigiano, tuttavia, non è in grado di soddisfare la domanda poiché non dispone dei mezzi sufficienti per gestire tutto il ciclo produttivo e la distribuzione delle merci; è in questo “fallimento del mercato” che nasce la figura del mercante.<sup>14</sup>

Il mercante medievale si fa portavoce della domanda commissionando a più artigiani la produzione dei beni richiesti, occupandosi di dirigere e coordinare le molteplici fasi produttive affidate a più botteghe diverse, organizzando lo stoccaggio e la consegna dei prodotti finiti anche nei mercati di città distanti e addossandosi il rischio e gli oneri di questa attività: l'artigiano infatti viene pagato direttamente dal mercante per il lavoro eseguito.<sup>15</sup>

In questo contesto sociale ed economico nascono le corporazioni, organizzazioni di cittadini esercenti la medesima professione che arrivano a darsi un proprio diritto speciale attraverso gli statuti corporativi. Lo statuto infatti comprendeva norme di organizzazione interna volte a disciplinare il funzionamento dell'organizzazione attribuendo ad un consiglio maggiore la facoltà di deliberazione e funzioni di amministrazione, polizia e fin anche giurisdizione a degli uffici minori; per poter ambire a ricoprire una carica all'interno della corporazione era necessario esserne parte avendo la cittadinanza del luogo, esercitando la professione, godendo di buona fama e accettando le norme dello statuto attraverso un giuramento e il pagamento di una tassa. Il diritto corporativo è

---

<sup>13</sup> SANTARELLI, *Mercanti*, pp. 36-37; V. PIERGIOVANNI, *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, in *Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente medievale e moderno*, in *Atti della società ligure di storia patria*, vol. CXXVI fasc. I, Genova 2012, pag. 945

<sup>14</sup> SANTARELLI, *Mercanti*, pp. 37-39

<sup>15</sup> *Ivi*, pp. 40-41

quindi il primo diritto d'applicazione nella materia commerciale, seguito poi dalle consuetudini, dal diritto statutario cittadino e dal diritto comune romano-cattolico in via residuale; a tali regole sottostanno sia gli artigiani che i mercanti, anche se in posizioni differenti.<sup>16</sup>

Una testimonianza di come le corporazioni regolassero la produzione e il commercio, nonché degli attriti che potevano venirsi a creare è lo statuo dell'arte della lana di Firenze, datato 1317 nel quale sono disciplinati i rapporti tra i lanaioli (i mercanti) e gli artigiani dediti alle varie fasi della produzione, assoggettati anch'essi alla giurisdizione dell'Arte ma senza godere degli stessi benefici. Agli artigiani in particolare era vietato vendere in proprio i pezzi finiti e il controllo sulla produzione avveniva attraverso cedole per le balle di lana consegnate ai tessitori o per le partite di panni da tingere. Questa situazione di soggezione porterà al tumulto dei Ciompi del 1378, indice di come fosse invisa agli appartenenti alla classe artigiana.<sup>17</sup>

### ***La compagnia medievale e la società in accomandita***

Lo sviluppo e la natura dei commerci spingono il mercante ad organizzarsi per rendere più profittevole la sua attività e per questo motivo nel basso medioevo si assiste alla comparsa di due istituti: la compagnia e la commenda o, con un linguaggio più familiare, la società in accomandita.

La compagnia medievale nasce dalla necessità per il mercante di poter operare contemporaneamente su più piazze differenti, per fare questo ha bisogno della collaborazione di altre persone e la scelta naturale ricade sulla propria famiglia: i familiari, infatti, saranno spinti dal comune obiettivo di tenere unito e accrescere il patrimonio familiare, assieme al prestigio e al potere politico che da questo deriva. La famiglia diviene quindi un unico soggetto a cui imputare l'esercizio comune del commercio con il *pater* che vede accentrati su di sé i poteri di gestione e direzione e i *fili* che agiscono come collaboratori, apprendendo e facendo tesoro delle esperienze fatte dai loro avi che diventano un vero e proprio tesoro di famiglia da tramandare di generazione in generazione. La fortuna di questo tipo di organizzazione si deve anche alla struttura della famiglia, che si presta perfettamente nella propria articolazione alle esigenze del commercio: la centralità del

---

<sup>16</sup> PIERGIOVANNI, *Diritto commerciale*, pp. 950-952

<sup>17</sup> SANTARELLI, *Mercanti*, pp. 42-44

*pater* – alla morte del quale il patrimonio anziché venire diviso tra gli eredi sarebbe rimasto unito nella comune attività – unita alla pluralità dei collaboratori volta ad uno scopo comune.<sup>18</sup>

Lo stesso nome *compagnia* indica la condivisione totale che correva all'interno: sono compagni coloro che mangiano assieme, che stanno allo stesso pane, *cum panis*; all'esterno questa condivisione si traduce in una responsabilità illimitata e solidale dei compagni e nel potere di ciascuno di negoziare in nome di tutti gli altri, pur rimanendo il *pater* l'unico a poter rappresentare validamente tutta la famiglia. Questo legame intercorrente tra i compagni, *l'affectio societatis*, richiede che vi sia a monte *l'affectio familiaris*: il vincolo di sangue viene affermato con la costituzione della compagnia, questa poi potrà sciogliersi ed essere rinnovata ma il legame parentale non sarebbe mai passato in secondo piano; la compagnia prende quindi il nome della famiglia che la costituisce e ne spende il nome nei mercati, accrescendone il prestigio e la fama.<sup>19</sup>

Si prenda come esempio la Compagnia dei Peruzzi: questa viene costituita in Firenze nella seconda metà del Duecento<sup>20</sup> ma è dal XIV secolo che – grazie ad una documentazione organica – si hanno precise informazioni a riguardo: tra il 1300 e il 1335 vennero stipulati sette diversi contratti per la costituzione della “Compagnia de’ Peruzzi”, in quanto era previsto con apposita clausola contrattuale che la modificazione della composizione o del capitale sociale potesse avvenire solo successivamente alla compilazione del “saldamento generale” (una sorta di bilancio finale della Compagnia) e tramite la stipulazione di un nuovo atto costitutivo.<sup>21</sup> I contratti in questione sono riconducibili a quelli romanistici di *societas* in quanto prevedevano che ciascun socio conferisse un ammontare di denaro alla gestione comune – si conservano ancora oggi i documenti con i nomi dei soci e l'ammontare dei conferimenti – per trarne un profitto da ripartire tra i membri della compagnia. La società, pur spendendo un “nome comune” non godeva di personalità giuridica propria, essendo sempre previsto che i soci rispondessero con tutto il loro patrimonio personale anche per i debiti contratti dagli altri membri nell'interesse della compagnia fintanto che ne facessero parte, secondo quanto previsto dagli ordinamenti dell'epoca.<sup>22</sup> Una nota sulla composizione della compagine sociale: la compagnia aveva naturalmente carattere familiare,

---

<sup>18</sup> SANTARELLI, *Mercanti*, pp. 133-136

<sup>19</sup> *Ivi*, pp. 137-141

<sup>20</sup> A. SAPORI, *Storia interna della compagnia mercantile dei Peruzzi*, in *Archivio Storico Italiano*, vol. 92, Verona 1934, pag. 6

<sup>21</sup> *Ivi*, pp 12-14

<sup>22</sup> *Ivi*, pag. 18

essendo composta dai membri – come suggerisce il nome – della famiglia Peruzzi, aprendosi però anche al contributo di soci esterni alla famiglia, in particolare nei momenti di difficoltà economica, senza tuttavia che questa componente “estranea” diventasse preponderante o ne alterasse la natura e il funzionamento.<sup>23</sup>

La seconda innovazione che si ha nel diritto commerciale basso medievale qui considerata è la creazione della società in accomandita; per capire i motivi che hanno portato a questa forma societaria è necessario ricordare che nel medioevo l’usura era vietata dalla Chiesa, intendendosi come usura qualsiasi prestito ad interesse: questo rendeva assai difficile per un mercante trovare dei finanziatori che fossero disposti a rischiare il loro capitale senza essere per questo ricompensati. Il divieto di usura, tuttavia, non faceva venire meno la necessità per i commercianti di attingere a capitali terzi per i loro scambi e proprio a questo fine nel XI secolo si consolida la commenda, definita come il contratto attraverso il quale “un commerciante (*tractator*), riceve da un capitalista (*stans*), una sovvenzione e si obbliga a impiegarla in determinate speculazioni mercantili ed a restituirla sotto le condizioni di un viaggio e un ritorno felice, insieme con una parte dei lucri”.<sup>24</sup> Tramite questo contratto, pur rimanendo in capo al mercante ogni rischio di fatto e d’impresa, il finanziatore rischiava il capitale conferito e avrebbe tratto un profitto solo nel caso l’affare fosse andato bene ma – soprattutto – si aggirava il divieto d’usura poiché quanto percepito dallo *stans* non veniva ottenuto a titolo di interesse sulla somma prestata ma come partecipazione agli utili dell’attività del mercante. Il finanziatore altresì non assumeva alcun obbligo verso i terzi, rimanendo il mercante l’unico che avrebbe risposto personalmente e illimitatamente per i debiti; oltretutto lo *stans* non era necessario fosse anch’egli un mercante e viene a realizzarsi uno dei primi esempi di collaborazione economica tra mercanti e non mercanti. La ripartizione degli utili avveniva nella misura solitamente di un quarto per il mercante (al netto delle spese) e dei rimanenti tre quarti tra i finanziatori: questi, infatti, potevano essere molteplici ed anzi era interesse del mercante stesso raccogliere quante più commende possibile in modo da utilizzare l’economia di scala a proprio favore. La commenda viene però definita come una società irregolare: viene ricompresa nelle forme di compagnia (quindi di società) pur mantenendo la *causa mutuandi* tipica del contratto di mutuo e

---

<sup>23</sup> SAPORI, *Storia interna*, pp 20-25

<sup>24</sup> SANTARELLI, *Mercanti*, pag. 172

non la *causa societatis* che ci si aspetterebbe in un contratto di società, questa discrasia le vale l'epiteto di "irregolare" senza tuttavia che questo indichi un vizio o una sanzionabilità.<sup>25</sup>

L'ultima esperienza che si viene qui ad esaminare in merito alle innovazioni medievali in ambito societario è rappresentata dal Banco di San Giorgio: questa istituzione nasce nel XV secolo dopo che la Repubblica Genovese, per finanziare le guerre contro la Serenissima, aveva emesso dei titoli di rendita (*loca*, una sorta di titolo di stato) di valore omogeneo e liberamente cedibili; non essendo in grado, tuttavia, di pagare le rendite promesse, la Repubblica concedette ai possessori dei titoli l'esazione dei tributi a titolo di compensazione. Per avere una esazione proficua i creditori quindi si costituirono in società, ognuno conferendo i propri titoli per formare il patrimonio sociale. I titoli conferiti vennero quindi trasformati in azioni del neonato Banco di San Giorgio che – al pari dei *loca* emessi dalla Repubblica – erano tutti di uguale valore e liberamente trasferibili. Importante notare come la responsabilità patrimoniale dei soci fosse limitata solamente a quanto conferito alla costituzione del Banco: i soci partecipavano senza alcuna limitazione ai guadagni ma, qualora vi fossero verificate delle perdite, al più avrebbero perso solamente quanto dato in società. Si rilevi inoltre come concretamente sarebbe stato assai improbabile che i ricavi fossero minori delle spese dato che il banco – quantomeno alla sua fondazione – non svolgeva un'attività commerciale o di speculazione (come sarebbe avvenuto successivamente) ma solamente di riscossione. Ulteriormente, il banco rimaneva entità separata rispetto ai soci che la componevano, potendo così intravedere un prototipo di personalità giuridica.<sup>26</sup>

Come si è visto, nella compagnia si ritrovano le stesse caratteristiche della *societas* romanistica: divisione del capitale in quote (appartenenti ai vari membri della famiglia) ma mancanza di limitazione della responsabilità del socio e della libera circolazione della quota. L'accomandita vede la collaborazione tra mercanti e finanziatori, offrendo una limitazione della responsabilità solo per questi ultimi, una divisione degli utili in proporzione ai conferimenti senza che vi sia la circolazione della partecipazione. Quanto ai banchi pubblici, essi presentano le principali caratteristiche delle società anonime: divisione del capitale in azioni liberamente trasferibili, limitazione della responsabilità del socio al valore delle azioni ed una personalità giuridica *in fieri*.

---

<sup>25</sup> SANTARELLI, *Mercanti*, pp. 171-186

<sup>26</sup> NOTO-SARDEGNA, *Le società*, pp. 12-13

### ***Le compagnie coloniali in età moderna***

Il XV secolo rappresenta un punto di svolta per il commercio mondiale in seguito all'arrivo di Cristoforo Colombo nelle Americhe nel 1492 e la circumnavigazione del continente africano, effettuata da Vasco da Gama nel 1493: la prima, con la scoperta di un intero continente pieno di ricchezze da esplorare e conquistare, porterà in Europa merci prima di allora sconosciute assieme ad una gran quantità di oro e argento mentre la seconda aprirà nuove rotte per l'Oriente, permettendo scambi via mare con India e Cina, scambi che prima di allora erano possibili solamente attraverso la Via della Seta, una tratta lunga, pericolosa e che richiedeva di attraversare numerosi paesi, anche ostili. Questi avvenimenti comportarono lo spostamento del fulcro del commercio mondiale dall'Italia comunale (che grazie anche alla sua posizione strategica era riuscita per secoli ad essere punto di passaggio obbligato per le merci da e verso l'Oriente) agli stati che si affacciavano sulle coste dell'Atlantico. Tale spostamento avrebbe comportato anche lo spostamento dei centri di elaborazione del diritto commerciale verso paesi di tradizione anche non romanistica e, soprattutto con la riforma protestante, distanti dall'influenza della Chiesa; la dottrina protestante della ricerca della santità nel lavoro quotidiano, una disciplina più tollerante dell'usura e la sostanziale indifferenza per il trattato di Tordesillas (con il quale si divise il mondo in due sfere di influenza: una portoghese e l'altra spagnola) permise ai nuovi attori del commercio mondiale una libertà assai superiore a quella dei mercanti medievali.<sup>27</sup>

Se le ricchezze che il Nuovo Mondo aveva da offrire erano assai cospicue, altrettanto lo erano però anche i costi (non solo economici) che sarebbe stato necessario sostenere per poterle sfruttare: l'armamento delle navi e l'acquisto delle merci nei nuovi mercati richiedono investimenti sostanziosi per i quali l'istituto della commenda si rivela inadeguato, dato l'esiguo numero di finanziatori che era possibile raccogliere, necessitando un rapporto diretto tra questi e il mercante.<sup>28</sup> Al contempo le nuove rotte erano ben più rischiose delle usuali tratte europee: la messa a repentaglio della propria vita per mesi in mare aperto in cui incorrevano i marinai e quello del subire gravi perdite patrimoniali al quale andavano incontro i finanziatori delle spedizioni commerciali che fossero naufragate, metaforicamente e fisicamente. Il bisogno che premeva la classe commerciante delle potenze mercantili europee in quegli anni era quello di distribuire il rischio e le spese che le

---

<sup>27</sup> MIGNONE, *Le regole*, pp. 97-100

<sup>28</sup> *Ivi*, pag. 101

spedizioni comportavano tra più soggetti, dividendone i profitti ma soprattutto assicurandosi che un'eventuale malriuscita del viaggio non compromettesse oltre ogni misura il proprio patrimonio.<sup>29</sup>

Coerentemente con quanto detto in merito allo spostamento del fulcro della elaborazione commercialistica, le necessità di cui sopra assumono un forte peso in Inghilterra, dove si vedrà un passaggio dalla *partnership* alla *corporation* come modo di organizzare i commerci. La prima forma associativa usata fu quella della *partnership* che poteva essere *general*, assumendo le stesse caratteristiche di una compagnia medievale, o *limited* qualora si volesse riprodurre uno schema analogo alla commenda; la *partnership*, tuttavia, non costituiva una *legal entity* separata rispetto alle singole persone che la componevano che quindi, sebbene potessero validamente agire in nome della *partnership*, sarebbero rimaste personalmente responsabili per le obbligazioni assunte.<sup>30</sup>

Questa forma sociale – come detto – si sarebbe rivelata inadeguata e avrebbe ceduto il passo ad una figura già nota al diritto inglese ma che avrebbe rivestito una nuova funzione, la *corporation*: questo istituto nasce nel medioevo per riconoscere dei privilegi alle gilde, organismi di natura ecclesiastica o laica (solo eccezionalmente di carattere esclusivamente commerciale) che detenevano il potere nelle municipalità. Le prime *chartes of incorporation* risalgono al XIII secolo e conferiscono una *natural corporate existence* alla municipalità, riconoscendone la soggettività senza alcun artificio giuridico. Nel XIV secolo iniziano quindi a comparire le prime *corporation* tra soli mercanti per poi arrivare al XVI secolo quando le principali organizzazioni finalizzate al commercio marittimo assumono questa forma.<sup>31</sup> Le *corporation* si dividono in due tipologie: *regulated*, nelle quali ogni membro investe una parte del proprio patrimonio che rimane separato da quello degli altri membri e per questo il singolo assume personalmente i rischi e le responsabilità dell'attività che però viene svolta unitamente a livello di infrastruttura, regolamentata e disciplinata dalla *corporation*, e *joint-stock*, dove viene creato un vero e proprio capitale comune che viene gestito dai membri per l'attività della compagnia e dove guadagni e perdite sono in capo all'ente giuridico e non personalmente ai membri.<sup>32</sup>

Il commercio con le Indie e le Americhe venne quindi affidato a delle compagnie, create appositamente da dei promotori raccogliendo le sottoscrizioni e i contributi di quanti volessero

---

<sup>29</sup> S. WILLISTON, *History of the Law of Business Corporations before 1800*, Cambridge 1888, pag. 109

<sup>30</sup> GIALDRONI, *East India Company, una storia giuridica (1600-1708)*, Bologna 2011, pp. 153 -154

<sup>31</sup> *Ivi*, pp. 139-150

<sup>32</sup> *Ivi*, pp. 156-158

investire in tali commerci, offrendo in cambio le quote della compagnia costituenda e la qualità di socio che avrebbe reso possibile per gli investitori partecipare alla “vita” della compagnia e, soprattutto, ai profitti degli scambi commerciali.<sup>33</sup> Inizialmente il capitale necessario all’armamento delle navi e all’acquisto delle merci oltre oceano era raccolto di volta in volta per la singola *venture* tra i soli mercanti facenti parte della *company* e diviso al rientro della spedizione assieme ai profitti: la partecipazione alla *company* non implicava necessariamente la partecipazione (fisica, come equipaggio) alle spedizioni, l’organizzazione aveva carattere temporale limitato e seppur presente il *joint stock* (il patrimonio comune dedicato alla spedizione), questo non era considerato permanente. Successivamente il capitale divenne stabile e il requisito della partecipazione alla *company* per poter sottoscrivere il capitale di ventura rimase una mera formalità, adempiuta pagando “*a fee of £5 for membership*”, e di fatto garantendo a chiunque la possibilità di investire nelle spedizioni.<sup>34</sup>

Le nuove compagnie coloniali mantengono la forma delle compagnie medievali e si pongono con queste in un rapporto di continuità dal punto di vista funzionale e strutturale: il potere sovrano continua a garantire dei privilegi che, pur rappresentando norme di eccezione rispetto al *common law*, sono pienamente nel diritto. Anche il rapporto tra gli *shareholders*, i componenti della compagnia, – almeno inizialmente – è quello della *fellowship* medievale: l’ammissione è subordinata al pagamento di una tassa, la qualità di membro veniva trasmessa *mortis causa* agli eredi e la struttura del potere interno, con un capo e ventiquattro consiglieri rimane invariata.<sup>35</sup>

Importanti novità si hanno invece nell’ambito di ciò che i giusnaturalisti sei-settecenteschi avrebbero chiamato “persona morale”, ossia nella personificazione della compagnia in un soggetto autonomo rispetto ai soci. Il concetto medievale di *universitas*, pur indicando più persone fisiche nella loro dimensione collettiva, non creava un qualcosa di ulteriore ed estraneo rispetto ai singoli; l’atto con il quale l’ente astratto assume questo “corpo” per volontà sovrana viene detto “*incorporation*”; la *corporation* diventa *incorporated* per mezzo di una *charter of incorporation* del sovrano. Questo istituto anglosassone e protestante, già utilizzato nei secoli precedenti per le

---

<sup>33</sup> MIGNONE, *Le regole*, pag. 101

<sup>34</sup> WILLISTON, *History*, pp. 109-110

<sup>35</sup> GIALDRONI, *East India Company*, pp. 165-177



*corporations* cittadine sarà poi sviluppato dalla dottrina germanica dell'Ottocento fino a creare la "juristische person".<sup>36</sup>

L'assunzione di questo "corpo", denominato *body politik*, che nel XVII secolo era prevista solo per le municipalità (*towns* e *boroughs*), poteva avvenire per quattro vie: per *common law*, per prescrizione, per l'autorità del Parlamento e infine per mezzo di una *charter of the King*; quest'ultimo fu il mezzo utilizzato nei secoli successivi per incorporare le compagnie coloniali fino al 1844, quando si rese sufficiente la sola registrazione della compagnia per ottenerne l'incorporazione.<sup>37</sup>

Con il tempo il concetto di *joint-stock* si legò a quello di *limited liability*, ossia di responsabilità limitata, ma questo binomio in origine non era pacifico né, a dire il vero, preso in considerazione: innanzitutto per una questione pratica, in quanto le uniche passività che il modo in cui i commerci avvenivano rendevano possibili erano la paga della ciurma e dell'equipaggio, ben inferiori ai proventi della vendita delle merci e per le quali in ogni caso ogni *adventurer* avrebbe risposto con l'intero proprio patrimonio; in secondo luogo perché la responsabilità limitata non era ritenuta centrale nel funzionamento della *company*.<sup>38</sup> Il beneficio della responsabilità limitata dei soci per le obbligazioni sociali iniziò tuttavia ad essere chiesto dagli amministratori delle compagnie in quanto il singolo non sarebbe mai riuscito a far fronte personalmente ai debiti della *company* e, dato il rischio insito nel commercio oltre oceano, la responsabilità personale con lo spettro del fallimento erano ritenuti inaccettabili dagli investitori; l'interesse della Corona ad un florido commercio fece sì che queste istanze vennero accettate e che – eccezionalmente – la responsabilità degli investitori fosse limitata al capitale conferito. Questo tipo di responsabilità limitata si distingue da quella tipica della commenda medievale perché in quest'ultima è solo a chi non è mercante che viene accordata la limitazione mentre con le compagnie coloniali per la prima volta nella storia chi svolge un ruolo attivo non risponde con tutte le proprie sostanze dei debiti contratti nell'esercizio della mercatura.<sup>39</sup>

Fino al XIX secolo, l'*incorporation* non comporta la completa separazione tra compagnia e soci e la responsabilità limitata (per le sole compagnie alle quali tale privilegio è concesso) viene definita "indiretta" in quanto i soci, seppur tenuti al riparo delle pretese dei creditori sociali, possono

---

<sup>36</sup> MIGNONE, *Le regole*, pp. 105-106

<sup>37</sup> GIALDRONI, *East India Company*, pp. 182-189

<sup>38</sup> *Ivi*, pp. 224-227

<sup>39</sup> MIGNONE, *Le regole*, pp. 111-112

comunque essere chiamati dalla compagnia a rispondere personalmente almeno di una parte dei debiti sociali – quindi anche oltre l’ammontare del capitale sottoscritto – tramite *leviation*. Questa responsabilità indiretta poteva a sua volta essere evitata con l’accordo tra compagnia e investitori a non effettuare *leviations* ma questo genere di accordi non arrivò mai ad essere considerato regola generale per tutte le compagnie.<sup>40</sup>

L’assetto odierno delle *corporation* inizia a delinearsi tra XVIII e XIX secolo con quella che viene definita “industrializzazione” del diritto inglese che comportò tra le altre cose la reificazione delle *companies* e l’emersione dell’azione come autonoma forma di proprietà: il concetto di *share* si delinea come una forma di proprietà non più legata ai beni della compagnia, che sono quindi ritenuti semplici strumenti per mezzo dei quali il denaro del capitale era investito per produrre profitti, ma come un autonomo diritto ad ottenere la restituzione del capitale investito e alla partecipazione agli utili.<sup>41</sup> Questo portò a identificare la qualità di socio data dalla proprietà delle quote della compagnia con il possesso dei certificati cartacei che rappresentano tali quote, rendendone così assai più agevole la circolazione e vedendo nascere le borse per favorirne il commercio.<sup>42</sup>

Nel 1720, a causa della *South Sea Bubble*, vennero vietate le *joint-stock companies* che non fossero *incorporated* (l’atto con il quale questa disciplina viene sancita prenderà il nome di *Bubble Act*); nel 1844 e nel 1856 venne riformato l’iter necessario all’*incorporation* (*Joint-stock Act* 1844 e 1856) rendendo sufficiente la semplice registrazione della compagnia e, infine, nel 1855 con il *Limited Liability Act* venne introdotta la responsabilità limitata come diretta conseguenza dell’*incorporation* per tutte le *joint-stock companies*.<sup>43</sup>

*“Elizabeth, by the grace of God, Queen of England [...] do give and grant unto our said loving Subjects, [...], that they and every of them from henceforth be, and shall be one Body Corporate and Politick, in Deed and in Name, by the Name of The Governor and Company of Merchants of London, Trading into the East-Indies”*<sup>44</sup>

La compagnia che più di tutte incarna quanto detto in merito alle compagnie coloniali è senz’altro la Compagnia Britannica delle Indie Orientali (*British East India Company* o *BEIC*), nata inizialmente

---

<sup>40</sup> GIALDRONI, *East India Company*, pp. 231-236

<sup>41</sup> *Ivi*, pag. 229

<sup>42</sup> MIGNONE, *Le regole*, pp. 107-108

<sup>43</sup> GIALDRONI, *East India Company*, pp. 152, 238

<sup>44</sup> *Charter granted by Queen Elizabeth to the East India Company*, Londra 1600, §7

sotto il nome *The Governor and Company of Merchants of London, Trading into the East-Indies*. La compagnia venne creata il 31 dicembre dell'anno 1600 quando Elisabetta I d'Inghilterra, tramite una *charter*, concede e garantisce *body politick* ad una compagnia costituita tra oltre duecento nobili inglesi che "per l'onore della nostra nazione, la ricchezza della nostra gente e lo sviluppo delle imprese dei nostri sudditi"<sup>45</sup> si erano adoperati per commerciare con Africa, Asia e Indie Orientali. I soci costituenti, tutti *Lords*, si sarebbero adoperati loro stessi per finanziare l'attività commerciale, richiedendo però al sovrano il privilegio del monopolio per il commercio sulle rotte "al di là del capo di Buona Speranza" e, per la natura dell'impresa, che la società costituenda avesse piena capacità giuridica e che la responsabilità dei soci fosse limitata alla somma di denaro che ognuno avesse conferito. Ai *Lords* era quindi attribuita la qualità di socio della *Company* e dato il diritto di voto nelle future assemblee della compagnia al fine di eleggerne gli amministratori; la qualità di socio sarebbe stata rappresentata da azioni nominali registrate in un apposito libro sociale.<sup>46</sup> Inizialmente tali somme di denaro sarebbero state raccolte di volta in volta per i singoli viaggi: il primo della durata di due anni e mezzo venne finanziato con circa settantamila sterline (valutabili in 17 milioni e mezzo di sterline odierne<sup>47</sup>) e tra il 1604 e il 1613 altri 11 viaggi vennero finanziati con un *joint stock* creato allo scopo e liquidato alla fine del viaggio, nel 1613 il capitale venne sottoscritto per 4 anni e dal 1617 al 1657 venne rinnovato ogni 8 anni; dal 1657 venne stabilito un *joint stock* stabile, diviso in quote uguali rappresentate da azioni liberamente trasferibili presso la sede stessa della compagnia. Sempre nel 1657, sotto il protettorato di Oliver Cromwell, il voto nelle assemblee della BEIC divenne per quote e non per teste<sup>48</sup> Alla compagnia vennero accordati svariati privilegi, alcuni anche di carattere pubblicistico, che ne condizionarono lo sviluppo: oltre alla *body politick*, alla definizione della struttura giuridica e al monopolio venne concessa l'esenzione dalle tasse per le merci esportate, la possibilità alla compagnia di riunirsi e di darsi leggi per il buon governo della compagnia e il potere di comminare sanzioni a quanti non avessero rispettato il monopolio, gli *interlopers*.<sup>49</sup>

Durante la *Glorious revolution* la posizione della BEIC si era indebolita poiché la sua forza stava nel monopolio concesso dai sovrani sui commerci e già nel 1654 era stato – quantomeno *de iure* – revocato per le rotte con le Indie Orientali; la compagnia comunque riuscì a salvarsi, anche grazie

---

<sup>45</sup> *Charter*, §6

<sup>46</sup> *Ivi*, §14

<sup>47</sup> Stima effettuata tramite il portale della Bank of England (<https://www.bankofengland.co.uk/monetary-policy/inflation/inflation-calculator>)

<sup>48</sup> GIALDRONI, *Gestire la ricchezza*, pp. 147-150

<sup>49</sup> *Ivi*, pp. 158-160

alla *charter* con cui nel 1657 vennero rinnovati i privilegi della fondazione. Poteri ai quali si aggiunsero nel 1661 quelli di coniare moneta, avere un esercito, esercitare la giurisdizione e perfino arrestare e rimpatriare gli *interlopers*. Nel 1693 si assisté a un nuovo tentativo di liberalizzare i commerci con le indie Orientali, ma la compagnia continuò a reputare il proprio commercio in regime di monopolio e a perseguire gli *interlopers*. Una nuova compagnia venne creata nel 1698, con monopolio analogo a quello della “vecchia” BEIC; le società vennero poi fuse nel 1708 per l’inefficienza dell’aver due compagnie pressoché identiche. Il declino della compagnia sarebbe iniziato nel 1833 con l’abolizione del monopolio dei commerci con la Cina per culminare nel 1858 con l’ammutinamento delle truppe indiane che segnò la fine della compagnia.<sup>50</sup>

L’Inghilterra non fu affatto l’unico paese in cui vennero create tali compagnie: a distanza di soli due anni dalla fondazione della BEIC, nei territori delle Sette Province Unite venne costituita quella che sarebbe diventata la sua compagnia rivale, la *Vereenigde Oostindische Compagnie* (VOC – Compagnia olandese delle Indie orientali); nello stesso 1602 verrà fondata la borsa di Amsterdam – la più antica piazza di commercio titoli al mondo – proprio per la compravendita dei titoli azionari della VOC, rendendola così la prima società per azioni ad essere quotata in borsa e aperta alla partecipazione di tutti i cittadini. La VOC, tuttavia, nasce già come una società permanente a lungo termine e ciò lo si evince anche dal capitale iniziale molto più alto, ammontante a 540mila sterline.<sup>51</sup>

Rimanendo nel continente, anche la Francia vedrà la nascita di diverse compagnie delle Indie durante il Seicento (Orientali nel 1604, nel 1642 e nel 1664 e Occidentali nel 1664) ma tutte con scarsi risultati; queste verranno poi fuse tra loro fino a residuare nel 1719 una unica compagnia che – malgrado la poca fortuna che aveva portato agli investitori – resistette fino al 1794.<sup>52</sup>

Nel 1673 venne promulgata da Luigi XIV l’*Ordonnance du commerce*, elaborata dal politico Jean Baptiste Colbert assieme al mercante Jaques Savary per regolare la materia commerciale;<sup>53</sup> l’*Ordonnance* prevedeva due soli tipi di società: *société générale* o *en commandite*, il cui atto costitutivo era da redigersi interamente per iscritto con scrittura privata o davanti ad un notaio, senza che fosse permessa la prova testimoniale contro o in aggiunta al contenuto dell’atto stesso;<sup>54</sup> l’atto costitutivo doveva contenere le generalità dei soci e le eventuali clausole straordinarie disposte dai

---

<sup>50</sup> GIALDRONI, *East India Company*, pp. 59-62

<sup>51</sup> *Ivi*, pp. 42-49

<sup>52</sup> G. MONDAINI, *Compagnie delle Indie*, in Treccani, *Enciclopedia Italiana 1933*

<sup>53</sup> MIGNONE, *Le regole*, pp. 118-120

<sup>54</sup> *Ordonnance du commerce 1673*, Titolo IV, art. 1

contraenti.<sup>55</sup> Per le società “*entre marchands et négociants*” era prevista la registrazione dell’atto costitutivo e l’affissione in luogo pubblico di un estratto di questo a pena di nullità degli atti e dei contratti stipulati sia tra i soci che con i terzi<sup>56</sup> e della “inefficacia” della società stessa, prevedendo che le società “*n’auront effet*” tra le parti e verso i terzi se non dal giorno indicato al momento della registrazione e pubblicazione dell’atto costitutivo.<sup>57</sup> Le due tipologie di società si differenziano sul piano della responsabilità dei soci: per le società generali tutti i partecipanti sono obbligati a rispondere in solido delle obbligazioni societarie senza limitazione di responsabilità alcuna (omologa alla società in nome collettivo italiana)<sup>58</sup> mentre per le società in accomandita gli accomandanti naturalmente rispondono limitatamente al capitale sottoscritto.<sup>59</sup> Non era ancora prevista la costituzione e la disciplina di società anonime di diritto commerciale, condizionando la costituzione delle compagnie ad atti di concessione sovrana (*octroi*, letteralmente “concessione”) singolarmente emanati. L’*Ordonnance* comporta una novità rispetto alla precedente regolazione ma non in quanto a disciplina bensì nella forma che questa assume: ciò che nel medioevo è regolato da consuetudini sovranazionali e dalle regole interne delle corporazioni diviene diritto dello stato assoluto, che avverte il bisogno di regolare in prima persona la materia commerciale in modo da sottrarla al ceto mercantile che era diventato talmente ricco da arrivare a prestare soldi alla corona, permettendogli così di esercitare un forte potere sulla stessa.<sup>60</sup>

Tra Sette e Ottocento, l’esperienza positiva delle compagnie coloniali portò alla nascita di numerose altre compagnie non solo per scopi mercantili ma anche per la “pesca, estrazione di minerali, assicurazione, e altre finalità economiche”<sup>61</sup>, contando circa duecento *companies* formate nel 1720 nella sola Gran Bretagna per gli scopi più disparati.<sup>62</sup> Queste compagnie nascevano pur sempre per concessione regia (*charter, octroi*) la quale dotava di personalità giuridica l’ente collettivo e poteva limitare la responsabilità dei partecipanti alle somme che essi avessero voluto sottoscrivere sotto forma di azioni che arriveranno ad essere liberamente trasferibili sul mercato, e anzi proprio la necessità di rendere lo scambio delle *shares* più agevole porterà alla creazione delle borse valori.

---

<sup>55</sup> *Ordonnance du commerce 1673*, art. 3

<sup>56</sup> *Ivi*, art. 2

<sup>57</sup> *Ivi*, art. 6

<sup>58</sup> *Ivi*, art. 7

<sup>59</sup> *Ivi*, art. 8

<sup>60</sup> MIGNONE, *Le regole*, pp. 115-118

<sup>61</sup> WILLISTON, *History of the Law*, pag. 106

<sup>62</sup> *Ivi*, pag. 112

## Capitolo II – Disciplina europea nel XIX secolo

### **Francia: dall'Ordonnance al Code du commerce**

In Francia la materia commercialistica è ancora disciplinata dall'*Ordonnance* del 1673 e solo sul finire del secolo – nonostante i suggerimenti e le proposte che nei cent'anni precedenti erano stati avanzati – vi sarà una prima riforma: nel 1782 venne presentato a Luigi XVI il *Projet Miromesnil* (dal nome del ministro incaricato) volto a sostituire l'*Ordonnance*; il progetto manteneva la partizione della materia commerciale dell'*Ordonnance*, apportando novità in materia di fallimento e bancarotta ma senza alcun intervento sostanziale in materia societaria. Inviato al parlamento parigino nel 1783 il tentativo di riforma si sarebbe qui fermato a causa di una forte opposizione.<sup>63</sup>

Nel 1789 tramite i *cahiers de doléances* vengono presentate alcune richieste anche in materia commercialistica finanche quella di un codice che possa dare una disciplina legislativa univoca e unificata in tutto il paese. La richiesta di un codice sarebbe stata presa in considerazione durante la Rivoluzione, quando nel 1794 venne prevista la redazione di un codice completo delle leggi suddiviso in codici minori, uno dei quali per la materia commerciale; anche questa iniziativa però non avrebbe avuto successo. Le compagnie costituite tramite *octrois* – uniche società per le quali è prevista la responsabilità limitata di tutti i soci – rimangono disciplinate per tutta la loro durata dagli atti di concessione sovrana e verranno sciolte durante la Rivoluzione con decreto del 26 germinale anno II (15 aprile 1794) poiché considerate “un residuo dei soppressi privilegi di concessione sovrana”.<sup>64</sup> Questa valutazione si sarebbe rivelata però anacronistica e contro gli interessi stessi della rivoluzione: il decreto venne revocato con la legge 30 brumaio anno IV (21 novembre 1795) considerando necessario che il commercio riacquistasse “quella libertà che è stata fonte della prosperità francese”.<sup>65</sup>

Con l'avvento del Consolato venne avviato un nuovo tentativo di redazione del *Code de commerce* che aveva come base l'*Ordonnance* e il *Projet Miromesnil*, sulla quale si innestarono dei principi elaborati dalla commissione redattrice e per la prima volta comparve una disciplina generale della società per azioni. Il nuovo progetto (detto Gorneau, presidente della commissione) venne inviato quindi ai tribunali del paese perché fossero formulate osservazioni e modifiche al testo. Dalle

---

<sup>63</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Codificazione e legislazione commercialistica in Francia (1778-1915)*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, pp. 63-64

<sup>64</sup> F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna 1976, pag. 154

<sup>65</sup> *Ibidem*

numerose osservazioni giunte la commissione iniziò ad elaborare una seconda versione del testo, pubblicata nel 1803. Il testo venne quindi presentato al Consiglio di Stato ma a causa della concomitante discussione in tal sede del Codice di procedura civile, passarono tre anni prima che potesse essere sottoposto al vaglio del *Conseil*. La discussione del testo terminò il 18 settembre 1807 l'entrata in vigore del testo venne prevista per il 1° gennaio 1808, abrogando tutte le precedenti leggi in materia commerciale.<sup>66</sup> Con questo codice la società anonima cessa di essere un istituto di concessione sovrana e si affianca alle altre due tipologie di società già previste dall'*Ordonnance*; nel *Code du commerce* si ha la prima disciplina generale delle società per azioni del continente e sarà applicato in tutti i territori francesi che, ricordiamo, a causa delle campagne napoleoniche andavano ben oltre *l'hexagone* arrivando a comprendere territori olandesi, tedeschi, spagnoli e italiani. Dove non venne direttamente applicato il codice divenne il modello dal quale gli altri ordinamenti – e in particolare per i nostri fini quello italiano – prenderanno spunto.<sup>67</sup>

Venendo dunque alla disciplina del codice di commercio del 1807: per la prima volta la società anonima (*société anonyme*) viene ricompresa tra i tipi di società riconosciuti dalla legge e non da una regia singolare concessione<sup>68</sup>, la società è detta anonima in quanto non esiste sotto un nome sociale o sotto nome di uno degli associati<sup>69</sup> ma viene definita dall'oggetto della propria attività.<sup>70</sup> La responsabilità dei soci è limitata alla loro partecipazione al capitale sociale<sup>71</sup> rappresentato da azioni di egual valore<sup>72</sup> che possono essere nominative, per le quali il trasferimento avviene con l'annotazione nel registro sociale,<sup>73</sup> o al portatore, per le quali il trasferimento avviene con la cessione del titolo<sup>74</sup>. La costituzione non può avvenire che per atto pubblico<sup>75</sup> e la società non può esistere senza l'autorizzazione dell'imperatore e l'approvazione dell'atto che la costituisce.<sup>76</sup> Anche in questo caso è necessaria la pubblicazione: l'ordinanza con la quale il sovrano autorizza la

---

<sup>66</sup> PADOA SCHIOPPA, *Codificazione*, pp. 66-78

<sup>67</sup> *Ivi*, pp. 154-155

<sup>68</sup> *Code du commerce* 1807, art. 18

<sup>69</sup> *Ivi*, art. 29

<sup>70</sup> *Ivi*, art. 30

<sup>71</sup> *Ivi*, art. 33

<sup>72</sup> *Ivi*, art. 34

<sup>73</sup> *Ivi*, art. 36

<sup>74</sup> *Ivi*, art. 35

<sup>75</sup> *Ivi*, art. 40

<sup>76</sup> *Ivi*, art. 37

costituzione della società anonima deve essere affissa secondo le modalità previste<sup>77</sup> a pena di nullità; la nullità per mancanza di pubblicazione non è però opponibile dagli associati verso i terzi.<sup>78</sup>

La società anonima è diventata quindi una delle tipologie di società che i cittadini possono decidere di costituire ma in ragione della limitazione di responsabilità di tutti i soci e delle gravi conseguenze che possono derivare da un utilizzo scorretto per non dire fraudolento della forma sociale l'imperatore mantiene un controllo sulla vita di queste società. Pur differente dall'*octroi* dei secoli precedenti, il sovrano deve comunque prestare la propria autorizzazione perché vi possa essere la costituzione della società, questa tuttavia è disciplinata dalla legge e non dalla concessione governativa come in precedenza.

Un importante intervento di riforma si avrà in Francia nel 1867: la legge del 24 luglio in materia di società innova la materia societaria prevedendo che per il futuro le società anonime si sarebbero potute costituire senza autorizzazione governativa e senza nemmeno la necessità dell'atto pubblico a pena di nullità, bastando per la legittima costituzione la forma della scrittura privata.<sup>79</sup> Viene previsto inoltre un numero minimo di soci pari a sette<sup>80</sup> e – sebbene non fosse previsto un capitale sociale minimo – non potevano essere emesse azioni dal valore nominale inferiore a 100 o 500 franchi a seconda che il capitale sociale fosse inferiore o superiore a 200.000 franchi;<sup>81</sup> il capitale sociale doveva essere sottoscritto interamente e risultare versato almeno un quarto delle azioni sottoscritte da parte di ciascun azionista,<sup>82</sup> una volta versato il quarto del valore, le azioni sarebbero diventate trasferibili.<sup>83</sup> Le azioni si considerano nominative con la possibilità di prevedere con espressa clausola nell'atto costitutivo – una volta versato metà del valore – la trasformazione di esse in azioni al portatore, i sottoscrittori originari rimangono responsabili per due anni dal trasferimento se non risulta versata la metà del valore delle azioni.<sup>84</sup>

Ulteriori innovazioni si hanno quanto alle formalità richieste per la costituzione: non essendo più prevista l'ordinanza regia, la pubblicazione e affissione riguarderanno solamente l'atto costitutivo e la registrazione notarile della sottoscrizione del capitale sociale indicante le generalità degli azionisti

---

<sup>77</sup> *Code du commerce* 1807, art. 45

<sup>78</sup> *Ivi*, art. 42

<sup>79</sup> *Loi 24 juillet 1867*, art. 21

<sup>80</sup> *Ivi*, art. 23

<sup>81</sup> *Ivi*, art. 1

<sup>82</sup> *Ibidem*

<sup>83</sup> *Ivi*, art. 2

<sup>84</sup> *Ivi*, art. 3



e il versamento richiesto.<sup>85</sup> Il mancato rispetto delle disposizioni in oggetto continua a determinare la nullità della società ma questa nullità non è opponibile dai soci nei confronti dei terzi.<sup>86</sup>

### **Gran Bretagna: Joint Stock Companies Act del 1844**

In Gran Bretagna verrà emanato a cura della regina Vittoria nel 1844 “*An Act for the Registration, Incorporation and Regulation of Joint Stock Companies*” contenente la disciplina delle società per azioni (*company* e *incorporation*) operanti nei territori della corona. La disciplina differisce notevolmente dall’esperienza francese precedente e da quella tedesca successiva, prevedendo che la costituzione e l’acquisto della personalità giuridica possano avvenire in due momenti anche molto distanti tra loro e perfino non avvenire affatto. Fondamentale è distinguere le due forme che può assumere la società: *company* (*co.*), ossia la società costituita ma senza la piena personalità giuridica e *incorporated* (*inc.*), ossia la società che ha acquisito piena personalità giuridica attraverso l’atto di *incorporation*. Nel dettaglio, il *Joint Stock Companies Act* prevede che sia compito dei promotori depositare presso l’ufficio di registro preposto alle *companies* un atto contenente le indicazioni sulla natura dell’oggetto sociale, la sede, il capitale sociale sottoscritto, le generalità degli amministratori e dei sottoscrittori, il numero e il valore delle azioni della società costituenda<sup>87</sup> sotto pena di un’ammenda fino a £20 per ogni promotore.<sup>88</sup> Il deposito dell’atto è necessario a legittimare l’esercizio provvisorio dell’attività sociale; solo con l’ottenimento del certificato di completa registrazione e dell’atto di *incorporation* da parte del parlamento tale provvisorietà sarebbe venuta meno e la società avrebbe avuto piena personalità giuridica.<sup>89</sup> Per la costituzione è necessario procedere tramite scrittura privata o atto pubblico contenente quanto sopra riportato e la nomina di almeno tre amministratori e un revisore contabile.<sup>90</sup> Dal 1844 sarebbe quindi stato possibile costituire una *joint-stock company* semplicemente registrandola e senza che fosse richiesta la *charter* o qualsiasi altro tipo di intervento del sovrano.<sup>91</sup>

---

<sup>85</sup> *Loi 24 juillet 1867*, art. 55

<sup>86</sup> *Ivi*, art. 56

<sup>87</sup> *Joint stock companies act*, §IV

<sup>88</sup> *Ivi*, §V

<sup>89</sup> *Ivi*, §XXIII

<sup>90</sup> *Ivi*, §VII

<sup>91</sup> GIALDRONI, *Gestire la ricchezza*, pp. 161-162

Prima della *incorporation* la società è soggetta ad una disciplina peculiare: può compiere validamente solo gli atti necessari all'ottenimento dell'atto di *incorporation*, rimanendo obbligati i promotori per tutti gli atti compiuti nell'interesse della società;<sup>92</sup> è richiesto che annualmente la società rinnovi la registrazione<sup>93</sup> effettuata fintanto che non abbia ottenuto l'incorporazione. Il trasferimento delle azioni in questo regime di precarietà è possibile ma la piena liberazione del dante causa si avrà solo con la comunicazione – da compiersi semestralmente – all'ufficio di registro dell'avvenuta cessione;<sup>94</sup> è proibita la distribuzione di dividendi prima che la registrazione sia stata completata e sia stato completamente versato il valore delle azioni sottoscritte.<sup>95</sup>

Una volta ottenuto l'atto di *incorporation* la società acquista quindi piena capacità giuridica e da quel momento le azioni sono liberamente trasferibili senza che sia necessaria alcuna comunicazione, ma solo se queste sono state interamente versate e sono accompagnate dal certificato di avvenuta registrazione.<sup>96</sup> Ultima particolarità da notare è come la pubblicazione dell'atto costitutivo e del registro degli azionisti depositato nell'ufficio di registro avvenga tramite la predisposizione di una copia di esso nei locali di attività della società, accessibile a chiunque ne abbia interesse.<sup>97</sup>

La disciplina appena presentata sarebbe stata vincolante anche per le società già costituite al momento dell'entrata in vigore dell'*act*, imponendo quindi che si conformassero al nuovo dettato normativo, in caso contrario le società già dotate di personalità giuridica si sarebbero considerate *not incorporated* e pertanto senza piena personalità giuridica.<sup>98</sup>

La limitazione di responsabilità come conseguenza diretta della costituzione della società verrà tuttavia sancita solo undici anni più tardi, con il *Limited Liability Act* al quale seguì un secondo *Joint Stock Companies Act* nel 1856 che rese possibile per almeno sette soci che avessero sottoscritto una parte del capitale costituire una società a responsabilità limitata. L'autonomia patrimoniale perfetta venne quindi riconosciuta in modo definitivo dalla *House of Lords* con il caso – diventato uno dei capisaldi della commercialistica inglese – *Salomon vs. Salomon and Co. Ltd.*<sup>99</sup>

---

<sup>92</sup> *Joint stock companies act*, §XXV

<sup>93</sup> *Ivi*, §XXIII

<sup>94</sup> *Ivi*, §XIII

<sup>95</sup> *Ivi*, §XXVI

<sup>96</sup> *Ivi*, §LIV

<sup>97</sup> *Ivi*, §LVII

<sup>98</sup> *Ivi*, §LXI

<sup>99</sup> GIALDRONI, *Gestire la ricchezza* pp. 162-163

## **Germania: il Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch**

In area tedesca il *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (Codice commerciale generale germanico - ADHGB) entrò in vigore nella Confederazione tedesca nel 1861 – la Confederazione comprendeva i principati sovrani e le città libere facenti parte del Sacro Romano Impero ormai dissolto, il Regno di Prussia e l’Impero Austriaco – rimanendo in vigore dopo la scissione tra Germania ed Austria alla fine della guerra austro-prussiana del 1866 in entrambe le nazioni: in Germania rimarrà poi in vigore fino al 1900, mentre in Austria fino al 1938.<sup>100</sup>

Il codice germanico si applica nei rapporti commerciali dichiarati commerciali dal legislatore (atti oggettivi) e da quelli presunti come commerciali perché posti in essere da un commerciante (atti soggettivi), tuttavia, mancando una unicità del diritto civile tedesco, in alcune parti della confederazione questa venne estesa a regolare anche i rapporti civilistici.<sup>101</sup>

L’imponente opera tedesca offre una disciplina della società per azioni (*Aktiengesellschaft*), definita come società nella quale tutti i soci possono partecipare effettuando conferimenti e senza per questo rispondere personalmente dei debiti della società; il capitale sociale è diviso in azioni che possono essere nominative o al portatore.<sup>102</sup> Anche il codice tedesco, come quello francese del 1807 (e come a suo modo fa anche il *Joint stock companies act*), prevede che la costituzione di una società per azioni sia necessaria l’approvazione del governo; l’atto costitutivo deve essere redatto in forma scritta<sup>103</sup>, iscritto – assieme all’atto di approvazione governativa – nel registro delle imprese del tribunale commerciale nella cui circoscrizione ha sede la società e pubblicatone a stampa un estratto.<sup>104</sup> Fintanto che la società non è approvata e iscritta essa non esiste come tale<sup>105</sup>, intendendosi quindi che in mancanza delle suddette formalità la società esista, ma come società di persone, nella quale la responsabilità dei soci è illimitata.<sup>106</sup> È lasciato tuttavia il diritto a ciascun *Lander* di stabilire che non è necessaria alcuna autorizzazione governativa per la costituzione delle società per azioni.<sup>107</sup>

---

<sup>100</sup> L. BOLAFFIO, *Il nuovo codice di commercio germanico*, Padova 1897, pag. III

<sup>101</sup> *Ivi*, pp. V-VII

<sup>102</sup> *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, art. 207

<sup>103</sup> *Ivi*, art. 208

<sup>104</sup> *Ivi*, art. 210

<sup>105</sup> *Ivi*, art. 211

<sup>106</sup> *A contrariis, ivi*, art. 213

<sup>107</sup> *Ivi*, art. 249

La limitazione di responsabilità degli azionisti è ulteriormente sancita prevedendo che essi non siano obbligati a contribuire all'adempimento delle obbligazioni della società in misura superiore al valore delle azioni da essi sottoscritte.<sup>108</sup> Quanto alle azioni, se nominative sono liberamente trasferibili anche prima che sia stato pagato per intero il loro valore ma libereranno il sottoscrittore originario solo se la società accetta il trasferimento delle azioni e lo libera dall'obbligo; il socio alienante rimane responsabile per un anno dell'importo degli arretrati per tutte le passività della società.<sup>109</sup> Le azioni al portatore non possono essere emesse prima che sia versato per intero il loro valore nominale; il sottoscrittore è incondizionatamente responsabile del pagamento del 40% del valore e non può sottrarsi né trasferendo le azioni né può essere liberato dalla società.<sup>110</sup> Si rilevi come anche nel codice tedesco nulla è previsto in merito al capitale sociale minimo necessario per la costituzione o alla parte di questo necessariamente sottoscritto per essa.

---

<sup>108</sup> *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, artt. 92, 219

<sup>109</sup> *Ivi*, art. 223

<sup>110</sup> *Ivi*, art. 222

## Capitolo III – La legislazione italiana

### *La disciplina italiana preunitaria e il Codice civile del 1865*

Il *Code du commerce* francese entrerà in vigore nel 1807 nei territori direttamente dipendenti dalla Francia e l'anno successivo nel regno d'Italia e nel regno di Napoli, garantendo, sotto il dominio Napoleonico, una disciplina uniforme in tutta la penisola. Dissolto l'impero francese con il congresso di Vienna del 1815 e restaurate le monarchie presenti nella penisola italiana, il *Code du Commerce* sarà l'unico codice napoleonico a rimanere in vigore in tutti gli stati preunitari durante il Risorgimento.<sup>111</sup>

Per il Regno di Sardegna, in Piemonte e Savoia il codice fu abrogato mentre venne mantenuto nei territori liguri fino a quando nel 1842 re Carlo Alberto di Savoia emana il codice di commercio per gli stati sardi, il quale altro non era che la riproposizione del codice francese del 1807;<sup>112</sup> lo stesso vale per la parte V del codice per il Regno delle Due Sicilie del 1819 disciplinante la materia commerciale.<sup>113</sup> Discorso un po' diverso per il ducato di Parma e Piacenza che disciplina nel Codice civile del 1820 anche la materia commerciale, riproducendo il *Code du Commerce* esclusa la legislazione sul commercio e le assicurazioni marittime;<sup>114</sup> il ducato di Modena, abrogato anch'esso il codice francese prenderà a modello il codice parmense per la propria disciplina.<sup>115</sup>

Nel Granducato di Toscana vennero aboliti i codici francesi ma non quello di commercio, che rimase in vigore anche nel principato di Lucca.<sup>116</sup>

Nel Lombardo–Veneto sotto il dominio austriaco verranno abrogati tutti i codici napoleonici eccezion fatta per la disciplina contenuta nel *Code du Commerce* per quanto non in contrasto con i Codici civile e processuale austriaci. Alla promulgazione del ADHGB, i primi quattro libri entrarono in vigore nel Veneto ancora sotto la corona austriaca e rimarranno in vigore – grazie ad una disciplina più moderna rispetto al codice sardo – per alcuni anni dopo l'annessione delle Venezia.<sup>117</sup>

---

<sup>111</sup> PADOA SCHIOPPA, *La legislazione commercialistica nell'Italia preunitaria*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, pag. 137

<sup>112</sup> *Ivi*, pp. 150-153

<sup>113</sup> *Ivi*, pp. 144-146

<sup>114</sup> *Ivi*, pp. 146-148

<sup>115</sup> *Ivi*, pp. 153-154

<sup>116</sup> *Ivi*, pp. 143-144

<sup>117</sup> *Ivi*, pp. 142-143

Nello Stato pontificio il codice francese verrà abrogato in Lazio e Umbria, rimanendo in vigore nella Romagna e nelle Marche (ritornate sotto il controllo romano successivamente); mancando una disciplina commercialistica venne emanato il Regolamento provvisorio di commercio la cui disciplina era pressoché identica a quella del codice abrogato e che rimase in vigore fino all'annessione nel 1870.<sup>118</sup>

Quando nel 1861 venne proclamato il regno d'Italia il dominio sabauda si estendeva sulla quasi totalità della penisola (rimanevano ancora il lombardo veneto e lo stato pontificio), il progetto di unificazione legislativa – culminato con la legge sull'unificazione legislativa del Regno – non prevedeva l'unificazione del diritto commerciale in quanto “era ritenuto che l'uniformità sostanziale della legislazione commercialistica non rendesse indispensabile al riguardo un'unificazione anche formale”<sup>119</sup>. Con le varie annessioni territoriali al regno di Sardegna si era infatti esteso il codice di commercio per gli stati sardi a Emilia, Umbria e Marche, era rimasto in vigore il codice napoleonico in Toscana e Lombardia e quello napoletano nel regno delle due Sicilie, codici formalmente diversi ma che contenevano una disciplina omogenea.<sup>120</sup>

All'unificazione politica seguì nel 1865 l'unificazione legislativa: il diritto privato, che manteneva la tradizionale bipartizione in diritto civile e commerciale, venne unificato con la promulgazione del primo Codice civile e del primo Codice di commercio nel 1865. Entrambi i codici contengono una disciplina delle società: nel Codice civile la società è definita come “un contratto, col quale due o più persone convengono di mettere qualche cosa in comunione, al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare”.<sup>121</sup> La società deve avere un oggetto lecito e mirare all'interesse comune dei soci, ciascuno di questi deve partecipare conferendo dei beni o la propria opera;<sup>122</sup> sono previsti due tipi di società civili: universali e particolari. A loro volta le società universali si distinguono in due tipologie ossia quella di tutti i beni, con la quale i soci mettono in comune tutti i beni che possiedono (*societas omnium bonorum* romanistica)<sup>123</sup> e quella dei guadagni in cui la comunione riguarda solo ciò che i soci guadagneranno dal momento della costituzione in poi.<sup>124</sup> La società particolare è

---

<sup>118</sup> PADOA SCHIOPPA, *La legislazione commercialistica*, pp. 148-149

<sup>119</sup> *Ivi*, pag. 154

<sup>120</sup> *Ivi*, pp. 154-155

<sup>121</sup> *Codice civile 1865*, art. 1697

<sup>122</sup> *Ivi*, art. 1698

<sup>123</sup> *Ivi*, art. 1701

<sup>124</sup> *Ivi*, art. 1702

invece quella che ha per oggetto solamente alcune determinate cose e ricomprende anche le società costituite per intraprendere una impresa determinata o l'esercizio di una professione.<sup>125</sup>

Per le società civili non sono previste particolari formalità per la costituzione se non gli elementi essenziali che ogni contratto deve avere e nemmeno sono previste tipologie differenziate di società in base alla responsabilità dei soci, poiché questi "non sono obbligati in solido pei debiti sociali"<sup>126</sup> ma "sono obbligati verso il creditore con cui hanno contrattato, ciascuno per una somma e parte uguale" essendo previsto al contempo una mitigazione di questa responsabilità in ragione della minore partecipazione di un socio al contratto.<sup>127</sup>

La disciplina civilistica si applica anche alle società commerciali, per quanto non espressamente derogato dal codice di commercio in quanto legislazione speciale.

La distinzione tra società civili e commerciali è data dal tipo di attività che viene compiuta, se atti civili o commerciali; la legge ritiene commerciali una serie di attività prestabilite (di cui all'articolo 2 del codice commerciale del 1865 e articolo 3 del codice del 1882) nonché, nel codice del 1882 ogni atto e obbligazione contratti da un commerciante salvo che l'atto non sia di natura essenzialmente civile o questa natura non risulti esplicitamente nell'atto stesso.<sup>128</sup>

### ***Il Codice di commercio del 1865***

La legislazione commercialistica venne uniformata con la legge 2215/1865; estendendo il codice albertino a tutto il regno, si rese necessario mettere mano al testo, tanto che al governo fu delegato il compito di apportare le modifiche necessarie al coordinamento sostanziale e formale del codice stesso nonché di questo con le altre leggi del Regno.<sup>129</sup>

Il codice del 1865 sarà quindi poco più che una risistemazione del codice sardo del 1842, a sua volta derivato del *Code du Commerce* napoleonico, che si rivelerà superato, in particolare rispetto alla recente disciplina del ADHGB entrato in vigore pochi anni prima.<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> *Codice civile 1865*, artt. 1705-1706

<sup>126</sup> *Ivi*, art. 1726

<sup>127</sup> *Ivi*, art. 1727

<sup>128</sup> *Codice di commercio 1882*, art. 4

<sup>129</sup> PADOA SCHIOPPA, *La legislazione commercialistica*, pag. 155

<sup>130</sup> *Ivi*, pag. 156

Nel 1866 con la conclusione della terza guerra d'indipendenza Veneto e Friuli vennero annessi al Regno mentre nel 1870 con la breccia di porta Pia anche lo stato pontificio venne conquistato e unito all'Italia. Nel campo commerciale, il codice venne esteso solo in via provvisoria ai territori appena conquistati, mantenendo in vigore nel veneto la legge austriaca sulle cambiali del 1850, e riconoscendo come validamente costituite anche per il diritto italiano le società di diritto austriaco.

L'assenza di sostanziali interventi riformatori del codice del 1865 non fu dovuta alla mancanza di un dibattito dottrinale sulla materia che anzi fu molto vivo e che vide opporsi una visione più "garantista" del diritto commerciale, con istituti volti ad assicurare un controllo anche stringente sulla costituzione e sull'operato delle società di capitali e una visione più liberista – appoggiata prevalentemente dagli industriali – che invece premevano affinché lo stato si intromettesse il meno possibile nella vita economica delle società.

### ***Il Codice di commercio del 1882***

La definitiva unificazione legislativa in materia commerciale (comprendendo anche i territori di Veneto, Friuli e la città di Roma) arriverà nel 1882 con la promulgazione del secondo codice di diritto commerciale (primo vero codice di commercio dell'Italia unificata) che resterà in vigore, senza sostanziali modifiche per circa 60 anni, quando nel 1943 la legislazione commerciale verrà assorbita dal Codice civile.

I lavori per tale nuovo codice di commercio iniziarono nel 1869, sintomo di come il codice in vigore fosse visto – dai giuristi tanto quanto dai pratici – obsoleto: in Veneto e Friuli, da poco annessi al Regno, era in vigore il codice germanico, reputato il più avanguardistico dell'epoca e vi furono resistenze alla proposta di estendere anche a questi territori il codice italiano del 1865. La commissione parlamentare iniziò quindi subito a lavorare su un nuovo codice, subendo alcune battute d'arresto e cambi di presidenza arrivò a presentare un progetto nel 1873. Il progetto venne esaminato – per volontà stessa della commissione – dalla magistratura, dalle facoltà di giurisprudenza e dalle camere di commercio; fu da queste ultime che vennero presentate le maggiori osservazioni, che comportarono l'inizio già l'anno successivo di un progetto legislativo in materia societaria. Il progetto senatorio venne terminato nel 1875 e approvato ma non venne approvato dalla Camera dei deputati a causa della caduta del governo di destra e dell'avvento al potere della sinistra. Venne quindi nominata una nuova commissione per rivalutare il lavoro svolto



fino a quel momento alla luce delle osservazioni pervenute; nel 1877 questo nuovo progetto di legge venne presentato al Senato e due anni più tardi venne ad essere esaminato. Il ministro Tajani optò per nominare una ulteriore commissione per la revisione del progetto e l'anno successivo questa presentò una relazione al Senato per l'approvazione (c.d. relazione Corsi, dal nome del presidente della Commissione) che arrivò il 29 giugno del 1880. Il testo approvato arrivò così alla Camera, la quale procedette subito alla nomina della commissione esaminatrice che nei primi mesi del 1882 presentò la relazione finale (relazione Mancini) e si procedette alla discussione in aula. La camera approvò il progetto e con il sì definitivo del Senato il 27 marzo 1882 il nuovo codice di commercio era completato.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, pp. 157-203

## Capitolo IV – La disciplina delle società nei codici italiani dell’Ottocento

### *Il codice di commercio del 1865*

Secondo l’impostazione del primo codice commerciale unitario, “La legge riconosce tre specie di società commerciali: la società in nome collettivo; la società in accomandita semplice, o divisa per azioni; la società anonima”<sup>132</sup> che “costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi separati e distinti dalle persone dei soci”<sup>133</sup> per essere regolare la costituzione deve avvenire per iscritto<sup>134</sup>.

Per quanto riguarda la società anonima, essa “si forma mediante riunione di capitali, [...] qualificata dall’oggetto della sua impresa”<sup>135</sup> e – fondamentale – non può esistere se non è autorizzata con decreto reale e l’atto di costituzione non è approvato dal governo<sup>136</sup>. “Per la costituzione della società è necessario che sia sottoscritto per quattro quinti il capitale sociale, e versato in danaro da ciascun socio il decimo almeno del montare delle azioni da lui sottoscritte [...]. La società non può emettere obbligazioni o altri titoli al portatore, sinché non sia versato l’intero capitale sociale”<sup>137</sup>.

La responsabilità limitata si sancisce prevedendo che “gli azionisti sono soggetti soltanto alla perdita del montare delle loro azioni”<sup>138</sup> e pertanto non sono responsabili con il loro patrimonio personale per le obbligazioni sociali. La proprietà delle azioni si stabilisce tramite iscrizione nei libri sociali se queste sono nominative, con il possesso materiale del titolo azionario se invece sono al portatore; la proprietà è trasferita con la dichiarazione firmata da cedente e cessionario sui libri sociali per le azioni nominative mentre per quelle al portatore basta la consegna del titolo. “Le azioni al portatore possono essere cambiate in nominative, e queste in azioni al portatore”<sup>139</sup> ma se sono azioni nominali e non sono state pagate per intero all’emissione, verrà rilasciato solo un certificato provvisorio che potrà essere cambiato in azioni al portatore solo una volta pagato almeno la metà del valore nominale.<sup>140</sup>

---

<sup>132</sup> *Codice di commercio 1865*, art. 106

<sup>133</sup> *Ivi*, art. 108

<sup>134</sup> *Ivi*, art. 155

<sup>135</sup> *Ivi*, art. 129

<sup>136</sup> *Ivi*, art. 156

<sup>137</sup> *Ivi*, art. 135

<sup>138</sup> *Ivi*, art. 140

<sup>139</sup> *Ivi*, art. 150

<sup>140</sup> *Ivi*, art. 151

La responsabilità è invece personale dei sottoscrittori per i versamenti delle azioni – indipendentemente dalla cessione di queste – fintanto che non siano cambiate con azioni al portatore<sup>141</sup>.

Ulteriori formalità richieste alla costituzione sono la rimessione – entro quindici giorni dalla redazione – dell'intero atto costitutivo e del decreto reale di approvazione alla cancelleria del tribunale di commercio nella cui giurisdizione è stabilita la sede della società per la trascrizione nel registro e l'affissione per tre mesi nella sala del tribunale<sup>142</sup>. È previsto inoltre che un estratto contenente il nome degli amministratori, l'oggetto della società, la data del decreto reale di approvazione, l'ammontare del capitale sociale, di quello sottoscritto e di quello versato, la specie delle azioni emesse e la durata della società sia pubblicato nei giornali degli annunci giudiziari ove ha sede o stabilimento la società<sup>143</sup>. Qualora non siano rispettate queste disposizioni ogni socio potrà recedere dalla società che si intenderà di diritto risolta; non potrà tuttavia essere opposta dai soci a terzi.<sup>144</sup>

A queste formalità saranno sottoposte anche le società già esistenti all'entrata in vigore del codice.<sup>145</sup>

A soli due anni dalla promulgazione del codice italiano, il legislatore francese opererà una importante riforma della materia commercialistica e in particolare societaria attraverso la *loi 24 juillet 1867*<sup>146</sup>; questo intervento innovativo, combinato con la promulgazione di qualche anno precedente del codice tedesco, rese quasi subito obsoleta l'opera italiana. Il codice di commercio italiano del 1865 era infatti rimasto pressoché identico a quello per gli Stati Sardi del 1842 e quest'ultimo al *code* napoleonico: la legge non aveva tenuto il passo con le esigenze liberiste che si erano diffuse in Europa e fin da subito fu chiaro come fosse necessario un intervento di riforma organica, se non addirittura un nuovo codice.<sup>147</sup>

---

<sup>141</sup> *Codice di commercio 1865*, art. 152

<sup>142</sup> *Ivi*, artt. 158, 160

<sup>143</sup> *Ivi*, artt. 161, 162

<sup>144</sup> *Ivi*, art. 164

<sup>145</sup> *Disposizioni transitive al codice di commercio 1865*, art. 2

<sup>146</sup> V. *supra*: Capitolo 2, Paragrafo 1 - Francia

<sup>147</sup> PADOA SCHIOPPA, *La legislazione commercialista*, pp. 155-156

## ***Il codice di commercio del 1882***

Il codice del 1882, definito dal presidente della Cassazione francese Massè come superiore a quelli delle altre nazioni europee <sup>148</sup> prevedeva una disciplina organica di tutte le società commerciali: si inizia l'esposizione definendo cosa si intenda per società commerciali e si prosegue con la disciplina che il codice detta per queste.

“Le società commerciali hanno per oggetto uno o più atti di commercio e si distinguono nelle specie seguenti: la società in nome collettivo [...]; la società in accomandita [...]; la società anonima”<sup>149</sup> che continuano a costituire “rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci”<sup>150</sup>. Per le prime due tipologie è previsto che esse abbiano una ragione sociale, mentre l'anonima “è qualificata con una denominazione particolare o con la designazione della sua impresa”<sup>151</sup>.

La forma richiesta per la costituzione di qualsiasi società è l'atto scritto, per l'anonima (e la società in accomandita per azioni) tuttavia si richiede l'atto pubblico<sup>152</sup> che deve contenere denominazione e sede della società, oggetto sociale, l'ammontare del capitale sottoscritto e di quello versato, l'elenco dei soci o delle azioni emesse, in quest'ultimo caso indicando valore e tipologia di azioni; devono essere unite all'atto costitutivo le sottoscrizioni degli azionisti e le prove del versamento effettuato<sup>153</sup>. L'atto costitutivo, assieme allo statuto deve essere depositato “per cura e sotto responsabilità del notaio che ha ricevuto l'atto e degli amministratori” in tribunale perché sia verificato l'adempimento delle formalità richieste per la legale costituzione, trascritto nel registro delle società e affisso in tribunale, comune e borsa<sup>154</sup>. Un estratto dell'atto costitutivo e dello statuto andranno pubblicati “nel giornale degli annunci giudiziari del luogo ov'è la sede della società”<sup>155</sup>, mentre andranno per intero pubblicati nel bollettino ufficiale delle società per azioni<sup>156</sup>.

Fintanto che le formalità indicate non sono state espletate “la società non è legalmente costituita e chiunque contrae in nome di essa è tenuto solidariamente e senza limitazione per gli obblighi che

---

<sup>148</sup> PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice*, pag. 157

<sup>149</sup> *Codice di commercio 1882*, art. 76

<sup>150</sup> *Ivi*, art. 77

<sup>151</sup> *Ibidem*

<sup>152</sup> *Ivi*, art. 87

<sup>153</sup> *Ivi*, art. 89

<sup>154</sup> *Ivi*, art. 91

<sup>155</sup> *Ivi*, art. 94

<sup>156</sup> *Ivi*, art. 95

assume”<sup>157</sup> assieme a promotori ed amministratori; per le anonime legalmente costituite “le obbligazioni sono garantite limitatamente ad un determinato capitale e ciascun socio non è obbligato che per la sua quota o per la sua azione”<sup>158</sup>. È previsto che l’anonima non sia legalmente costituita se manca l’atto pubblico e fino a che non siano state adempiute le formalità indicate<sup>159</sup>, dando facoltà ad ogni socio di adempiere a spese della società alle formalità, far condannare gli amministratori ad eseguirle<sup>160</sup> o – dopo tre mesi dalla scadenza del termine per le pubblicazioni fissato in 15 giorni dalla costituzione – di essere liberati dalle obbligazioni derivanti dalla loro sottoscrizione<sup>161</sup>.

La costituzione può avvenire anche per gradi, attraverso più atti pubblici che vadano a soddisfare i requisiti necessari<sup>162</sup> oppure per pubblica sottoscrizione; in quest’ultimo caso andrà depositato in tribunale e poi pubblicato un programma che descriva la società (scopo, capitale, clausole principali di atto costitutivo e statuto)<sup>163</sup>, in calce ad una copia del programma andranno raccolte le sottoscrizioni, indicando le generalità dell’azionista, il numero di azioni che intende sottoscrivere e la dichiarazione di conoscenza e accettazione del programma. È possibile che le sottoscrizioni vengano effettuate anche tramite missiva contenente le stesse indicazioni della sottoscrizione in calce al programma; in qualunque modo vengano raccolte, le sottoscrizioni dovranno essere autenticate da un pubblico ufficiale<sup>164</sup>.

Il capitale sociale dovrà essere interamente sottoscritto e ogni socio dovrà aver versato presso la cassa depositi e prestiti o uno degli istituti preposti<sup>165</sup> almeno i tre decimi della propria sottoscrizione (un decimo per le imprese di assicurazione) per poter costituire la società; fintanto che non sia stato versato per intero il valore delle azioni sottoscritte alla società è fatto divieto di emetterne di nuove<sup>166</sup>. Le azioni devono avere tutte eguale valore<sup>167</sup> e possono essere al portatore o nominative: in quest’ultimo caso la proprietà si stabilisce mediante iscrizione nel registro sociale e si trasferisce con dichiarazione sottoscritta da cedente e cessionario annotata nel suddetto

---

<sup>157</sup> *Codice di commercio 1882*, art. 98

<sup>158</sup> *Ivi*, art. 76

<sup>159</sup> *Ivi*, art. 98

<sup>160</sup> *Ivi*, art. 97

<sup>161</sup> *Ivi*, art. 99

<sup>162</sup> *Ivi*, art. 128

<sup>163</sup> *Ivi*, art. 129

<sup>164</sup> *Ivi*, art. 130

<sup>165</sup> *Ivi*, art. 133

<sup>166</sup> *Ivi*, art. 130

<sup>167</sup> *Ivi*, art. 163

registro, “la proprietà delle azioni al portatore si trasferisce mediante la tradizione del titolo”. Sottoscrittori e cessionari sono responsabili in solido – indipendentemente da qualsiasi alienazione – dell’ammontare delle loro azioni<sup>168</sup> che saranno nominative fintanto che non ne sarà versato l’intero valore, successivamente potranno essere trasformate in azioni al portatore; queste ultime potranno sempre essere trasformate in azioni nominative<sup>169</sup>. Prima della legale costituzione della società è nulla ogni vendita o cessione delle azioni<sup>170</sup>.

Alla stessa disciplina sono tenute tutte le società estere “le quali hanno nel Regno la loro sede e l’oggetto principale della loro impresa” essendo considerate come società nazionali; se invece la società è legalmente costituita in un paese estero ma “stabiliscono nel Regno una sede secondaria od una rappresentanza” sono tenute alle sole disposizioni riguardante il deposito, la trascrizione, l’affissione e la pubblicazione degli atti necessari in base al tipo di società; se la società è di specie diversa rispetto a quelle contemplate dalla legislazione italiana, saranno tenute alle formalità richieste per le società anonime.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> *Codice di commercio 1882*, art. 165

<sup>169</sup> *Ivi*, art. 168

<sup>170</sup> *Ivi*, art. 136

<sup>171</sup> *Ivi*, art. 228

## Capitolo V – Sulla personalità giuridica delle società commerciali

### **La questione**

Per comprendere appieno il dibattito dottrinale instauratosi sulle conseguenze di una irregolare costituzione di una società anonima, occorre tenere presente la questione dell'attribuzione alle società commerciali della personalità giuridica: come si è visto<sup>172</sup> non viene mai espressamente previsto, né nel codice del 1865 né in quello del 1882, che le società costituiscano delle persone giuridiche, limitandosi il codice a sancire che queste siano “enti collettivi distinti dalle persone dei soci”<sup>173</sup>. La dottrina ottocentesca si trovò quindi a dibattere sulla sussistenza o meno di tale personalità in capo alle società commerciali, partendo dalla lettera del codice e arrivando a conseguenze opposte in base ad una interpretazione più o meno formale della legge.

Il fulcro del dibattito dottrinale consiste nella diversità di vedute tra i giuristi coinvolti del rapporto che intercorre tra “persone giuridiche”, “corpi morali” e “società commerciali”. Questi termini verranno infatti correlati o disgiunti tra loro in base alla tesi proposta da ciascun autore. Giova qui riportare l'articolo 2 del Codice civile del 1865, per il quale “I comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico.” e l'articolo 77 del Codice di Commercio del 1882 per il quale “le società costituiscono rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci”.

### **Dottrina maggioritaria: sussistenza della personalità giuridica**

La corrente di pensiero principale negli anni presi in esame considera le società commerciali dotate di personalità giuridica, per giustificare questa posizione gli autori considerano intercorrente un rapporto *genus a species* tra i termini di cui sopra: il genere “persone giuridiche” si differenzerebbe nelle specie “corpi morali” e “società commerciali” in base allo scopo dell'ente. I corpi morali hanno per obiettivo il pubblico bene, perseguito con il consenso dello stato; le società commerciali hanno

---

<sup>172</sup> V. *supra*, Capitolo IV

<sup>173</sup> *Codice di commercio 1882*, art. 75

come loro unico scopo l'interesse dei soci.<sup>174</sup> Tra i sostenitori di questa tesi vi sono Cesare Vivante e Gustavo Bonelli.

Veneziano di nascita e padovano di formazione, il Vivante ottiene la cattedra di diritto commerciale presso l'università di Genova e negli ultimi anni del diciannovesimo secolo diventa uno dei giuristi più attivi nel panorama dottrinale italiano. Il giurista mette in chiaro fin da subito quale sia la sua opinione sull'argomento della personalità giuridica rilevando come le società commerciali siano "delle persone giuridiche costituite mediante contratto": nessun dubbio lascia quindi all'interprete, arrivando quasi ad attribuire la personalità alle società commerciali per definizione. Questa attribuzione, tuttavia, non è assoluta in quanto solo un contratto che sia pubblicato solennemente può conferire la personalità giuridica alla società; per quanto il volere dei soci sia vincolante tra di essi pur se non pubblicato, tale volere non raggiunge quella "personificazione che agevola il raggiungimento dello scopo sociale" fintanto che perdura l'irregolarità della costituzione. La società possiede dunque propria personalità giuridica ma solo se la costituzione di questa sia avvenuta rispettando il dettato codicistico.<sup>175</sup>

Avendo chiarito la propria posizione, l'autore viene quindi ad esporre in cosa consista la personalità giuridica della società, ossia la capacità di essere organismi autonomi forniti di diritti patrimoniali; una caratteristica che ritiene essere stata una conquista del diritto medievale italiano in quanto del tutto mancante nella *societas* romanistica.<sup>176</sup> In particolare il giurista fa notare come nelle società anonime la personalità giuridica della società appaia recisamente staccata dalla personalità – fisica – degli azionisti in quanto questi non potranno mai essere chiamati in responsabilità a titolo personale – salvo quanto si vedrà *infra* per i soci che abbiano agito nell'interesse della società – , mentre per le società in nome collettivo (e per il socio accomandatario nelle società in accomandita) la personalità giuridica della società e quella dei soci sono legate tra loro in quanto il socio può essere chiamato in via sussidiaria a garantire le obbligazioni della società.<sup>177</sup>

Quanto ai modi tramite i quali la personalità giuridica si esterna, l'autore innanzi tutto rileva come in primo luogo essa sia data nei confronti dei soci e solo consequenzialmente verso i terzi. Alla società, infatti, non solo spettano dei diritti nei confronti dei soci ma è anche data a questa la

---

<sup>174</sup> C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino 1893, vol. I, pag. 323

<sup>175</sup> VIVANTE, *Trattato*, pag. 305

<sup>176</sup> *Ivi*, pag. 319

<sup>177</sup> *Ivi*, pag. 322



possibilità (e capacità) di agire in giudizio in nome proprio per vederli tutelati; che concretamente ciò avvenga per mezzo degli amministratori o dei rappresentanti non contraddice quanto appena affermato in quanto questi non agiscono per un loro diritto nell'interesse della società, ma per un diritto della società nell'interesse della stessa. In secondo luogo l'autore rileva come il patrimonio sociale sia da ritenersi proprietà esclusiva della società e non una comproprietà tra i soci come viene sostenuto da altri giuristi; riprova di quanto detto è il fatto che le azioni siano considerate beni mobili seppur nel patrimonio della società siano presenti degli immobili: una quota di bene immobile è pur sempre un bene immobile e pertanto se il patrimonio sociale fosse in comproprietà tra i soci non si spiegherebbe una simile previsione.<sup>178</sup> Dalla personalità giuridica della società consegue quindi che essa ha capacità di volere ed è espressa per mezzo dei legittimi rappresentanti e che il patrimonio sociale è posto a garanzia comune di tutti e soli i creditori sociali (se la società è regolarmente costituita, esso resiste per tutta la durata della società agli attacchi dei creditori particolari dei soci).<sup>179</sup> La società ha inoltre un nome sociale che può difendere in giudizio ed ha un solo domicilio che è quello eletto a sede della società stessa.<sup>180</sup> Dalla personalità giuridica consegue anche che i soci che entrano in società successivamente rispondono (personalmente o con i loro conferimenti, a seconda del tipo di società) anche delle obbligazioni prese prima della loro entrata in quanto queste non possono essere riferite ai soci che componevano la società al momento dell'assunzione. Le stesse persone possono quindi prendere parte ad altre società e se anche due società avessero identica compagine sociale, ciò non varrebbe a identificarle nella medesima società.<sup>181</sup> Ulteriore – e conclusiva – conseguenza della personalità giuridica della società che l'autore presenta è che non ci possa essere compensazione tra crediti e debiti se gli uni sono sociali e gli altri particolari e questo vale sia per i terzi che per i soci nei confronti della società e viceversa.<sup>182</sup>

Angelo Sraffa, nel dedicarsi al fallimento delle società commerciali, prende in considerazione il dibattito in oggetto e vi fornisce il proprio contributo: la tesi del Vivante, per il quale è la pubblicazione del contratto a conferire personalità giuridica alla società, non è per lo Sraffa pienamente condivisibile. L'autore considera società commerciali e personalità giuridica un binomio indissolubile e ritiene pertanto che la sola esistenza della prima basti a conferirle la seconda;<sup>183</sup> così

---

<sup>178</sup> VIVANTE, *Trattato*, pag. 326

<sup>179</sup> *Ivi*, pag. 327

<sup>180</sup> *Ivi*, pag. 328

<sup>181</sup> *Ivi*, pag. 329

<sup>182</sup> *Ivi*, pag. 330

<sup>183</sup> A. SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze 1897, pag. 50

facendo l'autore sposta il *focus* della questione sul quando possa dirsi esistente una società legando a doppio filo regolarità della costituzione e personalità giuridica.<sup>184</sup>

Avvocato generale della Banca d'Italia fu il giurista romano di formazione perugina Gustavo Bonelli: occupandosi della questione della personalità giuridica l'autore rileva come un vero e proprio conflitto di idee si fosse svolto in senato tra i sostenitori e gli avversari della personalità giuridica il cui esito ultimo fu quello di non ammettere nel Codice di commercio l'espressione "persona giuridica" mantenendo ferma quella di "ente collettivo distinto rispetto ai terzi", ma che un conflitto ancora maggiore vi fu in occasione del Codice Civile quando la commissione escluse le società commerciale dall'articolo 2 sulle persone giuridiche, società che erano invece ricomprese nel progetto Pisanelli. L'autore si sofferma sulla differenza tra corpo morale, persona giuridica e società commerciale, rilevando come "il nostro linguaggio giuridico non sia abbastanza ricco da permettersi il lusso di più parole per una sola idea"<sup>185</sup> e pertanto sostenendo la divisione della persona giuridica come genere nelle due specie: i corpi morali, organismi di diritto pubblico che perseguono uno scopo socialmente utile e le società commerciali, da considerarsi unità dal punto di vista patrimoniale ma che nella realtà extrapatrimoniale sono considerate enti collettivi. Il giurista inoltre ritiene che ogni ente con autonomia patrimoniale dovrebbe essere classificato come persona giuridica, in quanto questa locuzione riguarda solamente il diritto patrimoniale; al contrario ente giuridico lo considera in senso ampio e non solo da un punto di vista di diritto privato, distinguendo gli enti giuridici assoluti, rappresentanti un interesse perpetuo e rientranti nella sfera pubblicistica e gli enti giuridici relativi, che rappresentano un interesse patrimoniale e rientrano per questo solamente nella sfera privatistica.<sup>186</sup>

L'Autore considera la questione vertente sulla finzione o meno della personalità giuridica: è da considerare una finzione – per l'autore – se si assume che sia reale la sola persona fisica. Il giurista pone quindi l'accento su cosa possa definirsi reale e cosa no e rileva che ciò dipende anche dal campo di riferimento, ossia se si stia parlando di realtà fisica o di realtà giuridica, ma parlando di diritto l'unica realtà da considerare è quella giuridica e pertanto i soggetti di diritto non possono che essere delle realtà, indipendentemente dal fatto che corrispondano o meno ad altre realtà extragiuridiche (come avviene per le persone fisiche). Considerare la società una persona per

---

<sup>184</sup> V. *infra*, Capitolo VI

<sup>185</sup> G. BONELLI, *Delle società irregolari*, in *Archivio giuridico diretto da Filippo Serafini volume LVII*, Pisa 1897, pag. 418

<sup>186</sup> *Ibidem*

finzione sta a significare solo escludere che essa sia anche una persona fisica, non che non sia una reale persona giuridica per il diritto.<sup>187</sup>

L'autore viene quindi a trattare del valore da attribuire alla specificazione "di fronte ai terzi" che opera il codice di commercio: per il Bonelli, infatti, sta a indicare che la personalità giuridica della società si manifesta solo al di fuori della stessa, nei rapporti patrimoniali che questa intrattiene con i terzi. L'autore reputa altresì tale specificazione in primo luogo inutile poiché la personalità giuridica – e parimenti quella fisica – consiste nella possibilità di intrattenere rapporti con altre persone (giuridiche o fisiche a seconda del contesto di riferimento) ed è priva di un significato di per sé stessa ed in secondo luogo equivoca perché come la personalità della società non assorbe quella di coloro che la compongono – consentendo quindi che vi siano dei rapporti giuridici tra socio e società –, allo stesso tempo non può esistere se non differenziandosi dalla personalità dei singoli. Un ente giuridico non può essere una mera pluralità di enti patrimoniali: solo perdendo il carattere della comunione del patrimonio diviene ente giuridico; la locuzione "verso i terzi" è quindi un'aggiunta superflua inserita al solo fine di escludere che si intendesse attribuire alla società commerciale una qualsiasi realtà di ordine assoluto o extrapatrimoniale.<sup>188</sup> La personalità giuridica attribuita alla società è da considerarsi perfetta e valida sia verso i soci che verso i terzi: per i soci, nei loro rapporti con la società non si trovano di fronte ad una collettività degli altri soci ma ad un ente autonomo, per questo motivo non compete ad alcun socio la proprietà o comproprietà dei beni sociali che costituiscono la proprietà della società.<sup>189</sup>

Sulle critiche sollevate in ragione del fatto che allo stesso modo delle società commerciali, anche le società civili sono proprietarie o creditrici verso i soci, l'autore rileva come nel codice civile non si trovi alcuna espressione che definisca la società come "creditrice" verso il socio o proprietaria: "credito della società nei confronti dei terzi" è ritenuta una espressione impropria per indicare il credito dei soci, "debito di un socio verso la società" sta ad indicare il debito verso gli altri soci, "debito sociale" è debito comune dei soci, le cose conferite in società appartengono a tutti i soci (in comunione) ma non sono di proprietà di nessuno. Diversamente, nel Codice di commercio, non vi è alcun timore di utilizzare l'espressione "proprietà della società" (art 82), mentre il socio è

---

<sup>187</sup> BONELLI, *Delle società*, pag. 419

<sup>188</sup> *Ivi*, pag. 420

<sup>189</sup> *Ivi*, pp. 419-420

proprietario di una quota ma non delle cose stesse bensì di aspettative future (utili), la proprietà dei beni è esclusiva della società.<sup>190</sup>

Quanto ai lavori preparatori, lo stesso autore riporta come in Senato la contrapposizione era tra enti collettivi distinti e corpi morali, intesi – impropriamente – come sinonimo di persone giuridiche.<sup>191</sup>

### ***Dottrina minoritaria: insussistenza della personalità giuridica***

La tesi contraria a quella esposta nel capitolo precedente, seppur minoritaria, è stata sostenuta da diversi autori che, non convinti dal supposto rapporto genere a specie delle persone giuridiche, ritengono le società commerciali non rientranti nel novero delle persone giuridiche. Si vedranno qui i contributi di diversi autori poiché, mentre all'interno della dottrina maggioritaria gli autori adottano la visione del Vivante, all'interno della dottrina minoritaria diverse sono le vie attraverso le quali si giunge a negare la personalità giuridica alle società.

Ulisse Manara, giurista di formazione Bolognese e in seguito docente presso le università di Palermo e di Genova nel suo "Trattato teorico-pratico delle società e delle associazioni commerciali" edito tra il 1900 e il 1905 dedica la prima sezione del volume secondo (pubblicato nel 1902) a "La pretesa personalità giuridica delle società commerciali". Già il titolo che l'autore sceglie si può capire come questi non lascia adito a dubbi sulla propria presa di posizione.

Come prima cosa nel presentare la questione della sussistenza della personalità giuridica, il giurista rileva come questa sia precipua dell'ordinamento italiano il quale, nello stabilire che "i comuni, le province, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili"<sup>192</sup> offre la possibilità per i tecnici del diritto di interpretare "tutti i corpi morali legalmente riconosciuti" in maniera differente; il giurista infatti riporta come negli altri ordinamenti europei, vuoi per espressa previsione di legge, vuoi per la unanime dottrina e giurisprudenza, non vi sia alcun serio dubbio che le società commerciali siano (o meno) persone giuridiche.

---

<sup>190</sup> BONELLI, *Delle società*, pag. 421

<sup>191</sup> *Ivi*, pag. 422

<sup>192</sup> *Codice civile 1865*, art. 2

L'autore passa quindi in rassegna le legislazioni di alcuni paesi europei per evidenziarne e sottolinearne le diverse scelte normative, mantenendo un atteggiamento neutrale per le soluzioni offerte dagli ordinamenti europei.

Nessun dubbio – afferma – hanno dottrina e giurisprudenza belghe nell'interpretare la "*individualité juridique distincte*" dell'articolo 2 della legge sulle società del 1873 come personalità giuridica, mentre sulla medesima legge in Francia non c'è unicità di vedute;<sup>193</sup> ancor minor dubbio lascia all'interprete il codice di commercio spagnolo del 1885 sancendo all'articolo 116 che "*Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.*". Allo stesso modo il secondo codice di commercio della penisola iberica, quello portoghese del 1888, non lascia adito a dubbi sull'attribuzione alle società della personalità giuridica, ma prevedendo all'articolo 109 che queste "*representeram para com terceiros una individualidade jurídica diferente*" si differenzia dal codice spagnolo in quanto mentre per i terzi le società commerciali rappresentano una persona giuridica differente, questo non accade nei confronti dei soci.<sup>194</sup>

Nella Svizzera non ancora unificata sotto un unico diritto, le società anonime vengono unanimemente considerate persone giuridiche, mentre per le società in nome collettivo e in accomandita (semplice) si continua a prevedere la personalità giuridica dei soci. Soluzione adottata anche in terra olandese dal *Burgerlijk Wetboek* del 1838, anch'esso riconosce infatti la personalità giuridica delle società anonime, rifiutandola per le società in nome collettivo. In Inghilterra e Irlanda la società è definita nel *Partnership act* del 1890 come "*relation which subsist between persons*" e tanto vale ad escluderne la personalità giuridica<sup>195</sup>, personalità che invece le viene riconosciuta in Scozia dallo stesso atto: "*In Scotland a firm is a legal person distinct from the partners of whom it is composed*".<sup>196</sup>

In seconda battuta la critica del giurista, tornato ad esaminare la realtà italiana, si sposta nel rapporto intercorrente tra società commerciali, enti morali e persone giuridiche: la dottrina maggioritaria afferma le prime essere "nella grande famiglia delle persone giuridiche" due classi differenti, senza tuttavia trovare nei codici (né in quello civile né in quello commerciale) alcun riscontro a sostegno di tale posizione. Il Codice civile riconosce infatti espressamente la personalità

---

<sup>193</sup> U. MANARA, *Trattato teorico-pratico delle società e delle associazioni commerciali* vol. 2, Torino 1902, pag. 2

<sup>194</sup> *Ivi*, pag. 3

<sup>195</sup> *Ivi*, pag. 4

<sup>196</sup> *Partnership Act 1890*, §4

giuridica a comuni, province e corpi morali, e non prevede alcuna forma intermedia di personalità tra quelle giuridiche sopra riportate e le persone fisiche;<sup>197</sup> la dottrina maggioritaria, non ritenendo le società commerciali essere corpi morali, non dovrebbe per l'autore fare applicazione dell'articolo 2 del Codice civile – che si riferisce solo ai corpi morali – e non potrebbe conseguentemente porlo a fondamento per l'attribuzione di personalità giuridica alla società commerciale. Se anche si intendesse “corpo morale” in un'accezione non tecnica e si considerassero tali solo gli enti con una funzione eminentemente sociale, la soluzione, per quanto giustificabile, non sarebbe comunque fondata sul diritto positivo e si potrebbe pur sempre obiettare che le società commerciali rientrano tra i corpi morali così definiti in quanto promuovono la prosperità e la ricchezza del paese, che è ben considerabile una funzione sociale.<sup>198</sup> Il Manara nota inoltre come la giurisprudenza non sia univoca nelle proprie considerazioni, arrivando a distinguere “ente morale” sinonimo di persona giuridica, da “corpo morale” inteso come un sottoinsieme di persona giuridica. Da ultimo si rilevi come il Codice di commercio non parli espressamente né di persone giuridiche né di corpi morali, ma solamente di “enti diversi dalla persona dei soci”.<sup>199</sup> Il Manara conclude quindi affermando che “persona giuridica” e “corpo morale” sono da intendersi come sinonimi o quantomeno equipollenti, non essendo alcuna distinzione in merito fondata sulla lettera del diritto.<sup>200</sup>

Entrando nel merito della propria posizione, il Manara per prima cosa rileva come sia necessario chiarire cosa si intenda per personalità giuridica e darne una definizione, cosa che il giurista fa prontamente: è da intendersi come persona giuridica un soggetto di diritti diverso dalla persona fisica, riconosciuto tale dal potere sovrano.<sup>201</sup> L'autore ritiene la personalità giuridica sussistente in campo a corporazioni, comunità e fondazioni in quanto il diritto attribuito alla persona giuridica appartiene ad un insieme ideale di persone o ad una astrazione personificata; è proprio questa “astrazione personificata” ad essere la chiave di volta del sistema per l'autore: solo quando ci si trovi davanti a questa si può parlare di persona giuridica. Quanto appena esposto comporta che le persone fisiche, non potendo essere astrazioni personificate, non possono essere persone giuridiche (e questa conclusione naturalmente non incontra nessun detrattore); la seconda cosa che quanto sopra riportato comporta per l'autore – e in questo sta la peculiare posizione del Manara – è che

---

<sup>197</sup> MANARA, *Trattato*, pp. 5-6

<sup>198</sup> MANARA, *Trattato*, pag. 7

<sup>199</sup> *Ivi*, pp. 10-12

<sup>200</sup> *Ivi*, pag. 13

<sup>201</sup> *Ivi*, pag. 19

nelle società commerciali non sussista alcuna astrazione personificata e che pertanto nemmeno queste possano essere considerate persone giuridiche. Soggetti di diritti sono infatti a detta del giurista i singoli soci come persone fisiche; la società è un insieme che raccoglie molti singoli ma questo non è sufficiente a creare una personificazione astratta.<sup>202</sup>

Non potendo quindi a rigore considerare le società commerciali come una personificazione astratta la questione diviene questa: il legislatore ha imposto una finzione legale in forza della quale ritiene le società commerciali persone giuridiche – così come sostenuto dalla teoria c.d. della finzione –, oppure ha legislativamente riconosciuto come persone giuridiche suddette società – teoria c.d. realistica – o, ancora, nessuna delle due? Per l'autore la risposta corretta a questo quesito è la terza, ritenendo insussistente la personalità giuridica nelle società commerciali, si veda ora come argomenta la propria tesi il giurista.<sup>203</sup>

Il Manara, come visto *supra*, parte dal dato letterale della legge e continua scardinando le argomentazioni addotte da coloro i quali considerano le società commerciali dotate di personalità giuridica.

Una prima ragione addotta dai sostenitori della personalità giuridica delle società commerciali è che gli interessi del socio e della società possono confliggere e che sono pertanto concesse azioni all'uno contro l'altro a difesa delle proprie prerogative; il giurista in risposta rileva come parimenti siano previste tali azioni per le società civili e per i soci di queste, sebbene la dottrina unanimemente consideri le società civili prive della personalità giuridica.<sup>204</sup> Il giurista rileva come le disposizioni del Codice di commercio dalle quali si farebbe derivare la personalità giuridica della società secondo questa argomentazione (articoli 84, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 116) sono disposizioni analoghe se non rimandi diretti alle norme dettate nel Codice civile per le società civili e pertanto se le prime sono da considerarsi persone giuridiche a maggior ragione dovrebbero esserlo anche le seconde; questo è però negato da una unanime dottrina.<sup>205</sup> Il legislatore d'altro canto, prevedendo che lo stesso socio non possa avere interesse in altre società con lo stesso oggetto, dimostra chiaramente – per l'autore – di considerare la società come un insieme di soci e non come una terza persona dotata di personalità giuridica propria; le disposizioni dettate a riguardo si giustificano ritenendo

---

<sup>202</sup> MANARA, *Trattato*, pp. 20-21

<sup>203</sup> *Ivi*, pp. 91-92

<sup>204</sup> *Ivi*, pp. 95-96

<sup>205</sup> *Ivi*, pag. 101

che siano date per difendere lo scopo del contratto sociale dall'opera del singolo socio.<sup>206</sup> Ancora, il fatto di riconoscere due ordini di rapporti per la società, ossia i rapporti verso i terzi e quelli verso i soci, dovrebbe evidenziare la mancanza di personalità giuridica in quanto se la società fosse realmente un ente autonomo dotato di personalità giuridica si tratterebbe in entrambi i casi di rapporti con terzi. Allo stesso modo non ci sarebbe motivo di specificare all'articolo 77 "verso i terzi" in quanto la società con personalità giuridica avrebbe davanti a sé sempre e solo persone terze.<sup>207</sup> Il giurista risolve l'impasse creato dalla presenza nel codice di disposizioni che pongono la società in contrasto con il socio considerando che il termine "società" viene in questi casi utilizzato come sostitutivo – per comodità di esposizione – del più corretto termine "collettività dei soci", collettività che solo verso i terzi si presenta come ente – collettivo per l'appunto – distinto dalla persona dei soci.<sup>208</sup>

Altre vie per le quali la dottrina contemporanea giustifica la pretesa personalità giuridica delle società commerciali sono il fatto che la società possa essere proprietaria di beni, che le venga attribuita la qualità di commerciante, che le azioni sono considerate beni mobili sebbene la società possieda beni immobili e – soprattutto – il dato testuale dell'articolo 77 del codice di commercio.

Per quanto riguarda la capacità della società di essere proprietaria il Manara nota come possa essere giustificata attribuendo la proprietà alla collettività dei soci, così come accade per la società civile – la quale, ricordiamo, viene unanimemente considerata senza personalità giuridica sebbene possa essere proprietaria di beni anch'essa –;<sup>209</sup> rileva inoltre come non possa esserci società senza comunione, essendo la società un contratto con il quale due o più persone convengono di mettere in comune qualcosa: se la cosa è in comune non può essere di proprietà di un terzo identificato nella società.<sup>210</sup> Il giurista giustifica quindi la previsione della proprietà della società come una soluzione data dal legislatore all'incertezza sulla natura del conferimento effettuato dai soci: viene presunto che il socio conferisca in società la proprietà del bene e non un diritto reale su di esso, salvo espressa previsione contraria nell'atto costitutivo.<sup>211</sup>

---

<sup>206</sup> MANARA, *Trattato*, pp. 110-112

<sup>207</sup> *Ivi*, pp. 114-115

<sup>208</sup> *Ivi*, pp. 116-117

<sup>209</sup> *Ivi*, pag. 126

<sup>210</sup> *Ivi*, pp. 128-130

<sup>211</sup> *Ivi*, pag. 141



Sulla qualificazione delle azioni come beni mobili anche quando la società commerciale possiede beni immobili l'autore rileva come questo avvenga per espressa previsione legislativa: "Sono mobili per determinazione della legge [...] le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria, quantunque alle medesime appartengano beni immobili"<sup>212</sup>. Ciò sembra perorare la tesi della personalità giuridica: se i soci fossero in comproprietà le azioni sarebbero da considerare come quote di beni immobili e pertanto sempre beni immobili, non essendo previsto questo, la soluzione è quella di considerare i beni immobili proprietà di un terzo con personalità giuridica autonoma, la società. Se non che la previsione sarebbe da applicare anche alle società civili in quanto società d'industria – producendo questo guadagno con atti non commerciali – pur essendo generalmente escluso che queste abbiano personalità giuridica.<sup>213</sup> Inoltre l'autore rileva come non sarebbe necessaria una simile disposizione se la società avesse personalità giuridica, in quanto l'immobile sarebbe di proprietà di un terzo e il socio vanterebbe solamente un diritto di credito agli utili e al *relictum* allo scioglimento della società, già di per loro beni mobili;<sup>214</sup> la presenza di questa norma, quindi, è giustificata – per l'autore – dal fatto che il legislatore ritenga esistente una comunione tra i soci e che le azioni che rappresentano tale comunione siano da considerarsi beni mobili.<sup>215</sup> Una siffatta disposizione è prevista in primo luogo perché l'azione non rappresenta solo un diritto di comproprietà sui beni del fondo comune ma anche un diritto alla ripartizione degli utili: rappresentando quindi diritti di diversa natura e poiché lo scopo della società non è quello di ripartire il diritto immobiliare tra i soci ma di dividersi gli utili che conseguono dall'attività commerciale, il legislatore per esigenze di chiarezza, certezza e di stabilità nel tempo ha deciso di ritenere le azioni in questione beni mobili. Inoltre, rileva come i beni immobili possano entrare e uscire dal fondo patrimoniale per tutta la durata della società e non sarebbe agevole considerare mobili o immobili le azioni della società a seconda che in quel momento possieda solamente beni mobili o anche immobili.<sup>216</sup>

Sull'attribuzione della qualità di commerciante alla società il giurista rileva come questa possa essere giustificata attribuendo la qualità di commerciante alla collettività dei soci; l'attribuzione per legge ha una utilità peculiare qualora la collettività dei soci (e maggiormente degli azionisti)

---

<sup>212</sup> *Codice civile 1865*, art. 418

<sup>213</sup> MANARA, *Trattato*, pag. 154

<sup>214</sup> *Ivi*, pag. 157

<sup>215</sup> *Ivi*, pag. 159

<sup>216</sup> *Ivi*, pp. 160-163

comprenda individui che presi singolarmente non siano commercianti. Similmente a quanto visto in materia di azioni, non sarebbe agevole considerare una società commerciante o meno a seconda della compagine sociale, a maggior ragione perché questa può cambiare durante il corso della società.<sup>217</sup> Il fatto che la società sia fallibile deriva direttamente dall'attribuzione della qualità di commerciante e non dalla pretesa personalità giuridica; infatti, le società commerciali irregolari sono commercianti e fallibili allo stesso modo delle società regolari sebbene – come meglio vedremo *infra* – vengano da alcuni autori considerate prive di personalità giuridica.<sup>218</sup>

Si viene ora al punto cruciale della disamina: la previsione all'articolo 77 del Codice di commercio secondo il quale le società commerciali costituiscono “rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci”. Il giurista parte dal presupposto che una previsione espressa del legislatore non sia da considerare errata con leggerezza ma vada interpretata coerentemente con il sistema qualora possibile e solo se ciò risulta infattibile, propendere per l'errore; ciò detto, deve essere dato il giusto peso alle parole del legislatore nello specificare “verso i terzi” e nell'aver utilizzato “ente collettivo distinto” e non “persona giuridica”.<sup>219</sup> Se il legislatore avesse voluto conferire personalità giuridica infatti – rileva l'autore – l'avrebbe fatto prevedendolo chiaramente e senza discriminare soci e terzi nei rapporti con la società;<sup>220</sup> anche le società irregolari, in quanto non distinte dalla lettera del codice da quelle regolari, andrebbero considerate enti collettivi allo stesso modo di società legittime.<sup>221</sup> La soluzione offerta dall'autore è quindi che il legislatore abbia voluto concepire l'insieme dei soci come un tutt'uno nei confronti dei terzi: il patrimonio comune dei soci per i terzi è il patrimonio di tale ente, mentre per i soci è una comunione indotta dal contratto di società.<sup>222</sup> È pur vero che nascono obblighi e diritti reciproci tra socio e società ma – come per le società civili – quest'ultima considerata come la collettività dei soci.<sup>223</sup> L'utilità pratica che gli altri giuristi fanno derivare dalla previsione della personalità giuridica per le società commerciali è l'autonomia patrimoniale perfetta e la devoluzione del patrimonio del socio alla società, istituti che tuttavia sono

---

<sup>217</sup> MANARA, *Trattato*, pp. 294-298

<sup>218</sup> *Ivi*, pag. 300

<sup>219</sup> *Ivi*, pp. 286-289

<sup>220</sup> *Ivi*, pag. 305

<sup>221</sup> *Ivi*, pag. 292

<sup>222</sup> *Ivi*, pag. 307

<sup>223</sup> *Ivi*, pag. 309-310

stabiliti attraverso altri articoli (85 Codice di commercio e 1724 Codice civile), i quali renderebbero inutile la previsione dell'articolo 77 se le società fossero delle persone giuridiche.<sup>224</sup>

Per il Manara, concludendo, considerare le società commerciali prive di personalità giuridica è la soluzione che si attiene alle previsioni legislative senza sfociare in disparità ingiustificate di trattamento rispetto alle società civili e che coerentemente si inserisce nell'ordinamento, dando il proprio valore ad ogni disposizione del legislatore, senza bisogni di considerare erronee alcune di queste. Soluzione questa ulteriormente corroborata dall'analisi dei lavori preparativi, avendo il Senato bocciato un emendamento volto a sostituire la previsione di "ente collettivo" con "persona giuridica" durante le votazioni per l'approvazione del Codice di commercio.<sup>225</sup>

Erede della cattedra di Cesare Vivante sia a Parma che a Bologna il giurista padovano di nascita e formazione Leone Bolaffio inizia la propria disamina riconoscendo come nell'ordinamento italiano l'unica definizione di società presente è quella dettata nel Codice Civile e che il legislatore, nella compilazione del Codice di Commercio, ha voluto si applicasse tale definizione anche alle società commerciali che andava disciplinando in via di legislazione speciale; dall'unicità della definizione l'autore deduce quindi che società civili e commerciali abbiano un fondamento comune, che individua nella ricerca del guadagno, differenziandosi tra loro in base alla tipologia di atti e di attività che ciascuna utilizza per conseguire tale profitto: le società commerciali potranno in essere atti di commercio (tale abbiamo visto essere definito anche qualsiasi atto compiuto da un commerciante, il precetto legale che considera commercianti le società commerciali crea una ricorsività del sistema) mentre le società civili utilizzeranno per la ricerca del profitto solo atti di diritto privato.<sup>226</sup> Conseguenza di quanto sopra è che la natura del vincolo sociale è il medesimo sia per le società civili che per quelle commerciali e pertanto non si potrebbe – a rigor di logica – differenziare gli effetti che tale vincolo ha, se non per quanto espressamente predisposto in sede di legislazione speciale. Ricontra quindi l'autore che come unanimemente la dottrina reputa le società civili prive di personalità giuridica, perimenti dovrebbe considerare altrettanto prive di personalità giuridica le società commerciali: come si giustifica la proprietà della società civile pur senza attribuirle personalità giuridica (ritenendo che la proprietà della società sia in realtà proprietà della collettività dei soci), allo stesso modo si può giustificare la proprietà della società commerciale senza doverle

---

<sup>224</sup> MANARA, *Trattato*, pag. 313-314

<sup>225</sup> *Ivi*, pag. 315

<sup>226</sup> BOLAFFIO, *Le società commerciali e cooperative*, Venezia 1900, pag. 3

riconoscere personalità giuridica.<sup>227</sup> I beni che sono conferiti in società, diventano proprietà della collettività dei soci, da un lato non possono essere usati dai singoli per altri scopi che non siano quelli societari, dall'altro non possono nemmeno essere aggrediti dai creditori particolari dei soci a tutela dei loro interessi; a permettere l'aggressione dei beni societari da parte dei creditori particolari si finirebbe per accordare al creditore diritti maggiori di quelli che spettano al suo debitore. La devoluzione dei beni in società è quindi – per l'autore – un onere reale gravante sui beni conferiti, che ha l'effetto di metterli a disposizione esclusiva della società e al contempo ripararli dalle aggressioni dei creditori particolari dei soci.<sup>228</sup>

L'autore viene quindi ad analizzare la disposizione contenuta nell'articolo 99 del codice di commercio e in particolare il significato da attribuire alla locuzione "ente collettivo distinto verso i terzi"; come anticipato, si nega che questa conferisca la personalità giuridica alla società commerciale: per il giurista, infatti, l'unico effetto che ha tale precetto è quello di far scomparire i soci e di far apparire la loro collettività ma solamente nei rapporti con i terzi. Questo comporta che – eventualmente – la società commerciale si possa definire persona giuridica relativa (persone giuridiche assolute sono solo quelle che l'articolo 2 del Codice civile designa come tali). Giustifica questa sua posizione rilevando come la responsabilità solidale e illimitata dei soci di una società in nome collettivo non sia data a garanzia dell'obbligazione di una persona diversa (la società) ma che sia la naturale garanzia patrimoniale della persona per le proprie obbligazioni per la quale i soci rispondono con tutti i beni del loro patrimonio (sia quelli conferiti che quelli rimasti nella disponibilità esclusiva del singolo). Ancora, i creditori sociali che agiscano contro i soci, lo fanno *iure proprio* e non in forza di una fideiussione che i soci prestano per la garanzia delle obbligazioni della società; oltretutto il socio illimitatamente responsabile è richiesto dalla legge che sia un commerciante così che possa soggiacere al fallimento individuale qualora la società dovesse fallire, è altresì previsto che la società venga sciolta in caso di morte (interdizione, fallimento o inabilitazione) del socio illimitatamente responsabile e che allo scioglimento il fondo comune (o quanto rimasto) sia diviso tra i soci. Questi motivi, che riguardano le società di persone, sono poste a sostegno della tesi della non personalità giuridica delle società; per quanto riguarda le società di capitali e in particolare le società anonime si rileva come essendo la natura del vincolo societario la medesima sia per le società civili che per quelle commerciali e che quindi non si possa operare una

---

<sup>227</sup> BOLAFFIO, *Le società*, pp. 5-6

<sup>228</sup> *Ivi*, pag. 7

differenziazione in tema di personalità giuridica tra le une e le altre, a maggior ragione non possono essere fatte differenze tra tipi diversi di società commerciali.<sup>229</sup>

Alberto Marghieri, professore presso l'Università di Napoli e giurista al quale Bolaffio e Vidari affidano la trattazione delle società nel "Codice di Commercio commentato" a loro cura chiarisce subito che le società costituite rispettando tutte le formalità sono enti separati e distinti rispetto ai soci: pur presupponendo l'esistenza giuridica dei singoli che la compongono, la società ha una vita propria, assume obblighi e acquisisce diritti come fosse una persona, ma questo non ne determina la personalità giuridica.<sup>230</sup> Sulla personalità giuridica il primo intervento espresso si trova – come visto sopra – nel Codice civile del 1865 all'articolo 2, in occasione del quale la commissione compilatrice lungamente rifletté sull'opportunità di inserire le società commerciali al novero delle persone giuridiche arrivando, infine, ad una soluzione negativa e ritenendo più congruo lasciare che delle società commerciali si occupasse esclusivamente il codice di commercio.<sup>231</sup> Questa decisione è giustificata notando come sebbene si possa tranquillamente attribuire la qualità di corpo morale a dette società e si possa senza problemi accettare un'astrazione che faccia considerare la società come un ente distinto rispetto alle persone dei soci che la compongono, non è altrettanto pacifico ammettere che una società commerciale abbia personalità giuridica. Le società commerciali per la natura del loro oggetto non possono non esistere come corpi morali in quanto devono per forza di cose intrattenere rapporti di tipo giuridico con dei terzi per uno scopo a rilevanza pubblica ossia il commercio; allo stesso tempo non è da credere, tuttavia, che corpo morale indichi rigorosamente una persona giuridica. Il codice civile è infatti chiaro nell'elencare le entità a cui è data personalità giuridica (stato, università, corporazioni e fondazioni che lo stato riconosce) e che le società commerciali non siano ricomprese nell'articolo 2 del codice civile sta a significare da un lato che il legislatore non ha inteso considerarle persone giuridiche (altrimenti l'avrebbe espressamente previsto) e dall'altro che ha ritenuto più congruo lasciarne la disciplina al solo codice di commercio, lasciando a questo eventualmente il compito di attribuire loro personalità giuridica (cosa che tuttavia non avviene né nel codice coevo del 1865 né in quello successivo del 1882). L'autore si

---

<sup>229</sup> *Ivi*, pp. 8-10

<sup>230</sup> A. MARGHERI in *Codice di commercio commentato a cura di E. Vidari e L. Bolaffio*, Padova 1883, vol. 2 pag. 15

<sup>231</sup> *Ivi*, pag. 16

allinea alla corrente di pensiero che ritiene corpi morali dotati di personalità giuridica ex articolo 2 Codice civile solo gli enti che hanno uno scopo socialmente rilevante ed una causa perpetua.<sup>232</sup>

L'apparente contrasto tra l'aver affermato che le società commerciali abbiano un'oggetto a rilevanza pubblica ma al contempo non socialmente rilevante ai fini della personalità è presto dipanato: il senatore Miraglia infatti già durante le discussioni in senato sull'articolo 2 del Codice civile chiese che le società commerciali venissero ricomprese nel novero delle persone giuridiche, ma all'esito della discussione in aula non venne approvato il suo emendamento in quanto per il legislatore la società commerciale non ha le caratteristiche necessarie perché le venga riconosciuta personalità giuridica. Per questa, infatti, lo scopo sociale si aggiunge a quello dei singoli ma non lo sostituisce in quanto questi ultimi continuano sempre a ricercare il proprio profitto; allo stesso modo i diritti sociali non fanno venire meno i diritti dei singoli che anzi sono più vivi che mai quando entrano in rapporto con la società.<sup>233</sup>

L'autore procede con il ritenere un "vero incontrastabile" che le società commerciali siano delle collettività; quindi, degli enti rispetto ai terzi ma che questo non comporti il loro essere persone giuridiche: anche la legge tedesca permette alle società di acquistare diritti e stare in giudizio in nome proprio, riconosce l'individualità giuridica della società ma sempre senza prevedere che essa sia una persona giuridica. Lo stesso autore rileva come la formulazione italiana e quella tedesca siano pressoché identiche e come in Germania è negata la personalità giuridica alle società similmente si dovrebbe fare in Italia.<sup>234</sup>

Il giurista conclude quindi esponendo quali siano le conseguenze della separazione e distinzione dell'ente verso i terzi ovvero che vi è una perfetta distinzione tra gli obblighi della società e dei soci, che questi ultimi in quanto possono contrattare e assumere diritti e doveri nei confronti della società sono da ritenere terzi.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> MARGHERI, *Codice di commercio commentato*, pag. 17

<sup>233</sup> *Ivi*, pag. 18

<sup>234</sup> *Ivi*, pag. 19

<sup>235</sup> *Ivi*, pp. 21-22

### ***La posizione “intermedia” di Ercole Vidari***

Una posizione intermedia tra le due dottrine sopra esposte viene adottata da Ercole Vidari, questi riconosce come la questione della considerazione delle società commerciali come persone morali o giuridiche sia molto dibattuta e si inserisce nel dibattito sostenendo l’uguaglianza di significato delle espressioni “corpo morale” e “persona giuridica”, e di come la seconda venga utilizzata per indicare una universalità di beni o persone, con una causa perpetua e uno scopo giuridico mentre la prima qualunque istituzione che tragga la propria ragione di esistere dalla legge stessa.<sup>236</sup> Data questa distinzione, l’autore indica le società commerciali come una creazione della volontà individuale entro i criteri definiti dalla legge, legge che si limita ad offrire una disciplina esteriore del fenomeno, senza attribuirgli alcuna soggettività giuridica. Posto che quindi non venga attribuita soggettività giuridica alla società è da analizzare cosa comporti questo per la personalità giuridica del socio: da un lato questa non si mantiene indipendente dalla società in quanto pur rimanendo il primo in grado di fare qualsiasi altra cosa, una parte del suo patrimonio è vincolata ad una specifica attività; dall’altro non si ha una confusione della personalità giuridica del socio con la società, potendo il primo avere anche altre attività esterne alla seconda.<sup>237</sup> Per l’autore la società commerciale è semplicemente una creazione tecnica ed amministrativa dei soci per conseguire assieme quegli scopi che essi singolarmente non sarebbero in grado di perseguire efficacemente; questi interessi, per quanto attribuibili ad una pluralità di soggetti rimangono di carattere singolare: in ciò sta la fondamentale differenza tra società commerciali e persone giuridiche. Da questo deriva che i diritti e doveri che ha la società si risolvono in diritti e doveri dei soci mentre nelle persone giuridiche questi non sono mai propri dei singoli che la costituiscono; le persone giuridiche hanno nella legge il proprio fondamento e nemmeno la volontà unanime di tutti i componenti può cambiare gli scopi per la quale è costituita, le società sono invece totalmente in mano alla volontà – per di più nemmeno unanime – dei soci. Anche dal punto di vista patrimoniale persone giuridiche e società differiscono, essendo previsto che il patrimonio delle prime, alla loro cessazione, diventi proprietà dello Stato mentre il patrimonio delle seconde appartiene alla società stessa – rappresentando ed esercitando i diritti di tutti i soci – e allo scioglimento di questa verrà diviso tra i soci.<sup>238</sup>

---

<sup>236</sup> E. VIDARI, *Le società e le associazioni commerciali*, Milano 1889, pag. 47

<sup>237</sup> VIDARI, *Le società*, pag. 48-49

<sup>238</sup> *Ivi*, pag. 50

La società, creazione tecnica dei privati, assume tuttavia una propria individualità giuridica comportando conseguenze sia nei rapporti interni che in quelli con i creditori. Nei confronti dei primi vengono assunti reciprocamente diritti e obblighi differenti: la società ha il diritto di pretendere dal socio il versamento della quota sottoscritta e di imporgli l'obbedienza alle deliberazioni assembleari, assume altresì il dovere di rimborsare al socio le spese sostenute da questi per l'interesse comune e di versargli i dividendi.<sup>239</sup> Nei confronti dei terzi l'individualità giuridica è ancora più evidente in quanto questi si mettono in rapporto non con i singoli soci ma con la società (il socio agisce come rappresentante della società): solo da questa può essere chiamato in giudizio. Dei debiti sociali risponde la società con il proprio patrimonio, mentre i creditori particolari possono rifarsi solo sulla parte di utili spettante al proprio debitore; i soci non rispondono quindi – nelle società con limitazione di responsabilità – in alcun modo delle obbligazioni sociali.<sup>240</sup>

Il Vidari riconosce, tuttavia, una “concordia di pratiche applicazioni” tra persone giuridiche e società commerciali, a dispetto di una discrepanza di locuzioni ed alle differenze che intercorrono tra i due istituti; per lo stesso la divisione delle due correnti è frutto di una inesattezza di espressione a sua volta derivante dalla inesatta traduzione di autori francesi. L'autore rileva altresì come la legge in molti casi non si lasci coinvolgere in questa diatriba, definendo – sia nel codice del 1865 che in quello del 1882 - le società commerciali come “enti collettivi separati e distinti”, senza sbilanciarsi ulteriormente.<sup>241</sup> Concludendo, per l'autore la società commerciale, pur senza essere una persona giuridica, assume una propria individualità giuridica con un patrimonio sociale volto a soddisfare unicamente le obbligazioni sociali indipendente da quello dei soci e sul quale i terzi creditori particolari non possono rifarsi, al pari di quanto accade per le persone giuridiche.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> *Ivi*, pp. 58-59

<sup>240</sup> *Ivi*, pp. 60-63

<sup>241</sup> VIDARI, *Le società*, pp. 51-52

<sup>242</sup> *Ivi*, pp. 54-55



## Capitolo VI – Sulle formalità del contratto sociale

### ***La questione***

Tenendo presenti le principali argomentazioni dei commercialisti dell'Otto e Novecento in merito alla personalità giuridica o meno delle società commerciali, si può meglio approfondire quali siano le conseguenze della costituzione di una società commerciale che non rispetti la disciplina dettata dal codice di commercio. La *vexata quaestio* impatta la materia commercialistica su più fronti: *in primis* impone ai giuristi di interrogarsi riguardo alle forme dettate dal codice e se queste siano date *ad substantiam actus* o *ad probationem*, in secondo luogo che cosa determini la mancanza delle formalità e se vi possano essere conseguenze diverse in base al tipo di società che si va a costituire o al tipo di formalità non rispettata. Altre questioni che vedremo affrontare dagli autori considerati sono se il mancato rispetto delle forme colpisca il contratto sociale o la società come ente o entrambi, se la irregolarità rilevi solamente riguardo ai terzi o se anche i soci ne sono travolti, se e da chi l'assenza delle formalità possa essere fatta rilevare nei rapporti obbligatori.

Si vedrà come gli autori offrano soluzioni anche molto diverse tra loro ma sempre tenendo in considerazione quanto sostenuto dai loro colleghi: vi è una notevole attività di reciproco commento delle tesi che anzi il più delle volte vede l'autore partire dalla confutazione delle altre soluzioni interpretative per poi esporre la propria.

### ***La dottrina maggioritaria: Bonelli, Marghieri, Sraffa, Vidari, Vivante***

Nei primi anni successivi alla promulgazione del codice del 1882 si forma nella dottrina una corrente maggioritaria secondo la quale la mancanza delle formalità alla costituzione della società anonima comporterebbe che a questa non venga attribuita la personalità giuridica o la qualità di ente giuridico separato e distinto per gli autori che non attribuiscono alle società commerciali la personalità giuridica. All'interno di questa corrente gli autori assumono tuttavia delle posizioni differenti tra loro sia per quanto riguarda quali siano le formalità la cui mancanza determina l'irregolarità della società sia gli ulteriori effetti di tale irregolarità.

La prima soluzione da considerare in quanto punto di riferimento per tutta la corrente maggioritaria e punto di partenza per le obiezioni sollevate dalla dottrina minoritaria è quella del giurista Cesare Vivante, per come lo stesso la espone e sostiene nella sua prima opera giuridica ossia il Trattato di diritto commerciale edito nel 1893.

L'autore inizia considerando come l'atto costitutivo vincoli efficacemente i soci che lo sottoscrivono anche qualora non venga pubblicato in quanto la forza contrattuale dello stesso non è – per chiara previsione di legge – vincolato da alcuna formalità che non sia il rispetto dei requisiti essenziali del contratto dettati nel Codice civile. Il codice di commercio – e neppure quello civile – non prevede espressamente alcuna nullità in caso di irregolarità della costituzione e questa non può essere determinata solo in via interpretativa.<sup>243</sup>

Se quindi il contratto non pubblicato ha l'effetto di vincolare efficacemente i soci, altrettanto non si può dire riguardo all'attribuzione della personalità giuridica alla società: questa infatti – per l'autore – si avrà solo tramite una costituzione che rispetti tutte le formalità richieste dal codice. La situazione in cui viene a trovarsi una società irregolare è quindi quella di vincolare efficacemente i soci a livello contrattuale ma senza acquisire personalità giuridica; le conseguenze di questa condizione si differenziano in base alla tipologia di società che si è voluto costituire, si vedrà come.

Per le società di persone, il difetto di forma (e quindi anche la mancanza delle pubblicazioni) non produce l'inesistenza della società ma comporta solamente l'irregolarità di questa: la società esiste ma sarà regolata dalle norme dettate per le società irregolari. In concreto per le società in nome collettivo questo cambia poco in quanto tutti i soci continuano a rispondere personalmente con l'intero loro patrimonio anche dei debiti sociali, per le società in accomandita invece già qualche effetto pratico si ha in quanto la limitazione di responsabilità del socio accomandante non può essere opposta ai creditori sociali. L'irregolarità della società comporta che non si applichi il divieto di prova testimoniale, potendo quindi essere provato il vincolo sociale con qualsiasi mezzo. Il codice, inoltre, offre la possibilità ai terzi creditori di ritenere che la società in nome collettivo o in accomandita sia regolare al fine di estendere la responsabilità personale a tutti i soci e così punire la negligenza di quanti, tenuti a compiere le dovute formalità abbiano ommesso di farlo.<sup>244</sup>

Per le società anonime la questione è diversa: trattandosi di società di capitali e non di persone la mancanza delle formalità e quindi della personalità giuridica ha conseguenze travolgenti in quanto l'anonima non può esistere se non legittimamente: la costituzione irregolare comporta la totale inesistenza della società. Totale inesistenza sia nei confronti dei terzi – e si vedrà che ciò va a loro favore – che nei confronti dei soci stessi; la possibilità accordata ai creditori di una società di persone

---

<sup>243</sup> VIVANTE, *Trattato*, pag. 422

<sup>244</sup> *Ivi*, pag. 423

irregolare di considerare la società come regolarmente costituita non viene estesa anche alle società anonime e non si avrebbe alcuna utilità nel farlo, anzi. Lo scopo di considerare una società in nome collettivo irregolare come regolare è quello di estendere la responsabilità illimitata a tutti i soci ma se si considerasse come regolarmente costituita una società anonima ciò comporterebbe il dover riconoscere la limitazione di responsabilità di tutti i soci, e questo frustrerebbe le ragioni dei creditori sociali; invece di punire i soci negligenti si andrebbe a tutelare chi, pur tenuto dalla legge alle formalità prescritte, sia rimasto inoperoso. Per lo stesso motivo, tuttavia, non si può chiedere agli azionisti di una società anonima irregolare di rispondere con l'intero loro patrimonio come se si fosse creata una società in nome collettivo in quanto non sono questi ad essere tenuti per legge alle pubblicazioni e non sarebbe opportuno punire in modo così forte chi non ha tenuto un comportamento che la legge non gli imponeva di tenere. Visto quindi che la società irregolare non esiste e che i soci non possono essere chiamati in responsabilità, rimane da capire verso chi i terzi creditori possano agire per tutelarsi. Il codice di commercio offre una chiara soluzione a questo quesito in quanto fa ricadere la responsabilità, in primo luogo, su chi agisce in nome della società irregolare: amministratore, promotore o socio che concretamente agiscono rispondono personalmente; in secondo luogo, qualora la società, attraverso i propri organi, abbia approvato l'azione di quanti abbiano agito, risponde delle obbligazioni assunte da questi con il patrimonio sociale. La tutela così offerta ai terzi non è condizionata alla buona fede che questi riponeva nella legittimità della società in quanto anche in caso in cui il terzo ben sapesse che stesse contrattando con una società irregolare, la responsabilità ricadrà su chi abbia agito in nome di questa, in quanto non è richiesta – in nessuna parte del codice – l'ignoranza del terzo per vedere riconosciuta la responsabilità personale e illimitata di chi abbia agito. Questo perché tale responsabilità non è data nel solo interesse del terzo (che quindi coscientemente decidendo di intrattenere rapporti con una società irregolare ne assume il rischio) ma anche in quello più generale della stabilità del commercio trattando la responsabilità personale così prevista come una sanzione dell'ordinamento commerciale a propria tutela. Infine, qualora la società abbia approvato l'opera di chi abbia agito e quindi debba rispondere con il patrimonio sociale, i creditori non possono agire direttamente contro gli azionisti ma hanno a disposizione in surrogazione l'azione sociale verso gli azionisti per i conferimenti promessi alla sottoscrizione; si badi però – cosa che l'autore non tratta in questa sede

– che gli azionisti hanno la facoltà di domandare lo scioglimento dalle proprie obbligazioni assunte alla sottoscrizione.<sup>245</sup>

Dello stesso pensiero è Gustavo Bonelli: per questi la medesima legge che attribuisce alla società la qualità di ente distinto, unico e autonomo come persona giuridica, subordina questa attribuzione a delle condizioni, che sono le condizioni per la legale costituzione di una società commerciale. Richiamando quanto sostenuto parlando della personalità giuridica della società, l'unica esistenza che l'autore prende in considerazione è quella giuridica della società, non quella fisica – e nemmeno quella giuridica – del contratto di società: la questione verte sulla costituzione della società, non sulla validità del contratto; la legge poi condiziona la costituzione della società ad alcune formalità e che queste formalità coinvolgano il contratto di società non deve portare a pensare che sia quest'ultimo l'oggetto della disamina. Le condizioni a cui la legge subordina la costituzione della società sono di due ordini parimenti importanti: la regolarità dell'atto costitutivo da una parte e le condizioni di formalità e pubblicità dall'altro. Le formalità sono imposte per tutti i tipi di società, non solo per le società anonime, la differenza sta negli effetti che la mancanza di queste condizioni ha sulla società: esistenza di fatto per le società di persone, mancanza di personalità giuridica per le società anonime.<sup>246</sup>

Già una decina di anni prima di Vidari era stata offerta una soluzione simile da Marghieri, il quale comincia la propria esposizione nella parte del Codice commerciale commentato a lui affidata dallo stesso Vidari e da Bolaffio rimarcando quanto le formalità abbiano una importanza particolare e prevalente nei contratti di società in quanto queste, essendo individualità giuridiche separate e distinte dalle persone che la compongono, la loro esistenza deve essere legalmente e giuridicamente accertata senza possibilità di incertezze. Per prima cosa il giurista ricorda come la società sia prima di tutto un contratto e come solo una società costituita rispettando tutte le previsioni normative che ne disciplinano le forme intrinseche può acquistare il carattere di ente separato; non è concepibile, infatti, – a detta dell'autore – un soggetto giuridico diverso dalla persona fisica che possa esistere senza avere i requisiti fondamentali dettati dalla legge. Alle disposizioni sulle forme intrinseche del contratto si affiancano però quelle sulle forme estrinseche

---

<sup>245</sup> VIVANTE, *Trattato*, pag. 424

<sup>246</sup> *Ibidem*

ossia sulle pubblicazioni in quanto le società – essendo destinate a interagire economicamente con i terzi – devono poter essere conosciute nella loro esistenza e regolazione da questi ultimi.<sup>247</sup>

L'única forma intrinseca che il legislatore richiede per la costituzione delle società è l'atto scritto ma, mentre per le società anonime è chiaramente – per l'autore – previsto a pena di nullità, una parte della dottrina lo ritiene richiesto solamente *ad probationem* per le società in accomandita semplice e in nome collettivo. L'autore rileva come al legislatore nulla importa dei patti che i singoli stipulano nel disciplinare i propri rapporti (tranne in alcuni casi di particolare gravità, come la società leonina) ma si interessa solo del rispetto degli elementi formali essenziali alla validità dei patti stessi.<sup>248</sup> Più numerose e articolate sono quindi le formalità estrinseche che il legislatore detta, ossia le pubblicità richieste: deposito in cancelleria del contratto sociale, affissione dello stesso nel tribunale, in comune e nella sede della società, inserzione nel giornale degli annunci giudiziari e immatricolazione nel registro delle società; senza di queste per l'autore la società anonima non ha alcuna esistenza.<sup>249</sup> Sul rapporto tra articolo 98 e 99 il giurista si esprime nel senso di ritenerli uno il completamento dell'altro: l'articolo 98 esprime in modo conciso che le formalità sono essenziali alla costituzione e che la loro mancanza comporta la sanzione definitiva della costituzione irregolare, l'articolo 99 disciplina gli effetti che tale irregolare costituzione ha nei confronti di chi fosse tenuto ad adempiervi, ossia la responsabilità di soci, amministratori e promotori che abbiano agito concretamente.<sup>250</sup>

Marghieri esamina quindi gli effetti che la mancanza della scrittura produce sulle società, rilevando come comportasse la nullità relativa nel codice del 1865 e come il progetto senatorio avesse proposto di inserire la nullità assoluta nel codice del 1882 ma senza successo;<sup>251</sup> nel codice previgente la società anonima era considerata nulla e radicalmente inesistente se non autorizzata e approvata mentre per società in nome collettivo e in accomandita semplice la scrittura è richiesta solamente *ad probationem*. In ogni caso la mancanza della scrittura non è mai opponibile ai terzi, i quali altresì possono provare con ogni mezzo l'esistenza della società.<sup>252</sup> Nella mancanza delle formalità la società non è quindi legalmente costituita, non acquisisce pertanto la condizione di ente

---

<sup>247</sup> MARGHIERI, *Codice di commercio commentato*, pag. 81

<sup>248</sup> *Ivi*, pag. 84

<sup>249</sup> *Ivi*, pag. 90

<sup>250</sup> *Ivi*, pag. 103

<sup>251</sup> *Ivi*, pag. 104

<sup>252</sup> *Ivi*, pag. 105

giuridico separato e distinto, non può agire legalmente o essere convenuta in giudizio; qualora la società non onori i propri impegni, delle obbligazioni assunte rispondono coloro che hanno operato, potendo i terzi agire ex articolo 98.<sup>253</sup> La condizione in cui si trovano le società irregolari cambia a seconda del tipo di forma societaria dell'ente costituendo: società in nome collettivo e in accomandita semplice avranno esistenza ma solo di fatto, mentre società anonime e in accomandita per azioni non sono costituite affatto, comportando che la società si ha come non avvenuta. Non è possibile parlare di una esistenza di fatto per le società anonime in quanto l'unico tipo di esistenza concepito per tali società è quella legale.<sup>254</sup>

Le disposizioni sulle formalità non sono derogabili dai singoli in quanto dettate per la tutela del pubblico interesse alla regolarità del commercio.<sup>255</sup>

Quanto alla mancanza degli elementi indicati agli articoli 88 e 89 la legge non opera alcuna distinzione tra i tipi di società e il valore giuridico delle prescrizioni sul contenuto non deve essere differente a seconda che queste vengano dall'interprete ritenute *ad probationem* o *ad substantiam*. L'autore rileva come da un lato sia difficile che manchino gli elementi principali richiesti da questi articoli e dall'altro che non sia utile dichiarare nullo un contratto che abbia delle mancanze minori come il domicilio dei soci, la loro parte di utili e perdite o il numero degli amministratori in quanto la legge può supplire a queste mancanze.<sup>256</sup> La nullità dell'atto costitutivo è comminata solo se mancano gli elementi essenziali come denominazione, oggetto della società o capitale sottoscritto.<sup>257</sup> La mancanza delle pubblicazioni è equiparata dalla legge alla mancanza dell'atto scritto e pertanto le conseguenze sono le medesime, in particolare per le società anonime scrittura e pubblicazioni sono intrinsecamente legate tra loro e tanto è essenziale la scrittura, tanto sono essenziali le pubblicazioni anche a ragione della larga notorietà che una società anonima è destinata ad avere e dal fatto che l'azionista o l'obbligazionista non abbia contribuito alla formazione dell'atto costitutivo come può averlo fatto il socio di una società di persone. La mancanza per questo della forma dell'atto pubblico comporta la nullità assoluta della società.<sup>258</sup>

---

<sup>253</sup> MARGHERI, *Codice di commercio commentato*, pag. 112

<sup>254</sup> *Ivi*, pag. 113

<sup>255</sup> *Ivi*, pag. 114

<sup>256</sup> *Ivi*, pag. 115

<sup>257</sup> *Ivi*, pag. 116

<sup>258</sup> *Ivi*, pag. 117

Per gli autori una società di persone può esistere irregolarmente, comportando la responsabilità personale di tutti i soci, mentre le società anonime possono esistere solo se costituite conformemente alla legge. Allo stesso modo i tre sono concordi nel ritenere necessario sia l'atto scritto che ogni ulteriore pubblicità per la validità della costituzione; la differenza che si rileva è sull'attribuzione della personalità giuridica, che solo Vivante e Bonelli ritengono sussistente in capo alle società commerciali.

Dello stesso avviso è anche Vidari, il quale inizia la propria trattazione dell'argomento riconoscendo come sia consono prevedere alcune formalità nella costituzione delle società, ritenendo l'atto scritto l'esatta interpretazione giuridica dei bisogni del commercio considerando invece l'atto pubblico una "pedanteria dei giuristi" non universalmente riconosciuta come necessaria, al contrario della scrittura. Quanto agli elementi necessari nell'atto costitutivo, ritiene che questi debbano essere presenti in ragione della serietà della società costituenda e non per obbedire ad un comando della legge.<sup>259</sup> Per far sì che i requisiti dettati vengano rispettati, il legislatore si preoccupa di sanzionare gli amministratori e i promotori della società con la responsabilità personale delle obbligazioni assunte dalla società e inoltre viene previsto un divieto per il tribunale di ordinare l'iscrizione e l'affissione dell'atto costitutivo senza prima aver accertato l'esatto adempimento delle prescrizioni di legge; questo è ritenuto sufficiente per tutelare i terzi e la regolarità del commercio per quanto riguarda le società di persone, mentre per le società di capitali sono previste ulteriori tutele data l'importanza che queste hanno nel tessuto economico.<sup>260</sup> Un primo mezzo attraverso il quale il legislatore aveva previsto un controllo fu quello dell'autorizzazione governativa, abolita dal codice del 1882 e che si era rilevata più dannosa che utile poiché per quanto fosse stata in grado di evitare qualche impresa fraudolenta, "troppi e rovinosi scandali" non seppe evitare e, anzi, questa aveva contribuito ad ingenerare una ingiustificata fiducia nei terzi verso alcune società. Il governo infatti – sostiene l'autore – difetta dei mezzi per giudicare la bontà di una impresa, valutazione che dovrebbe essere quindi lasciata in unica istanza ai privati che vogliono investire in questa.<sup>261</sup> Un secondo mezzo è la sottoposizione dell'atto costitutivo ad un esame di prima istanza da parte del giudice: con il deposito di una copia dell'atto in cancelleria nei 15 giorni successivi alla stipulazione il tribunale verifica l'adempimento delle condizioni dettate dalla legge e assicura un controllo

---

<sup>259</sup> VIDARI, *Le società*, pp. 88, 91-92

<sup>260</sup> *Ivi*, pp. 93-94

<sup>261</sup> *Ivi*, pag. 98

permeante poiché in alcuni casi la responsabilità civile e penale non sono sufficienti a far desistere gli amministratori dal raggirare soci e terzi.<sup>262</sup> Le critiche che il giurista muove al codice sono quelle di attribuire il controllo di cui sopra non al tribunale di commercio ma a quello civile e di richiedere l'intervento del Pubblico Ministero.<sup>263</sup>

Vidari rileva come il sistema di responsabilità, formalità e sanzioni previste non sia sufficiente a garantire la legittima costituzione di ogni società ed esamina quindi le conseguenze di una costituzione irregolare.

In prima battuta rileva che, se la mancanza riguarda le pubblicazioni e non la forma scritta del contratto, possa essere ogni socio ad adempiere a dette formalità o a far condannare gli amministratori ad eseguirle, salvando in questo modo la società. In mancanza delle formalità, infatti, la società non è legalmente costituita e questo – per l'Autore – è da considerarsi nel senso che non assume individualità giuridica e pertanto vada considerata nulla. Sul fatto che il codice ometta qualsiasi riferimento esplicito alla “nullità della società” Vidari si esprime ritenendo che questa sia necessariamente implicita nella locuzione “non legalmente costituita” utilizzata nel codice; per lo stesso, quando il codice parla di soci di una società irregolare (che non esistendo non dovrebbe nemmeno conferire la qualità di socio), è vittima di una inesattezza di espressione.<sup>264</sup>

Nei confronti dei terzi, quindi, le obbligazioni che sono sorte non possono ritenersi obbligazioni sociali ma personali di chi ha agito e pertanto la responsabilità sarà unicamente di coloro che assunsero l'obbligazione nei confronti dei terzi, qualsiasi sia il tipo di società che i “soci” avessero voluto creare. La società irregolare inoltre non gode di alcuna separazione patrimoniale, pertanto, non vi sarà alcun titolo preferenziale per i creditori “sociali” sui beni della società per due ragioni: obbligati sono unicamente coloro che hanno agito personalmente e non vi è la creazione di alcun patrimonio esclusivo della società separato dal patrimonio dei “soci”. Da quanto visto consegue quindi che anche i terzi creditori particolari possano soddisfarsi sui beni del loro debitore che sono stati da questi conferiti in società. La mancanza delle formalità non è però opponibile dai soci per sottrarsi alla propria responsabilità (in particolare nei casi di società di persone irregolare) in quanto renderebbe illusoria la sanzione dettata dalla legge.<sup>265</sup>

---

<sup>262</sup> VIDARI, *Le società*, pag. 99

<sup>263</sup> *Ivi*, pp. 100-101

<sup>264</sup> *Ivi*, pp. 118-120

<sup>265</sup> *Ivi*, pp. 120-121



Nei rapporti interni tra i soci invece la situazione è differente poiché se questi hanno liberamente convenuto di mettere in comune qualcosa per esercitare un'attività, è impossibile negare che questo contratto non sia valido una volta che abbia gli elementi essenziali richiesti. A prescindere dall'osservanza di altre formalità il contratto in questione sarà valido, sia che voglia essere visto come la creazione di una società che di una semplice comunione; le azioni che trovano titolo in tale contratto sarebbero quindi ammissibili in giudizio, nonostante non esista alcuna società.<sup>266</sup>

Il contratto, quindi, è valido e rimane tale fintanto che tutte le parti siano d'accordo nel mantenerlo, è per questo – secondo l'autore – che il codice prevede la possibilità per i soci di una società di persone di chiedere lo scioglimento della società irregolare e per i soci di una società anonima di chiedere di essere liberati dalle obbligazioni assunte con la propria sottoscrizione. Vidari, tuttavia, nota come non dovrebbe essere consentito di poter ritenere valido o meno un contratto a piacimento e, oltretutto, a piacimento di anche solo un socio, ritenendo molto più coerente la soluzione adottata per le società anonime.<sup>267</sup>

Di avviso parzialmente diverso è invece Angelo Sraffa che, come visto,<sup>268</sup> lega la sussistenza della personalità giuridica in capo alle società commerciali alla costituzione di queste, regolare o irregolare che sia. Prendendo in analisi il dettato legislativo Sraffa deduce che fintanto che i soci non facciano dichiarare sciolta la società costituita irregolarmente questa esiste e, a maggior ragione, esiste la società anonima, per la quale non è prevista questa possibilità di scioglimento. Esistendo la società, esiste in tutto e per tutto, in primis come persona giuridica in quanto è da questa qualità che – per l'autore – deriva l'autonomia patrimoniale e le altre caratteristiche sociali. L'autore non ammette la possibilità di un termine intermedio tra società esistenti e inesistenti costituito dalle società irregolari, queste ultime infatti esistono a tutti gli effetti; è data però facoltà ai terzi di rifiutarsi di sottoporsi alle conseguenze che l'esistenza della società irregolare avrebbe nei loro confronti.<sup>269</sup> L'autore considera quindi come sia società di persone che di capitali, sebbene irregolari, esistano ed esistano come persone giuridiche tranne in un particolare caso: l'atto pubblico nella costituzione della società anonima è ritenuto essenziale e pertanto la sua mancanza rende la società inesistente. Sraffa parla appositamente di inesistenza, concordando con Manara e

---

<sup>266</sup> VIDARI, *Le società*, pag. 123

<sup>267</sup> *Ivi*, pp. 124-128

<sup>268</sup> V. *supra*, Capitolo V

<sup>269</sup> SRAFFA, *Il fallimento*, pp. 51-52

Vivante che l'omissione della previsione della nullità nel codice di commercio sia dovuta alla volontà del legislatore di differenziare società come contratto e società come persona giuridica, in quanto il primo esisterebbe sempre, anche in assenza di atto pubblico per le società anonime, mentre tale mancanza farebbe venire meno l'esistenza della società come persona giuridica.<sup>270</sup>

L'autore sostiene la propria tesi partendo dalla lettura dell'articolo 836 del Codice di Commercio in materia di fallimento: è previsto il fallimento delle società anonime che manchino delle formalità richieste dagli articoli 91,92, 94, 95 e 96 del codice stesso, ma nessun riferimento vi è all'articolo 97 nel quale è imposta la forma dell'atto pubblico. Da questo Sraffa deduce che il legislatore abbia voluto ritenere la società anonima costituita senza atto pubblico come non esistente e pertanto non fallibile.<sup>271</sup>

Per Sraffa quindi le società, benché irregolari, esistono come persone giuridiche tranne le società anonime costituite senza atto pubblico; ai terzi è data la facoltà di sottrarsi alle conseguenze che la costituzione avrebbe nei loro confronti qualora le formalità non siano rispettate, mentre per i soci contraenti il contratto sociale sarà sempre vincolante.

Vidari è quindi allineato al pensiero di Vivante, Bonelli e Marghieri, condividendo con quest'ultimo il non riconoscere in capo alle società commerciali la personalità giuridica. Sraffa, pur concordando con gli altri giuristi sulle conseguenze dell'irregolarità, subordina questa solo alla mancanza dell'atto scritto e non delle altre formalità.

### ***Il pensiero minoritario di Ulisse Manara e il suo confronto con Bonelli e Bolaffio***

In contrapposizione alla dottrina maggioritaria si pone uno dei giuristi più attivi in questa materia ossia Ulisse Manara, che, infatti, in più occasioni tornerà sul tema delle conseguenze della irregolare costituzione delle società commerciali: prima tramite articoli nelle riviste giuridiche e poi strutturalmente con una monografia dedicata. L'autore rimarrà saldo sulle proprie posizioni e i suoi contributi saranno spesso occasione per interloquire con i colleghi; si procederà trattando in prima battuta gli articoli che lo stesso pubblica negli ultimi anni del diciannovesimo secolo e

---

<sup>270</sup> SRAFFA, *Il fallimento*, pp. 54-55

<sup>271</sup> *Ivi*, pp. 57-58

successivamente l'intero sistema per come lo stesso autore lo presenta unitariamente nella sua opera prima e in risposta alle obiezioni mossegli da Gustavo Bonelli.

Il primo tema che il giurista affronta in un articolo del 1896 è quello della interpretazione da dare all'articolo 98 del codice di commercio: la dottrina maggioritaria infatti ritiene che questo comporti la responsabilità personale e illimitata di tutti i soci di una società irregolare se questa è in nome collettivo o in accomandita semplice, mentre nega totalmente che i soci di una società anonima irregolare possano rispondere dei debiti sociali, nemmeno limitatamente al valore della propria quota o delle proprie azioni.<sup>272</sup> Il professore ritiene che questa interpretazione non sia corretta e quindi per proporre la propria soluzione inizia rilevando come sia il contratto sociale a disciplinare la parte che ogni socio ha negli utili e nelle perdite; tale contratto sarà efficace se rispetta tutti gli elementi essenziali che sono dettati nel codice civile in materia generale di contratti e quelli, sempre nello stesso codice, speciali in materia societaria. Questa condizione è sì necessaria ma pure sufficiente, in quanto il codice commerciale non vincola in nessun'altro modo l'efficacia del contratto di società commerciale, facendo valere la libertà dei contraenti nel regolare i propri rapporti; ciò che invece al legislatore preme disciplinare sono i rapporti esterni della società e ciò si traduce nel prevedere la responsabilità illimitata e personale verso i terzi di chi abbia agito in nome della società (o di tutti i soci nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice).<sup>273</sup> L'interpretazione maggioritaria è giustificata considerando che i soci di una società irregolare rispondono in nome della società e pertanto se questa non esiste, come nel caso appunto della società anonima irregolare per quanto sostenuto dalla disciplina maggioritaria, i primi non possono risponderne in suo nome. Proprio da questo però l'autore muove, in quanto lo stesso considera che tutte le specie di società esistono, seppur irregolari.<sup>274</sup>

Tutte le tipologie di società, infatti, qualora alla costituzione non vengano rispettate le formalità si troveranno nella stessa condizione, che è quella dell'irregolarità, ma da questo non deriva né la nullità né la non esistenza come persona giuridica in quanto – come visto *supra* – per l'autore nessuna società commerciale (regolare o irregolare che sia) ha tale attribuzione.<sup>275</sup> L'irregolarità parimenti non comporta un cambio del tipo di responsabilità per i soci, che da azionisti la cui

---

<sup>272</sup> MANARA, *Considerazioni intorno all'interpretazione dell'articolo 98 cod. comm.*, in *Giurisprudenza Italiana*, vol. XLVIII, Torino 1896, pp. 15-17

<sup>273</sup> *Ivi*, pag. 16

<sup>274</sup> *Ivi*, pag. 20

<sup>275</sup> *Ivi*, pag. 18

responsabilità è limitata al valore della loro sottoscrizione diventerebbero personalmente e illimitatamente responsabili, ma semplicemente affianca alla normale responsabilità prevista per le anonime la responsabilità illimitata e personale di quanti abbiano agito in nome della società irregolare.<sup>276</sup> La responsabilità illimitata è prevista solo per chi si indirizza la propria azione verso i terzi in nome della società, il socio nel sottoscrivere le azioni di una società irregolare non intrattiene alcun rapporto con i terzi. Se anche si volesse intendere la responsabilità illimitata come una sanzione dell'ordinamento per l'inadempimento delle formalità, la conclusione sarebbe la medesima in quanto solo amministratori e promotori sono obbligati alle pubblicazioni, e non l'azionista; sarebbe illogico punire una persona per non aver tenuto un comportamento che la stessa non era tenuta per legge a tenere.<sup>277</sup>

È fondamentale rilevare come a pensarla allo stesso modo del Manara non si finisca per diminuire la garanzia per i creditori sociali: la responsabilità limitata degli azionisti e quella illimitata di chi abbia agito non sono infatti alternative ma concorrono entrambe a formare la garanzia patrimoniale della società irregolare. La possibilità dell'azionista di chiedere lo scioglimento delle obbligazioni derivanti dalla propria sottoscrizione va sì a diminuire la garanzia della società ma ben si capisce che questa è una facoltà dettata dall'ordinamento stesso e non ricavata in via interpretativa.<sup>278</sup>

Il giurista conclude come poco senso abbia nel cercare tra i lavori preparatori del codice un aiuto per l'interpretazione dell'articolo in questione – e più in generale di qualsiasi altro tema – poiché in questi vi è “poca luce” e sono stratificati in seguito ai vari progetti. Il legislatore del 1882 non ha infatti inteso seguire né il progetto Mancini, né tantomeno quello senatorio, e nessun aiuto può venire dall'analizzare le discussioni che si ebbero in tali occasioni.<sup>279</sup>

Il giurista in un altro articolo dello stesso anno tratta con specificità il tema della responsabilità degli azionisti in correlazione con la loro facoltà di chiedere di essere sciolti dalle obbligazioni derivanti dalla sottoscrizione. In questo caso non si sofferma ad esporre la propria posizione in merito alle società irregolari, chiosando come queste siano regolate dalle norme per le società regolari con in aggiunta la responsabilità illimitata di chi agisce concretamente e le sanzioni penali comminate dal

---

<sup>276</sup> MANARA, *Considerazioni*, pag. 21

<sup>277</sup> *Ivi*, pag. 23

<sup>278</sup> *Ivi*, pag. 25

<sup>279</sup> *Ivi*, pag. 31

codice.<sup>280</sup> La questione che tratta il Manara in questa occasione verte sulla compatibilità tra la responsabilità, seppur limitata, dei soci di una anonima e il loro diritto a chiedere la liberazione dalle obbligazioni assunte con la sottoscrizione del capitale. La risposta, lapidaria, è che questi due elementi non sono affatto compatibili ma allo stesso tempo non creano una situazione di conflitto in quanto si trovano in una posizione di alternatività: non possono coesistere poiché uno è la negazione dell'altra, ma questo è fisiologico.<sup>281</sup>

Per i soci, infatti, domandare lo scioglimento dalle proprie obbligazioni è una facoltà, se decidono di avvalersene potranno essere liberati, altrimenti continueranno a rispondere dei debiti sociali nella misura di quanto promesso alla sottoscrizione; se i terzi agiscono nei confronti della società prima che un socio abbia fatto domanda di liberazione, questi non potrà sottrarsi alla propria responsabilità.<sup>282</sup> Il professore arriva a questa conclusione partendo dal presupposto che se i terzi chiedono il fallimento della società, tutti i soci che non abbiano chiesto la liberazione saranno tenuti a rispondere nella misura di quanto promesso; allo stesso modo potrà dai creditori essere fatta valere la responsabilità dei soci quando i debiti non siano tali da poter far fallire la società.<sup>283</sup>

In un articolo dell'anno successivo il giurista si occupa dei soci a responsabilità limitata (accomandanti e azionisti) e di come questi possano essere chiamati in garanzia per i crediti della società. Il giurista inizia la disamina rilevando come una parte della dottrina sostenga che i soci accomandanti devono essere ritenuti responsabili personalmente e illimitatamente dei debiti sociali anche se non abbiano concretamente agito in nome della società; ammettendo questo, infatti, si dovrebbe dedurre che allo stesso modo sarebbe responsabile illimitatamente e personalmente anche l'azionista di una anonima irregolare. Soci accomandanti, azionisti e quotisti sono infatti nella stessa condizione giuridica di essere soci a responsabilità limitata, e non si troverebbe alcuna ragione nel disciplinare in modo diverso la loro responsabilità.<sup>284</sup> Ricordando che l'autore ritiene che le società, pur irregolari, siano disciplinate dalle norme dettate per le società regolari (salve le ulteriori disposizioni per quelle irregolari) se ne ricava che la condizione in cui questi soci vengono a

---

<sup>280</sup> MANARA, *L'articolo 99 § ultimo e l'articolo 863 § I del codice di commercio*, ne *Il Diritto Commerciale*, vol. XIV fasc. 4, Pisa 1896, pag. 482

<sup>281</sup> *Ivi*, pp. 484-485

<sup>282</sup> *Ivi*, pag. 486

<sup>283</sup> *Ivi*, pp. 487-488

<sup>284</sup> MANARA, *Le società anonime irregolari*, ne *Il Diritto Commerciale*, vol. XV, Pisa 1897, pp. 7-8

trovarsi è quella normale, ossia trova pieno effetto la limitazione di responsabilità a quanto sottoscritto.

Il giurista interpreta l'articolo 98 del codice di commercio nel senso che siano tenuto ad una responsabilità illimitata e personale chiunque abbia agito in nome della società, a qualsiasi titolo. La responsabilità che ne deriva non è attribuita all'individuo poiché amministratore, promotore o socio ma perché ha concretamente operato in favore della società; i terzi, infatti, possono sia riconoscere la società e farne valere la normale responsabilità o non riconoscerla e far valere la responsabilità personale di chi abbia agito in concreto con loro.<sup>285</sup> Il Manara si chiede quale sarebbe quindi la differenza tra il socio accomandante e l'azionista, dato che entrambi sono soci a responsabilità limitata di società che – come visto precedentemente – condividono la stessa natura del vincolo giuridico. La semplice risposta che lo stesso offre è che non sono differenti in alcun modo e tanto meno per la supposta differenza – che l'autore definisce “abusatissima” – tra società di capitali e di persone in quanto “non è concepibile un'associazione di capitali, sebbene un'associazione di capitalisti”.<sup>286</sup> Il giurista però ben sa di non trovare unanime supporto tra i propri colleghi e si preoccupa di confutare preventivamente le possibili obiezioni che potrebbero essere mosse al proprio pensiero. Si potrebbe infatti pensare che la società anonima differisca dalle altre società in quanto la prima diviene ente per creazione di legge mentre gli altri tipi di società non hanno bisogno di questo, facendo derivare la qualità di ente direttamente dal contratto sociale. Ebbene una tale obiezione trova il professore ben preparato poiché è proprio su questo che fonda tutto il proprio sistema: per il Manara infatti le società, pur irregolari, esistono per effetto di un valido contratto di società ma non come persone giuridiche in quanto la personalità giuridica non è attribuita a nessuna società commerciale, a prescindere che questa abbia o meno espletato tutte le formalità richieste dal codice. A maggior ragione l'avvocato rileva come nella legge non vi sia alcuna previsione che compie una distinzione tra società create per legge o per contratto;<sup>287</sup> allo stesso modo non vi è alcuna previsione che possa far ritenere le formalità una evoluzione della concessione regia prevista dal codice precedente.<sup>288</sup>

---

<sup>285</sup> MANARA, *Le società*, pag. 9-10

<sup>286</sup> *Ivi*, pp. 13-14

<sup>287</sup> *Ivi*, pp. 16-20

<sup>288</sup> *Ivi*, pag. 21

L'atto scritto – o pubblico per le anonime – è richiesto sì per la legale costituzione di una società ma non è previsto a pena di nullità, utilizzando la stessa formula per tutte le società; allo stesso modo la medesima formula per tutti i tipi di società è utilizzata nell'articolo 98 e sarebbe illogico farvi derivare una differenza di disciplina. Il professore ricorda ancora una volta come non si trovi in alcun luogo nel codice una sanzione diversa per le società anonime irregolari se non quanto previsto per ogni altra società.<sup>289</sup>

Il giurista conclude rilevando come la possibilità per la società anonima di fallire sia una prova positiva dell'esistenza di questa e come l'azionista non compia alcun reato nel sottoscrivere il capitale di una società anonima che – senza colpa di questi – risulti irregolare e pertanto che nessuna sanzione né penale né civile possa essergli comminata.<sup>290</sup>

Alla tesi di Manara si oppone Gustavo Bonelli, il primo infatti denuncia la dottrina coeva per non aver mai dimostrato che discrimine per l'attribuzione o meno della personalità giuridica (o degli altri effetti che si fanno dipendere dall'interpretazione dell'articolo 99) sia quello della legale costituzione della società; per Bonelli invece questo è un assioma, una verità che nasce dall'enunciazione stessa del concetto da dimostrare: legale costituzione significa costituzione riconosciuta dalla legge e pertanto solo una società legalmente costituita potrà esistere agli occhi della legge.<sup>291</sup>

L'autore sostiene la propria tesi indicando come due siano le possibilità per giustificare l'esistenza legale della società: o la società non ha (legale) esistenza senza (legale) costituzione, o l'esistenza è indipendente dalla costituzione; mentre la prima soluzione è universalmente seguita dai precedenti legislativi e dottrinali sia italiani che esteri (francesi in particolare), la seconda rileva essere sostenuta solamente dal Manara e da nessun'altro prima di lui. Procedo quindi alla confutazione delle ragioni addotte dal giurista bolognese.<sup>292</sup>

Sul fatto che all'articolo 77 non sia espressamente previsto l'adempimento delle formalità per attribuire la qualità di enti collettivi distinti alle società commerciali, quando – secondo il Manara – in ogni altra occasione in cui il legislatore lo reputava necessario non abbia ommesso di dichiararlo espressamente, l'autore controbatte rilevando che la disposizione in oggetto non è dettata per

---

<sup>289</sup> MANARA, *Le società*, pp. 24-26

<sup>290</sup> *Ivi*, pp. 32-35

<sup>291</sup> BONELLI, *Delle società*, pag. 423

<sup>292</sup> *Ivi*, pag. 425

disciplinare il modo in cui costituire una società ma considera questa come già legalmente formata, disciplinando gli effetti di tale costituzione.<sup>293</sup> Parimenti l'articolo 76 non contiene alcun riferimento alla legale costituzione delle società ma sempre perché va a disciplinare gli effetti che la legale costituzione ha sulla società; lo stesso vale per l'articolo 84 che non permette ai creditori particolari di pignorare i beni della società, ma solo se questa è costituita legalmente e non esistente solo "di fatto". La previsione espressa della irregolarità della società si trova agli articoli 98 e seguenti, ma proprio perché in questi articoli il legislatore va a disciplinare gli effetti della mancanza delle condizioni per una legale costituzione e pertanto è necessario ribadire quale sia la condizione – l'irregolarità della società – che fa scaturire tali effetti. Il fatto che poi all'articolo 919 sia prevista la prescrizione quinquennale per le azioni derivanti dal contratto sociale per le società regolari, conferma che l'ente non esiste se non regolarmente costituito e i soci in questo caso non hanno ragione di essere esposti ad un termine speciale di prescrizione; inoltre, si noti come l'azione deriva dal contratto di società e non dalla costituzione, da questa deriva solamente l'abbreviazione del termine di prescrizione.<sup>294</sup>

Quanto all'articolo 99 dove la mancanza delle formalità viene dichiarata non opponibile dai soci ai terzi e da cui il Manara fa derivare la possibilità per i terzi di considerare la società legalmente costituita o meno a seconda di come più comodi loro, l'Autore sostiene come sia errato e incoerente ritenere la società esistente o meno (poiché l'esistenza è derivata dalla legale costituzione della società) in base al capriccio dei terzi. L'autore infatti rileva come siano i soci a non poter opporre ai terzi la mancanza delle formalità (verosimilmente a scopo di sottrarsi alle proprie responsabilità) e ciò non comporta che i terzi siano liberi di ritenere la società regolare o meno. Una simile soluzione sarebbe ragionevolmente – solo a livello interpretativo – deducibile se il codice avesse previsto che fosse la società a non poter opporre la mancanza delle formalità ai terzi. Questa ultima ricostruzione sarebbe tuttavia contrastante con la tesi del Bonelli secondo la quale la società irregolare non esiste: una società che non esiste non può nemmeno opporre alcunché ai terzi.<sup>295</sup>

Infine, sul fallimento delle società irregolari, l'autore rileva come non possa essere trovata una soluzione alla questione dall'analisi delle disposizioni a riguardo in quanto l'esistenza e il fallimento della società vanno pari passo, solo una società che esiste può fallire ma che le società irregolari

---

<sup>293</sup> BONELLI, *Delle società*, pag. 425

<sup>294</sup> *Ivi*, pag. 426

<sup>295</sup> *Ivi*, pag. 427



possano fallire non è pacifico né espressamente previsto; la soluzione al quesito sulla fallibilità delle società irregolari dipende dalla soluzione a monte del quesito dell'esistenza delle società irregolari. Quesito che per l'autore considerato ha risposta negativa per quanto riguarda la società come ente, mentre sicuramente esisterà un contratto sociale ed un patrimonio comune anche in caso di società irregolare.<sup>296</sup>

L'anno successivo Manara ha occasione di rispondere alle critiche sollevate dal Bonelli chiarificando ulteriormente la propria posizione e obiettando alle conclusioni che trae il collega.

Per prima cosa – dopo aver esposto la propria posizione in merito alla personalità giuridica delle società – ribadisce come la legale costituzione non sia necessaria a creare una collettività distinta dai soci e adduce quattro prove a sostegno di questo.<sup>297</sup> La prima prova è l'articolo 76 del codice di commercio, il quale non prevede che l'adempimento delle formalità sia condizione necessaria alla creazione dell'ente. L'obiezione del Bonelli verteva sul fatto che tale articolo considerasse le società già legalmente formate ma viene rigettata dal professore rilevando come l'articolo presupponga solamente un valido contratto di società e non l'adempimento di formalità che solo in una parte successiva del codice verranno elencate. Inoltre lo stesso continua facendo notare il lettore che se si considerasse vero quanto sostenuto dal Bonelli ne deriverebbe che le società irregolari non sarebbero nemmeno da considerarsi commerciali (pertanto non fallibili) e non dovrebbe essere data loro nemmeno rappresentanza in giudizio, poiché anche in questi casi si dovrebbero considerare le sole società regolarmente costituite.<sup>298</sup> Il Bonelli altresì rileva come ugualmente potrebbe essere stato preso l'articolo 75 e dedurre che anche nelle anonime irregolari i soci risponderebbero limitatamente alle loro azioni; ma proprio questa limitazione di responsabilità degli azionisti il Manara accoglie nel suo pensiero, aggiungendovi poi la responsabilità personale di chi abbia agito concretamente.<sup>299</sup>

La seconda prova è data dal secondo capoverso dell'articolo 99 che prevede che la mancanza delle formalità non possa essere opposta ai terzi dai soci; il Bonelli, infatti, obietta che per dare ragione al Manara il codice dovrebbe prevedere che la mancanza non possa essere opposta ai terzi dalla società (e non dai soci). Il professore liquida velocemente una tale obiezione rilevando come sia solo

---

<sup>296</sup> BONELLI, *Delle società*, pag. 428

<sup>297</sup> MANARA, *Delle società commerciali irregolari e del loro fallimento*, in *Giurisprudenza Italiana*, vol. L, Torino 1898, pag. 47

<sup>298</sup> *Ivi*, pag. 48

<sup>299</sup> *Ivi*, pag. 49

una questione di semantica: se nessun socio può opporre la mancanza delle formalità, nemmeno può farlo la società che non è altro che la collettività dei soci. Si ricorda inoltre come i soci possano anche considerare come regolare la società ed essendo il contratto di società un contratto commutativo, ogni socio riceve qualcosa per quello che dà, i creditori particolari possono quindi rifarsi su questo in luogo dei beni conferiti dal loro debitore alla società.<sup>300</sup>

L'avvocato rileva inoltre come il considerare la società irregolare non significhi affatto disconoscerne l'esistenza: la società irregolare non è nulla sotto alcun aspetto e la responsabilità personale e illimitata di chi agisce concretamente non sostituisce la responsabilità ordinaria della società, ma è sussidiaria a questa.<sup>301</sup> Il Bonelli rileva come l'azionista non operi in concreto e come quindi questi non possa essere chiamato in responsabilità ex articolo 98: il Manara concorda e spiega che proprio per questo il legislatore ha previsto tale articolo, in modo da rendere responsabile chiunque operi, quale che sia la sua posizione all'interno della società.<sup>302</sup>

La terza e la quarta prova addotta attengono al fallimento e il Bonelli le contesta negando la qualità di ente distinto dai soci alle società irregolari e pertanto che il fallimento riguardi i soci personalmente. Il professore conclude rilevando come non possa essere concepibile estendere il fallimento ai soci se non esiste un ente che fallisce in via principale.<sup>303</sup>

Contro le conclusioni di Manara si schiera anche Leone Bolaffio: l'autore comincia la propria disamina chiedendosi quale sia il ruolo che hanno le formalità nella costituzione di una società commerciale poiché per lo stesso affinché si possa avere l'autonomia patrimoniale della società e sia possibile opporre ai terzi la collettività dei soci come ente è sufficiente un valido contratto di società. Validità del contratto che, come si è avuto modo di vedere, è concordemente ritenuta dalla dottrina sottesa alla presenza dei soli elementi essenziali del contratto (come disciplinati dal codice civile) e non dipende dal rispetto delle formalità e delle pubblicazioni richieste dal codice di commercio.<sup>304</sup> Lo stesso continua rilevando come seppur possa dirsi la società validamente costituita ciò non comporta l'acquisizione della personalità giuridica da parte della stessa, facendo derivare da questa attribuzione i particolari effetti della limitazione di responsabilità e dell'autonomia patrimoniale, rifiutando anch'esso – come visto *supra* – che le società commerciali

---

<sup>300</sup> MANARA, *Delle società*, pp. 50-54

<sup>301</sup> *Ivi*, pag. 58

<sup>302</sup> *Ivi*, pag. 62

<sup>303</sup> *Ivi*, pp. 64-66

<sup>304</sup> BOLAFFIO, *Delle società*, pag. 10

abbiano personalità giuridica. Il giurista si pone quindi in aperto contrasto con la posizione del Manara, contrasto che l'autore non tarda ad affrontare: il Manara, infatti, ritiene – in breve – che qualunque società esista sotto l'unica condizione che esista validamente il contratto sociale anche se la società è irregolare per il mancato rispetto delle norme commerciali sulle formalità e sulle pubblicazioni necessarie e, non riconoscendo anch'egli la personalità giuridica delle società, non può porre le formalità come presupposto per questa come invece fanno altri autori coevi.<sup>305</sup>

Le principali motivazioni che il giurista bolognese adduce sono l'ultimo alinea dell'articolo 77 del codice di commercio, dove le società commerciali sono definite come ente collettivo distinto rispetto ai terzi, senza però subordinare tale effetto al rispetto delle formalità richieste per legittima costituzione; il terzo alinea dell'articolo 99 dello stesso codice che si vieta l'opposizione della mancanza delle formalità ai terzi da parte dei soci ma allo stesso tempo consacra – per il Manara – la validità della società irregolare e infine gli articoli 846, 854 e 863 in materia di fallimento che prevedono che la società, pur se irregolare, sia comunque soggetta a fallimento, deducendone quindi la preventiva esistenza.<sup>306</sup> Le conseguenze che derivano dall'accettare la visione del Manara sono quindi che la responsabilità dei soci è quella del modello sociale scelto da essi alla quale viene aggiunta la responsabilità personale, solidale e illimitata di chi ha operato in nome della società (in particolare per le società anonime), che i soci hanno il diritto di chiedere (lo scioglimento nelle società di persone o) la liberazione dalle obbligazioni conseguenti la propria sottoscrizione con effetto dal giorno della domanda, che non vi è alcuna limitazione dei mezzi di prova per l'esistenza della società e quindi è possibile provarla attraverso testimoni, che il termine di prescrizione per le azioni derivanti dal contratto sociale segue il termine ordinario decennale e non quello speciale quinquennale e in ultimo che sono previste delle sanzioni penali per coloro che, obbligati dalla legge a espletare le formalità, non l'abbiano fatto.<sup>307</sup>

Prima di proseguire alla confutazione della tesi appena esposta e all'esposizione della propria, Bolaffio espone quali siano le basi dal quale parte, i capisaldi della visione di Manara. In primis rileva l'identità della natura del vincolo giuridico che il Manara sostiene tra le società civili e quelle commerciali: entrambe sono comunioni contrattuali regolate dalle norme dettate per le società presenti nel Codice civile, non dotate di personalità giuridica e che si differenziano per la natura

---

<sup>305</sup> BOLAFFIO, *Delle società*, pag. 11

<sup>306</sup> *Ivi*, pp. 12-13

<sup>307</sup> *Ivi*, pp. 14-15

degli atti compiuti per la ricerca del profitto, se atti commerciali o di diritto privato.<sup>308</sup> Il secondo pilastro sul quale il giurista costruisce il suo sistema è che l'esistenza della società è il risultato esclusivamente della validità del contratto sociale secondo le norme di diritto civile, uniche norme che ne disciplinino la validità.<sup>309</sup> Frutto di questi due capisaldi è quindi che società civili e commerciali hanno la stessa autonomia patrimoniale e la stessa unità formale dei soci verso i terzi senza tradursi in personalità giuridica per la società, che la diversità di oggetto tra società civili e commerciali non può essere discriminata per avere la separazione del patrimonio e che pertanto i beni sociali devono essere considerati di spettanza dei soci *pro indiviso*, al pari dei beni in una comunione.<sup>310</sup>

Entrando nel merito della trattazione Bolaffio espone come – anche a suo parere – una società di commercio irregolare non si distingue da una società civile in quanto se già la natura giuridica del vincolo è la medesima e non dipende dall'oggetto della società (se atti civili o commerciali), la mancanza delle ulteriori formalità richieste dal codice commerciale farà venir meno solamente l'applicazione delle ulteriori norme dettate dallo stesso codice come disciplina speciale per le società e comminare le sanzioni civili e penali previste.

La completa sanzione di ogni responsabilità è contenuta per l'autore nell'articolo 98 del codice di commercio in quanto i creditori di una società irregolare hanno di fronte a loro la comunione dei soci come disciplinata dalle norme del Codice civile, integrate e parzialmente modificate dalle disposizioni del codice di commercio. Alla responsabilità ordinaria dell'ente si somma quindi quella personale di soci, promotori e amministratori e di quanti abbiano operato in nome della società.<sup>311</sup> Non condividendo questa prospettiva si dovrebbe concludere che i creditori sociali di una società irregolare possano agire in responsabilità solo contro chi ha operato e non contro soci, amministratori e promotori che non abbiano concretamente operato, perdendo la preferenza sul fondo sociale e senza poter chiedere il fallimento della società; alternativamente potrebbero accettare la società come regolarmente costituita, accettando quindi così le limitazioni di responsabilità eventualmente previste dalla forma societaria e non potendo quindi aggredire il patrimonio personale di alcuni di questi (o di tutti in caso di società anonima). Si comprende come

---

<sup>308</sup> BOLAFFIO, *Delle società*, pag. 15

<sup>309</sup> *Ivi*, pag. 16

<sup>310</sup> *Ivi*, pag. 17

<sup>311</sup> *Ivi*, pag. 18

una siffatta soluzione non sia ottimale e sia molto più logico invece considerare la società irregolare come una comunione contrattuale disciplinata dalle norme sulle società civili.<sup>312</sup>

L'autore continua confutando la posizione del Manara sulla limitazione di responsabilità nelle anonime irregolari secondo il quale, ammettendo che il socio di una società (di persone) irregolare risponda illimitatamente e solidalmente anche senza avere operato in nome della società, si dovrebbe ammettere che gli azionisti di una società anonima assumano le medesime responsabilità per il fatto solo di essere azionisti. La conclusione sarebbe ancora più rigorosa per chi ritenesse la società irregolare una comunione regolata dalle norme civili in quanto gli azionisti sarebbero parimenti membri della comunione sociale.<sup>313</sup> Per Bolaffio, tuttavia, vi sono diversi motivi che giustificano una diversità di trattamento per le società anonime: in primo luogo perché gli azionisti non hanno – al contrario dei soci – l'obbligo di adempiere alle formalità richieste alla costituzione e non si potrebbero quindi sanzionare con la responsabilità personale in caso di mancanza delle forme richieste.<sup>314</sup> Inoltre gli azionisti possono chiedere di essere liberati dalle obbligazioni derivanti dalla propria sottoscrizione del capitale e così sottrarsi da qualsiasi loro responsabilità, già limitata dall'importo promesso alla sottoscrizione.<sup>315</sup> Prevedere la responsabilità illimitata dell'accomandante nella società in accomandita irregolare è giustificato dal fatto che un terzo può confondere la qualità del socio a responsabilità limitata con quello a responsabilità illimitata, ma nella società anonima questo fraintendimento non può avvenire in quanto tutti gli azionisti hanno una responsabilità limitata. Non viene presa però in considerazione la società in accomandita per azioni dove si potrebbe avere una situazione dubbia come nella società in accomandita semplice; inoltre non è necessario che il terzo ignori l'irregolarità della società perché si applichino le norme dettate sulla società irregolare, la conoscenza del terzo non surroga le formalità richieste.<sup>316</sup>

La soluzione che l'autore offre nel considerare le società irregolari è quindi di ritenerle delle comunioni contrattuali di diritto civile, regolate unicamente dal rispettivo codice: questo si traduce nella possibilità per i creditori sociali di aggredire il patrimonio dei singoli senza preventivamente

---

<sup>312</sup> BOLAFFIO, *Delle società*, pag. 19

<sup>313</sup> *Ivi*, pag. 23

<sup>314</sup> *Ivi*, pag. 24

<sup>315</sup> *Ivi*, pag. 25

<sup>316</sup> *Ivi*, pag. 26

aver aggredito il patrimonio sociale ma solo nelle società di persone, gli azionisti si trovano in una posizione particolare che ora verrà esposta.<sup>317</sup>

L'azionista ha il diritto di essere svincolato dalle obbligazioni assunte alla sottoscrizione se nei tre mesi successivi non siano state adempiute le formalità richieste dal codice di commercio, questo diritto non è dato nell'interesse esclusivo dell'azionista ma anche per tutelare la regolarità del commercio stesso.<sup>318</sup> Gli effetti dell'estinzione dell'obbligazione dell'azionista sono fatti decorrere dal giorno della domanda ma per l'autore sarebbe più congruo dichiararla estinta fin dall'origine in quanto l'articolo 99 si scinde nettamente in due parti: i primi tre paragrafi, riguardanti le società di persone e l'ultimo paragrafo che riguarda le società di capitali. Nei primi tre paragrafi – oltre essere previsto che la mancanza di formalità non possa essere opposta dai soci ai terzi – viene sancito il diritto del socio allo scioglimento della società conseguente all'irregolare costituzione e stabilito che gli effetti di tale scioglimento decorrono dal giorno della domanda; solo l'ultimo paragrafo, nel quale viene sancito il diritto dell'azionista allo scioglimento, si riferisce alle società anonime.<sup>319</sup> Non sarebbe quindi corretto applicare a queste ultime le norme dettate espressamente – per l'autore – alla disciplina delle sole società di persone. Se gli azionisti fossero tenuti a rispondere delle obbligazioni sociali abusivamente assunte da promotori e amministratori nel periodo di tempo compreso tra la sottoscrizione e la domanda di scioglimento non si potrebbe parlare di estinzione dell'obbligazione derivante dalla sottoscrizione; per l'azionista non rileva quando le obbligazioni sociali di cui si chiede l'adempimento sono sorte, una volta che questo abbia ottenuto lo scioglimento dalle proprie obbligazioni derivanti dalla sottoscrizione, nulla gli può essere chiesto (e anzi gli va ripetuto quanto eventualmente ottenuto in precedenza). Per le società di persone invece non è così in quanto il contratto sociale vincola i soci e questi continuano a rispondere personalmente di tutte le obbligazioni fintanto che non venga sciolto.<sup>320</sup> Il differente vincolo che riguarda azionisti e soci è spiegato dalla differenza del loro rapporto con le formalità: i primi non sono tenuti per legge ad adempiere ma è solo una loro facoltà farlo, mentre i secondi sono tutti per legge tenuti alle pubblicazioni. Conseguentemente il codice sanziona (pecuniariamente e con l'estensione del fallimento) nelle anonime gli amministratori e i promotori, che sono i soggetti obbligati alle pubblicazioni, ma non sarebbe coerente comminare tali sanzioni anche agli azionisti.

---

<sup>317</sup> BOLAFFIO, *Delle società*, pp. 26-27

<sup>318</sup> *Ivi*, pag. 27

<sup>319</sup> *Ivi*, pag. 28

<sup>320</sup> *Ivi*, pag. 29

Inoltre mentre il socio che operi in una società irregolare si può intendere che presti il suo tacito consenso, lo stesso non può dirsi di un azionista, per il quale la presunzione è quella di sottoscrivere una società regolare e se gli amministratori e i promotori non adempiono le formalità richieste, non possono rivalersi di questa loro inerzia sugli azionisti.<sup>321</sup> Si rileva come l'obbligazione dell'azionista esista, ma sia posta una condizione risolutiva ad essa ovvero la regolare esecuzione delle formalità, la mancanza delle formalità non comporta quindi l'inesistenza della società e il fallimento non va di pari passo con l'irregolarità. Se non vengono adempiute le formalità legali quindi qualsiasi tipo di società non è considerabile legalmente costituita e pertanto le società irregolari saranno considerate come delle comunioni contrattuali regolate dalle leggi civili a cui si aggiungono – per le società anonime – la possibilità dell'azionista di essere liberato dalle obbligazioni derivanti dalla propria sottoscrizione e la responsabilità personale e illimitata di amministratori e promotori che abbiano operato in nome della società.<sup>322</sup>

Se quindi per Ulisse Manara le società benché irregolari esistono così come disciplinate dalla legge e dall'atto costitutivo e le uniche sanzioni sono quelle civili e penali espressamente comminate (nonché l'intrinseca instabilità del rapporto sociale, esposto alla domanda di scioglimento della società o dalle obbligazioni derivanti dalla sottoscrizione dell'azionista), per Bolaffio le conseguenze sono ben più gravi. Innanzitutto per il giurista le formalità sono ciò che trasformano una semplice comunione legale in una società commerciale come ente collettivo distinto dai soci, sono queste infatti necessarie alla creazione della società: solo così si potranno obbligare i creditori sociali a rifarsi esclusivamente sul patrimonio sociale, avendosi la limitazione di responsabilità degli azionisti (o dei soci limitatamente responsabili) che sarebbe inconcepibile in una comunione.<sup>323</sup> Altresì sono necessarie affinché il contratto sociale possa avere effetto verso i terzi, dotando la società di autonomia patrimoniale e limitando la responsabilità del socio; il riunirsi in comunione non crea un patrimonio autonomo circoscritto e distinto attivamente e passivamente dal patrimonio personale dei comunisti: non vi è alcuna limitazione di responsabilità, non vi è precedenza di aggressione sul fondo sociale e i crediti e debiti sociali e personali si compensano.<sup>324</sup> Il giurista fa notare come sarebbero poco sensate le rigorose sanzioni (anche penali) comminate in caso di irregolarità della costituzione se da questa derivasse comunque l'esistenza legale della società come # Manara

---

<sup>321</sup> BOLAFFIO, *Delle società*, pag. 30

<sup>322</sup> *Ivi*, pag. 31

<sup>323</sup> *Ivi*, pag. 33

<sup>324</sup> *Ivi*, pag. 36

sostiene, per il quale ai terzi non cambia nulla che la società sia civile, commerciale, regolare o irregolare e il cui interesse ad essere garantiti è rispettato aggiungendo la responsabilità personale di chi operi in nome della società da far valere opponendo l'irregolarità della costituzione.<sup>325</sup>

L'autore si ferma quindi ad esaminare in cosa consista il divieto dei soci di opporre la mancanza delle formalità ai terzi, iniziando con il riportare l'orientamento secondo il quale i terzi possano liberamente decidere – in base al concreto vantaggio che ne può derivare loro – di considerare la società come validamente costituita o meno; cade quindi in contraddizione – per l'autore – il Manara nel considerare indifferenti società regolari o irregolari quanto a disciplina, non sarebbe logico prevedere questa facoltà per i terzi se concretamente che venga esercitata o meno non cambi nulla a costoro. L'autore rileva come – secondo detto orientamento – i creditori sociali possano avere due azioni: una verso la società, per il solo fatto che questa esiste e una personale contro coloro che hanno agito in nome della società; mentre la prima deriva fisiologicamente dalla valida costituzione della società, la seconda è un'azione straordinaria che deriva nei casi patologici in cui le formalità non siano state adempiute. I creditori sociali possono quindi decidere se agire contro i soci, impugnando al contempo la costituzione della società perché irregolare o agire contro la società, non opponendo la mancanza delle formalità e quindi considerandola come legittimamente costituita con la possibilità però di esperire l'azione verso i soci (impugnando l'irregolare costituzione) in caso di un esito infruttuoso dell'azione contro la società.<sup>326</sup> L'autore non condivide questa linea di pensiero (ritenendo che non vi sarebbe alcuna differenza nel considerare una società irregolare piuttosto che una comunione contrattuale) in primis poiché il codice non prevede alcuna facoltà di scelta in capo al terzo, ma si limita solamente ad escludere che i soci possano opporre la mancanza delle formalità, in secondo luogo perché non possono liberarsi dagli ulteriori effetti derivanti dal vincolo sociale come l'estensione del fallimento, lo scioglimento della società o il recesso dalle obbligazioni assunte alla costituzione e infine perché non vi è alternatività di azione tra l'articolo 98 e 99 ma si avrà sempre azione ex 98 contro le società irregolari, intervenendo la tutela del terzo comma dell'articolo 99 solo quando si tratti di società in nome collettivo o in accomandita semplice.<sup>327</sup>

---

<sup>325</sup> BOLAFFIO, *Delle società*, pag. 37

<sup>326</sup> *Ivi*, pag. 40

<sup>327</sup> *Ivi*, pag. 41



In conclusione, per Bolaffio una società irregolare non è un ente collettivo distinto rispetto ai terzi ma una comunione contrattuale regolata dalle norme civili e integrata dalle norme commerciali dove espressamente previsto, non essendo un ente collettivo distinto non vi è autonomia patrimoniale né limitazione di responsabilità dei soci; i terzi non sono liberi di ritenere la società come regolarmente costituita o meno, dovendo agire principalmente sempre ex articolo 98 e solo se davanti ad una società in nome collettivo o in accomandita semplice possono in via sussidiaria agire ex articolo 99.<sup>328</sup>

Nel 1904 torna ad esprimersi Ulisse Manara, nei diversi volumi del suo “Delle società e delle cooperative commerciali” si sofferma su diversi temi e in particolare nel volume secondo sottotitolato “Forme per la legale costituzione e le eventuali modificazioni, condizione giuridica delle società di commercio irregolari” tratta in modo organico delle conseguenze che una costituzione irregolare ha sulle società anonime.

Il professore esordisce esponendo quali siano le forme che il codice richiede per la legittima costituzione di una società e affermando poi categoricamente che “nessuna delle indicate forme costituisca, per nessuna delle mentovate specie di società commerciali, un requisito essenziale alla validità del contratto sociale e, conseguentemente, alla esistenza della società commerciale, sia rispetto ai soci, sia rispetto ai terzi”<sup>329</sup> non lasciando adito a dubbi per il lettore sulla propria presa di posizione nel dibattito intercorrente nella scena commercialistica. Che la costituzione irregolare non comporti la nullità del contratto sociale è una posizione molto condivisa nella dottrina coeva e su questo punto il giurista non offre una soluzione innovativa; la novità che pone il Manara in contrasto con la dottrina maggioritaria è quella di sostenere che l’irregolarità della costituzione non comporta nemmeno l’inesistenza della società. Per l’autore, infatti, le forme sono richieste solamente *ad probationem* e questo comporta che il contratto è valido in ogni sua parte, anche nei confronti dei terzi. Inoltre, il non riconoscere personalità giuridica alle società commerciali del giurista ben si inserisce nel suo sistema, non giustificando la necessità delle pubblicazioni al fine di dare tale personalità alla società.<sup>330</sup>

---

<sup>328</sup> BOLAFFIO, *Delle società*, pag. 48

<sup>329</sup> MANARA, *Delle società e delle cooperative commerciali*, Torino 1904, vol. 2 pag. 6

<sup>330</sup> *Ivi*, pp. 8-9

Non può essere tuttavia ammesso che la costituzione irregolare non comporti alcuna differenza per la società, si analizza quindi quali conseguenze il giurista faccia derivare dal mancato rispetto delle forme per la costituzione sia nei rapporti tra i soci che con i terzi.

L'iter argomentativo che segue l'autore parte prendendo in considerazione le società in nome collettivo e in accomandita, per poi rinviarvi quando arriva a trattare delle società anonime e in accomandita per azioni, integrando in questo caso con argomentazioni ulteriori, precipue delle forme societarie analizzate. I rimandi alle pagine dell'opera che riguardano le società di persone sono dovuti al fatto che lo stesso autore nell'espone le sue argomentazioni riguardo le società anonime vi fa rimando.

Manara parte dall'analisi del testo legislativo vigente e prosegue con il confronto di questo con il codice precedente; in conclusione opera un raffronto incrociato tra le disposizioni contenute nello stesso codice di commercio del 1882. La prima argomentazione portata si basa quindi sul tenore letterale dell'art. 87: esso nel prevedere che "il contratto di società deve essere fatto per iscritto" non commina espressamente alcuna sanzione per la violazione di tale norma e pertanto non si può tantomeno dallo stesso articolo far derivare in via interpretativa la nullità del contratto sociale. Questo è affermato tenendo in considerazione che il codice in tutti i casi in cui considera la forma richiesta *ad substantiam* non manca di prevedere la sanzione della nullità dell'atto qualora le formalità non vengano rispettate (come ad esempio previsto dall'art. 44 riguardo alle compravendite commerciali di immobili) e pertanto *a contrariis* se ne deduce che il legislatore abbia voluto – non prevedendo alcuna nullità espressa – intendere la forma come necessaria *ad probationem actus*.<sup>331</sup> A riprova della bontà del proprio ragionamento Manara cita direttamente la Commissione incaricata nel 1869 della riforma del Codice di commercio la quale afferma che ove non sia strettamente necessario far dipendere la validità del contratto dalla scrittura, si ometterà la clausola "sotto pena di nullità".<sup>332</sup> Coerentemente indica nella soppressione della sanzione espressa di nullità prevista dall'art. 315 del Codice di commercio del 1865 un ulteriore sostegno della sua tesi, in quanto il legislatore ha continuato a prevedere espressamente la nullità in tutti i casi in cui la forma è richiesta *ad substantiam* e sarebbe poco logico concludere che abbia voluto mantenere tale nullità sopprimendo – in questo unico caso – ogni riferimento diretto nella lettera della legge.<sup>333</sup>

---

<sup>331</sup> MANARA, *Delle società*, pp. 11-13

<sup>332</sup> *Ivi*, pag. 10

<sup>333</sup> *Ivi*, pag. 12

Allo stesso modo si rileva che, nel sostituire il decreto reale di approvazione – previsto a pena di nullità, in quanto “La società in accomandita per azioni e la società anonima non possono esistere, se non sono autorizzate con decreto reale”<sup>334</sup> – con il decreto del tribunale, il legislatore non ha previsto espressamente che la mancanza di quest’ultimo possa impedire l’esistenza della società.<sup>335</sup>

Secondo Ulisse Manara quindi “ha giuridica esistenza la società che risulta dal vincolo giuridico costituito dal contratto sociale, abbenchè non redatto per iscritto”<sup>336</sup>: il contratto di società sarà valido e produrrà, sia rispetto ai soci sia rispetto ai terzi, tutti gli effetti che è in grado di produrre. Gli effetti in questione (responsabilità dei soci, enti collettivi distinti dalle persone dei soci, società è commerciante quindi fallibile, i beni del fondo comune o capitale sociale sono sottratti all’azione dei creditori particolari) sono quelli dettati nelle disposizioni generali e sono applicabili alle società illegalmente costituite in quanto questi richiedono contratto sociale valido e come si è visto per l’autore il contratto sociale è valido anche se non rispetta le formalità dettate dal codice.

Il giurista passa quindi a considerare cosa comporti l’irregolarità della costituzione: in primo luogo rileva come sia data facoltà ad ogni socio di una società in nome collettivo o in accomandita semplice di “domandare lo scioglimento della società”<sup>337</sup> qualora manchino l’atto scritto o le pubblicazioni richieste e che inoltre “gli effetti dello scioglimento decorrono dal giorno della domanda”<sup>338</sup>. Per i soci di un’anonima non è prevista la possibilità di chiedere lo scioglimento della società ma è consentito, se entro tre mesi dal termine per depositare e pubblicare l’atto costitutivo e lo statuto questo non sia stato fatto, agli azionisti di chiedere di essere liberati dalle proprie obbligazioni contratte con sottoscrizione del capitale. Dalla possibilità di chiedere lo scioglimento si deduce che la società esiste, sebbene mancante delle formalità, in quanto non avrebbe senso parlare di scioglimento di una società che mai si è costituita. Dal fatto che i soci ne abbiano solo facoltà e che non siano obbligati in alcun modo a farlo, si deduce invece che la società continuerà ad avere esistenza giuridica e a produrre i suoi effetti sia verso i soci sia verso i terzi fino a quando qualcuno non esercita tale facoltà, sempre ammesso che lo faccia.<sup>339</sup> A riprova che la società sia comunque esistente vi è il fatto che l’eventuale scioglimento della società avrà effetto dalla data della domanda

---

<sup>334</sup> *Codice di commercio 1865*, art. 156

<sup>335</sup> MANARA, *Delle società*, pag. 20

<sup>336</sup> *Ivi*, pag. 13

<sup>337</sup> *Codice di commercio 1882*, art. 98

<sup>338</sup> *Ibidem*

<sup>339</sup> MANARA, *Delle società*, pag. 14

avanzata dal socio e non *ex tunc*: la società sarà in una condizione “di precarietà” ma pur sempre validamente costituita e capace di operare nel piano giuridico.<sup>340</sup> Anche per l’azionista si tratterà di una facoltà la liberazione dalle proprie obbligazioni, facoltà che potrà anche decidere di non esercitare: in questo caso potrà però essere chiamato – anche dai creditori sociali – a versare la somma per la quale si è impegnato con la sottoscrizione fintanto che non sia intervenuta la pronuncia del tribunale che lo liberi dalle proprie obbligazioni, non potendo opporre l’irregolarità della costituzione.<sup>341</sup> L’autore termina chiosando: “fra i soci la società esiste sino a che alcuno di loro ne domandi lo scioglimento e questo sia stato dichiarato”, una presa di posizione difficile da scardinare in via esegetica.<sup>342</sup>

Similmente, prosegue, prevedendo che i creditori sociali possano chiedere sia dichiarato il fallimento della società debitrice pur non avendo questa i requisiti formali per la legale costituzione; è importante notare come non siano dichiarati falliti gli amministratori e i direttori “giacché essi in quanto tali, non sono commercianti; anzi la legge espressamente li considera, e con tutta giustizia, come persone diverse dal fallito”<sup>343</sup>. Il legislatore ha infatti voluto considerare fallibile espressamente la società irregolarmente costituita e in secondo luogo penalmente responsabili gli amministratori e direttori qualora sia integrato il reato di bancarotta (o altro reato in materia di fallimento), bancarotta semplice che ha come fattispecie integrante anche la sola omissione dolosa delle pubblicazioni per gli amministratori e direttori della società anonima<sup>344</sup>.

Quanto all’efficacia verso i terzi della società l’autore come il ragionamento sopra esposto per la nullità possa essere applicato anche per l’efficacia verso i terzi: se l’avesse voluta condizionare al rispetto delle formalità l’avrebbe previsto espressamente.<sup>345</sup> Rispetto ai terzi pertanto la società esiste e perciò risponde delle obbligazioni assunte, potendo perfino essere considerata come legalmente costituita, sebbene ne manchino le formalità, in quanto “né i soci, né i loro creditori particolari, possono opporre la inosservanza di qualsivoglia delle forme prescritte”<sup>346</sup>. È lasciata infatti ai terzi la possibilità di scegliere se impugnare o meno la costituzione della società per farla dichiarare irregolare e qualora ciò non avvenga la società sarà considerata – nel caso in questione –

---

<sup>340</sup> MANARA, *Delle società*, pag. 15

<sup>341</sup> *Ivi*, pag. 25

<sup>342</sup> *Ivi*, pag. 43

<sup>343</sup> *Ivi*, pag. 35

<sup>344</sup> *Codice di commercio 1882*, art. 852

<sup>345</sup> MANARA, *Delle società*, pag. 14

<sup>346</sup> *Ivi*, pag. 43

come regolarmente costituita. I creditori particolari, tuttavia, non possono disconoscere le conseguenze che un valido contratto di società ha sui beni conferiti (tranne, ad esempio, conferimento di immobili senza atto scritto ma è il conferimento e non la società ad essere nullo) senza impugnare la costituzione perché irregolare e quindi chiedendo della società o del vincolo derivante dal conferimento.<sup>347</sup>

Manara pone quindi al lettore il quesito se le varie formalità prescritte (atto scritto o pubblico, affissione e pubblicazione dell'atto costitutivo e dello statuto, pubblicazione di un estratto di essi sul giornale degli avvisi giudiziari e nel bollettino delle società per azioni) rilevino tutte allo stesso modo o se vi siano delle formalità che il legislatore consideri preminenti ed altre che consideri secondarie, in assenza delle quali pu ò comunque considerarsi la società come regolarmente costituita. Il giurista risponde rilevando innanzitutto il dato testuale: l'art. 98 assimila la mancanza di forma scritta ad ogni altra formalità, statuendo che le società anonime "non esistono come tali" se non costituite per atto pubblico e fino a che non siano adempiute le formalità richieste, tutte le formalità richieste. Mettendo il legislatore sullo stesso piano la (mancanza di) forma scritta e (la mancanza delle) altre formalità, se ne ricava che qualunque sia l'elemento formale che manchi nel caso concreto, le conseguenze saranno le medesime: non regolare costituzione della società comportante quanto il giurista viene ora ad esporre.<sup>348</sup> Essendo la "irregolare costituzione" la sanzione comminata per ogni tipologia di società e per la mancanza di uno qualsiasi dei requisiti formali Il giurista rileva come sia "impossibile distinguere, rispetto questa condizione in cui le società irregolari tutte vengono a trovarsi, l'una specie di società commerciale dall'altra, l'una dall'altra delle forme inosservate"<sup>349</sup>. Con queste parole l'autore intende rivolgersi ai colleghi che fanno derivare effetti diversi della irregolare costituzione in base al tipo di società in esame o che addirittura considerino regolare la società che manchi di alcune formalità ritenute secondarie, confutandone la tesi.

Dato per assodato che l'irregolarità della costituzione non comporta la nullità dell'atto costitutivo né impedisce che la società si formi, né che la società non abbia effetti verso i terzi, ciò che comporta l'irregolarità della costituzione è – come si è già visto – la possibilità per i soci e gli azionisti di chiedere lo scioglimento della società o dalle loro obbligazioni con effetto dal giorno della domanda

---

<sup>347</sup> MANARA, *Delle società*, pag. 44

<sup>348</sup> *Ivi*, pp. 14-15

<sup>349</sup> *Ivi*, pag. 23

e le sanzioni penali dettate in materia di fallimento per amministratori e direttori. Se non che il legislatore ha reputato non sufficienti la sola sanzione penali (applicabile solo in caso di omissione dolosa) e quella della precarietà del vincolo sociale e infatti ha previsto che tutti coloro che hanno assunto obbligazioni operando concretamente in nome della società ne rispondano solidalmente e illimitatamente con tutto il loro patrimonio personale.<sup>350</sup>

Quali conseguenze quindi di potrebbero far derivare dalla irregolare costituzione ulteriori rispetto a quelle analizzate e previste dalla lettera del codice? Per il Manara nessun'altra sanzione, né, tantomeno quella estrema della nullità. L'autore giustifica questa sua posizione considerando che "le altre e molteplici sanzioni, da lui [il legislatore] dettate per indurre i contraenti la società ad osservare le forme prescritte, siano sufficienti"<sup>351</sup>, in quanto pur non rendendo impossibile l'esistenza di una società irregolare, la rendono più gravosa: sarà interesse degli stessi soci, amministratori e direttori provvedere alle formalità prescritte. Il rimedio della nullità potrebbe infatti risultare più pregiudizievole degli stessi interessi che la solennità dell'atto pubblico e delle pubblicazioni miravano a tutelare che utile a garantire una protezione del commercio e dell'affidamento dei terzi.

A questo punto, volendo fugare ogni possibile dubbio rimasto al lettore, il giurista emiliano, convinto dell'importanza della comparazione, considera le precedenti fonti normative, sia patrie che europee e la loro evoluzione nella disciplina dei requisiti formali delle società. Inizia considerando il *Code du commerce* del 1807, che nel richiedere l'autorizzazione regia e l'approvazione dell'atto costitutivo delle società anonime statuisce che tali formalità vadano osservate "à peine de nullité"<sup>352</sup>, temperando questa previsione nello stesso articolo affermando che la nullità non può dai soci essere opposta ai terzi. Sulla stessa linea il codice di commercio per gli stati sardi del 1842 e il codice di commercio del 1865 che, come visto *supra*, dichiaravano che le società anonime non potessero esistere senza l'autorizzazione del Re.

Con la *loi 24 juillet 1867*, se viene meno l'autorizzazione regale, sostituita con altre forme di pubblicità, la previsione che l'inosservanza delle formalità sia sanzionata dalla nullità rimane, come rimane pure la previsione che tale nullità non possa essere opposta ai terzi da parte dei soci<sup>353</sup>. Di

---

<sup>350</sup> MANARA, *Delle società*, pag. 46

<sup>351</sup> *Ivi*, pag. 21

<sup>352</sup> *Code du commerce 1807*, art. 42

<sup>353</sup> *Loi 24 juillet 1867*, art. 56

pochi anni successiva, la legge belga sulle società del 18 maggio 1873 prevede che l'atto pubblico sia richiesto "à peine de nullité" per le società anonime, anch'essa impedendo però che tale nullità possa essere opposta ai terzi dai soci<sup>354</sup>.

In area germanica invece il ADHGB del 1861 distingueva, per quanto concerne il rispetto delle formalità della costituzione, le diverse forme societarie: società in nome collettivo e in accomandita semplice esistono anche se non iscritte nei registri di commercio<sup>355</sup>, mentre anonime e in accomandita per azioni non esistono come tali se non iscritte in detti registri<sup>356</sup>. Il successivo codice per l'Impero germanico del 1897 segue lo stesso sistema – sebbene ciò non sia rilevante ai fini di ricostruire le intenzioni del legislatore del 1882 –.

Passando a considerare i progetti ministeriali per il codice italiano del 1882 il professore rileva che, sebbene nel progetto definitivo dell'On. Mancini del 1877 risultasse che le società anonime "non esistono come tali, se non siano costituite per atto pubblico e fino a che non siano state adempiute [le formalità]", questa previsione non divenne legge. La previsione della nullità in caso di inadempimento delle formalità previste, nullità che avrebbe dispiegato i suoi effetti anche tra i soci stessi, fu proposta dall'ufficio centrale del Senato, con l'inascoltato sen. Cabella che propose – su modello del codice germanico – di distinguere in base alle tipologie di società. Distinzione che comparirà nel progetto Mancini del 1877 che prevederà la nullità delle sole anonime e in accomandita per azioni irregolari – mentre le società in accomandita semplice saranno trasformate in società in nome collettivo –. Questa disposizione verrà mantenuta nell'approvazione in parlamento ma la commissione di coordinamento espungerà il terzo capoverso dell'articolo 98, ove era previsto che le società anonime non esistessero come tali, di fatto eliminando l'unico sicuro riferimento che la forma fosse richiesta *ad substantiam actus*.<sup>357</sup>

Sentendosi chiamato in causa dalle conclusioni che Bolaffio aveva tratto partendo dalla contestazione della sua visione, l'autore le confuta sostenendo che ammettendo la soluzione di Bolaffio di considerare le società irregolari come comunioni contrattuali regolate dalle norme civili, queste non sono "semplici comunioni" ma comunioni animate dall'*affectio societatis*, ossia le società. Essendo società, la loro disciplina civilistica è integrata e modificata da quella

---

<sup>354</sup> Legge belga 18 maggio 1873, art. 4

<sup>355</sup> ADHGB, art. 178

<sup>356</sup> *Ivi*, art. 211

<sup>357</sup> MANARA, *Delle società*, pp. 59-67

commercialistica e pertanto – per Manara – se ne dovrebbe trarre la conseguenza che, seppur irregolari, queste siano regolate dalle stesse leggi che regolano le società regolari, con l’aggiuntiva applicazione delle norme previste dal codice come sanzione per l’irregolarità.<sup>358</sup>

Pur trovandosi in posizione minoritaria si è visto come Ulisse Manara rimanga fermo nelle proprie convinzioni e non si sottragga dal confronto con i propri colleghi.

### ***Il cambio di opinione di Vivante e la dottrina successiva di Navarrini***

Si è visto come i vent’anni successivi all’adozione del codice di commercio abbiano dato luogo a diversi contributi dottrinali sulla materia; a questo punto però preme rilevare come il maggior esponente della dottrina maggioritaria, ossia Cesare Vivante, compia all’inizio del ventesimo secolo un cambiamento di opinioni e vada ad abbracciare la visione minoritaria proposta da Ulisse Manara.

Vivante, infatti, nell’edizione aggiornata del suo trattato edita nel 1903, argomenta che le forme imposte dal legislatore sono “nell’interesse della società stessa perché ne agevolino il credito e l’amministrazione [...]; nell’interesse dei creditori particolari dei soci, perché siano avvertiti dello scemato patrimonio dei loro debitori; nell’interesse dei creditori sociali affinché possano misurare la loro fiducia secondo l’ammontare del capitale; infine nell’interesse del fisco affinché possa esigere dalla società il suo contributo.” La legge si prende carico di tutelare questi interessi e lo stesso ordine economico e giuridico comminando sanzioni civili e penali per il mancato rispetto delle forme: essendo la società irregolare esposta “al pericolo di uno scioglimento improvviso e rovinoso”.<sup>359</sup>

Partendo dalla forma scritta, Vivante ne riconosce l’utilità al fine di “sottrarre alle fallibili e interessate reminiscenze dei contraenti e dei testimoni”<sup>360</sup> le clausole di un contratto con risvolti economici notevoli e duraturi come quello di società ma non la ritiene essenziale; pertanto, la società contratta in forma orale non deve considerarsi come inesistente. A sostegno di questa affermazione anche il giurista padovano rileva il dettato codicistico: nessuna nullità è testualmente prevista e, anzi, *a contrariis* la presenza nel codice di norme che prendano in considerazione società costituite in mancanza dell’atto scritto supporta la tesi della non necessarietà dell’atto scritto. Quanto alle pubblicazioni – per le quali la mancanza della forma scritta dell’atto costitutivo è

---

<sup>358</sup> MANARA, *Delle società*, pp. 119-121

<sup>359</sup> C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino 1903, Libro II – Le persone, pag. 52

<sup>360</sup> *Ibidem*



sostituibile dalla sentenza del magistrato che accerti l'avvenuta costituzione della società – il Vivante ne rileva la principale funzione di dichiarazione pubblica e solenne agli eventuali creditori sociali della garanzia offerta loro dai soci, con la quale assumono l'impegno di garantire i debiti sociali nella misura determinata dall'atto costitutivo.<sup>361</sup> Tale dichiarazione crea inoltre una presunzione assoluta riguardo alla esistenza della società e a quanto convenuto nell'atto costitutivo depositato con effetto sia verso i creditori sociali, i quali non potranno opporre la loro ignoranza, sia verso i soci stessi, che non potranno opporre patti contrari all'atto costitutivo pubblicato.<sup>362</sup> La valenza di presunzione legale spiega perché non si possano sostituire le forme richieste con mezzi analoghi – seppur in concreto più idonei ed efficaci a garantire la pubblicità degli atti in oggetto – e del perché il difetto di pubblicazione rileva quale che sia l'elemento soggettivo della condotta dei soci o dei promotori e finanche siano state cause di forza maggiore o non imputabili ad essi ad impedire la regolare pubblicazione.<sup>363</sup>

Entrando nel merito del dibattito, il Vivante abbandona la precedente posizione e aderisce alla tesi per la quale, sebbene illegittimamente costituita a causa del mancato rispetto delle forme richieste, la società – se il contratto possiede tutti gli elementi essenziali: capacità, consenso, oggetto e causa<sup>364</sup> nonché quelli propri del contratto di società – esiste come persona giuridica ed è regolata dalle stesse norme di diritto commerciale valide per le società regolarmente costituite, ad eccezione delle sanzioni previste per la mancanza delle formalità.<sup>365</sup> A sostegno della sua tesi adduce *in primis* una motivazione economica, riconoscendo che seppur illegittime tali società contribuiscono alla ricchezza privata – e quindi anche a quella pubblica – e sarebbe sconveniente che il legislatore decidesse di porre nel nulla l'intera società solo per il mancato rispetto delle formalità, specie se questa irregolarità non ha comportato alcun pericolo per l'ordine economico generale del paese.<sup>366</sup>

Il giurista padovano rileva inoltre come il codice ponga sullo stesso piano società regolari e irregolari nei rapporti con i terzi creditori, che possono considerare la società regolarmente costituita o meno a propria discrezione<sup>367</sup> e in materia di fallimento, esponendo la società irregolare alla dichiarazione

---

<sup>361</sup> VIVANTE, *Trattato* 1903, pag. 53

<sup>362</sup> *Ivi*, pag. 54

<sup>363</sup> *Ivi*, pp. 53-54

<sup>364</sup> *Codice civile 1865*, art. 1104

<sup>365</sup> VIVANTE, *Trattato* 1903, pag. 54

<sup>366</sup> *Ivi*, pag. 55

<sup>367</sup> *Codice commerciale 1882*, art. 98

di fallimento al pari di una società regolarmente costituita<sup>368</sup> e riservando alla società irregolare svantaggi unicamente per i soci, in modo da rendere loro economicamente sconveniente la costituzione irregolare.<sup>369</sup>

Il Vivante, quindi, rileva la fondamentale mancanza di qualsiasi previsione espressa di nullità per la mancanza delle formalità e come tale, estrema, sanzione non possa essere introdotta in via interpretativa dall'interprete del testo: il silenzio del codice a riguardo non deve essere considerato come una lacuna ma come una netta presa di posizione in merito poiché il legislatore "dove volle [la nullità] l'ha espressamente sancita".<sup>370</sup>

L'autore prosegue rilevando come le obbligazioni di amministratori e soci nascono anche prima della (legale) costituzione della società: i promotori e gli amministratori possono operare in nome della società anche nelle more del compimento delle formalità prescritte e al contempo i soci rispondono delle obbligazioni assunte dalla società fintanto che non domandino di essere liberati dalle obbligazioni derivanti dalla loro sottoscrizione; se la società fallisce e questi non abbiano ancora esercitato la loro facoltà, i soci dovranno rispondere con quanto promesso alla sottoscrizione e non versato. La società quindi – chiosa l'autore – esiste sia come contratto in quanto obbliga le parti che sottoscrivono il contratto, che come persona giuridica poiché la società seppur irregolare è parimenti fallibile.<sup>371</sup>

Si è concluso il punto precedente evidenziando come la società esista sia come contratto che come persona giuridica; non si tratta di una felice coincidenza ma di una consequenzialità in quanto questi due elementi vanno pari passo: il contratto sociale non ha effetto (come ogni altro contratto) tra i soli contraenti ma fa nascere, per la forza giuridica che la legge gli riconosce, una persona giuridica nuova e distinta da quella dei contraenti. Facendo derivare la personalità giuridica dalla validità del contratto, lo spazio che le formalità occupano è quello di comportare che la società sia regolata dal normale ordinamento dettato in materia societaria. È opportuno considerare diversamente i corpi morali in quanto questi necessitano del riconoscimento del governo per essere persone giuridiche, mentre per le società è necessario solamente il valido contratto in quanto la forza di creare la persona giuridica è stata preventivamente; oltretutto l'autorità non può negare il riconoscimento di

---

<sup>368</sup> *Codice commerciale 1882*, art. 863

<sup>369</sup> VIVANTE, *Trattato* 1903, pag. 56

<sup>370</sup> *Ibidem*

<sup>371</sup> *Ivi*, pag. 57

una società ma può eventualmente riscontrare che questa non possiede i requisiti necessari. In ultimo è bene rilevare come se anche non sia registrata la costituzione, può essere registrato lo scioglimento o il fallimento della società, a riprova che questa è esistita: “la registrazione di un defunto dimostra abbastanza chiaramente che esso ha vissuto”.<sup>372</sup>

Visto come l’irregolarità non comporti né la nullità del contratto né l’inesistenza come persona giuridica della società il giurista viene quindi ad esaminare quali ne siano le conseguenze: in primo luogo i creditori possono considerare la società regolare e quindi chiedere il pagamento delle obbligazioni sociali ad ogni socio nella misura della sua responsabilità; in secondo luogo, ogni socio può chiedere di essere sciolto dalla propria obbligazione assunta alla sottoscrizione, con effetto dal giorno della domanda.<sup>373</sup> La possibilità di chiedere lo scioglimento sta a significare che prima che questo avvenga la società esiste e il contratto sociale vincola le parti. Ogni socio può, alternativamente alla richiesta di essere liberato dalle proprie obbligazioni, promuovere azione contro gli amministratori affinché procedano alle pubblicazioni: pendente la domanda di condanna alle pubblicazioni non può essere chiesta la liberazione dalle proprie obbligazioni e se le pubblicazioni avvengono in un momento successivo alla domanda di scioglimento (sia per ordine del giudice che da parte degli amministratori *motu proprio*) non varranno a far rispondere il socio che abbia agito a propria tutela.<sup>374</sup> Verso i terzi invece, una mancanza parziale – da intendersi nel senso che tutte le formalità sono state adempiute ma con un atto costitutivo mancante di alcune statuizioni presenti in quello sottoscritto dai soci – delle formalità comporta che tutto ciò che è stato pattuito ma non pubblicato non possa essere opposto ai terzi e che, se gli elementi presenti sono sufficienti ad individuare la società nei suoi aspetti principali, la legge sopperisca alle mancanze dell’atto costitutivo pubblicato.<sup>375</sup> Una mancanza totale delle formalità – intesa come mancanza assoluta di qualsiasi formalità o di anche una sola di queste, in quanto il regime è equiparato – invece comporta, come si è visto l’irregolarità della società: troveranno applicazione le norme dettate per le società regolari e in aggiunta si applicheranno le norme dettate appositamente per le società irregolari. Da questo deriva quindi in primo luogo la responsabilità personale di chi abbia agito in nome della società in quanto, seppure la società esista, c’è incertezza sulla costituzione e chi agisce

---

<sup>372</sup> VIVANTE, *Trattato* 1903, pag. 58

<sup>373</sup> *Ivi*, pag. 60

<sup>374</sup> *Ivi*, pag. 61

<sup>375</sup> *Ivi*, pag. 71

nell'incertezza ne risponde personalmente;<sup>376</sup> in secondo luogo, deriva la possibilità per i creditori di considerare la società regolarmente costituita, non potendo la mancanza delle formalità andare a vantaggio dei soci né da questi essere opposta ai terzi. Infine, i crediti saranno sottratti al termine prescrizione speciale di cinque anni e sarà applicato quello ordinario di dieci. Tutti questi effetti si avranno anche se la irregolarità della società è conosciuta dal terzo, poiché la legge non reputa la conoscenza del terzo equipollente alla regolare costituzione.<sup>377</sup>

Per le società anonime in particolare, considerato che l'elenco degli azionisti non è sottoposto alla pubblicazione in quanto l'interesse dei terzi è tutelato attraverso il patrimonio sociale e non dai soci personalmente, al terzo che contratti con tale tipologia di società non farebbe alcuna differenza che questa sia regolare o meno, essendo comunque prevista la responsabilità limitata degli azionisti, solamente se irregolare a questa si aggiunge la responsabilità illimitata di chi abbia agito concretamente; i terzi possono considerare quindi la società come regolarmente costituita ma ne devono accettare la forma di anonima e non possono considerarla una società di persone. Il patrimonio sociale è distinto da quello personale dei soci e dato a garanzia esclusiva dei debiti della società, i creditori particolari possono però agire in surrogazione per lo scioglimento dal vincolo contratto con la sottoscrizione dai loro debitori, vedendo quindi ritornare nel patrimonio personale del socio quanto da questi conferito.<sup>378</sup> La società esiste nei confronti di tutti e i terzi non possono considerare la società inesistente fintanto che questa non sia sciolta. La regolarizzazione della posizione di una società irregolare può avvenire anche tardivamente, anche pubblicando la modificazione dello statuto benché questo non fosse stato pubblicato; per la stessa ragione invece le modifiche allo statuto non pubblicate si considerano come non avvenute.<sup>379</sup>

Il cambiamento di idee di Cesare Vivante non finisce però con l'appiattare la dottrina sulla propria posizione e, infatti, vent'anni dopo questo cambiamento ancora vi sono autori che sostengono l'inesistenza delle società irregolari, come nel caso di Umberto Navarrini.

L'autore rileva come sia opportuno richiedere la forma scritta per i contratti di società in ragione degli effetti immediati e continuati che questo comporta sia tra i soci che verso i terzi; data la particolare apertura al pubblico delle società per azioni la scrittura non è ritenuta sufficiente,

---

<sup>376</sup> VIVANTE, *Trattato* 1903, pag. 65

<sup>377</sup> *Ivi*, pag. 67

<sup>378</sup> *Ivi*, pag. 70

<sup>379</sup> *Ivi*, pag. 74

necessitando per queste che la costituzione venga fatta tramite atto pubblico.<sup>380</sup> Data la vastità degli effetti che possono avere, l'atto pubblico deve essere "portato a conoscenza legale dei terzi, e permanentemente conservato a loro disposizione".<sup>381</sup> La forma scritta e la conoscenza dei terzi tuttavia non sono ritenute sufficienti a raggiungere gli scopi di tutela che il legislatore si è prefissato e pertanto vengono anche individuati quali indicazioni debbano essere contenute nell'atto costitutivo e negli estratti da pubblicarsi;<sup>382</sup> ma se per alcune previsioni (nome, oggetto della società, sede...) è comprensibile che vengano imposte dal legislatore a pena di irregolarità della società, per altre questo appare più controverso in quanto il silenzio delle parti a riguardo è facilmente integrabile da altre disposizioni (come la determinazione della quota di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite).<sup>383</sup>

Il giurista rileva come la dottrina coeva sia unanime nel ritenere che la mancanza di alcune indicazioni non comporti automaticamente l'irregolarità della società purché tale lacuna sia colmabile dal dettato normativo: per esempio se mancasse il valore dei conferimenti questo potrebbe essere stabilito attraverso una stima peritale o in base al valore di mercato dei beni conferiti, qualora nell'atto costituivo mancasse una espressa ripartizione degli utili e delle perdite, questa si presumerà avvenire in proporzione a quanto conferito da ciascun socio. Il problema si presenta quando questo completamento non è possibile e le soluzioni offerte dalla dottrina si dividono principalmente in due correnti opposte: la prima, che determina effetti differenti per le società di persone e le anonime e la seconda, che invece tratta alla stessa maniera qualsiasi tipo di società; seppur dicotomica, questa impostazione non esclude che vi siano opinioni diverse tra i sostenitori della medesima teoria.<sup>384</sup>

Il Navarrini viene quindi alla disamina degli articoli 98 e 99 del codice di commercio e della responsabilità che questi fanno sorgere al fine di esporre la propria posizione in merito alle conseguenze dell'irregolarità delle società. Il giurista parte dal presupposto che le società non siano persone giuridiche e che pertanto le formalità non possano essere dettate a questo scopo, allo stesso tempo tuttavia non si può nemmeno attribuire solo valore contrattuale a quanto i soci vengono a pattuire, lasciando spoglia di qualsiasi effetto una costituzione irregolare. La legge infatti

---

<sup>380</sup> U. NAVARRINI, *Commentario al Codice di commercio*, Milano 1924, pp. 148-151

<sup>381</sup> *Ivi*, pag. 152

<sup>382</sup> *Ivi*, pag. 152

<sup>383</sup> *Ivi*, pp. 158-159

<sup>384</sup> *Ivi*, pp. 182-184

condiziona la piena efficacia del contratto sociale anche verso i terzi all'adempimento delle formalità previste ed è coerente ritenere che in mancanza di queste l'efficacia sia solo ristretta o limitata e non completamente annullata. Per il giurista gli articoli 98 e 99 si pongono in un rapporto di generalità-specialità essendo dettato l'articolo 98 in via generale e distinguendo invece il 99 in società di persone e società di capitali; viene preso in considerazione anche il fattore temporale, in quanto i termini posti dal legislatore parrebbero ordinatori, permettendo che una pubblicazione successiva sia comunque valida e sani la costituzione della società.<sup>385</sup> Il giurista si chiede se la responsabilità ex articolo 98 di chi abbia agito per la società sia una responsabilità aggiuntiva rispetto a quella normale dei soci o sia un surrogato di questa rilevando come in dottrina si deduca che se la responsabilità è un surrogato, la società non può esistere mentre qualora la responsabilità venga considerata come aggiuntiva l'opinione si divide, ritenendo alcuni la società esistente, altri no. La soluzione che offre il giurista è quella di ritenere la responsabilità in questione un surrogato della normale responsabilità; le conseguenze pratiche di questo è che nei rapporti interni è ammessa l'efficacia del vincolo contrattuale con la sanzione per la società che questo vincolo possa essere sciolto dal socio che ne faccia richiesta. Nei rapporti esterni invece se i terzi ne impugnano la regolarità la società non può darsi per esistente e pertanto soggetti passivi saranno le singole persone (soci o non soci che hanno agito in nome della società) e non un ente distinto, i quali allo stesso tempo non potranno opporre l'irregolarità della costituzione per sottrarsi alla propria responsabilità;<sup>386</sup> i terzi possono però altresì non impugnare la regolarità della società e considerarla legittimamente costituita provandone il contratto sociale (anche in questo caso i soci non potranno opporre l'irregolarità della società a loro vantaggio) e rispondendo con la normale responsabilità prevista per il tipo di società in concreto e non con la responsabilità surrogata di chi abbia agito.<sup>387</sup> Questa soluzione non collide con i principi dell'ordinamento ma altresì non prevede l'applicazione del diritto speciale per le società commerciali irregolari: la responsabilità illimitata di chi agisce indica che la società non esiste come ente, seppur il contratto sociale rimanga valido e vincolante per i soci; solo gli effetti esterni sono condizionati al compimento delle formalità e spetta ai terzi decidere se considerare o meno produttivo di effetti nei loro confronti il contratto sociale non pubblicato in quanto potrebbe essere vantaggioso per loro considerare la società regolarmente costituita e quindi usufruire della normale responsabilità dei soci piuttosto che di quella illimitata di

---

<sup>385</sup> NAVARRINI, *Commentario*, pag. 193

<sup>386</sup> *Ivi*, pag. 199

<sup>387</sup> *Ivi*, pag. 200

chi abbia agito.<sup>388</sup> La posizione in cui si trova l'autore può essere considerata una posizione di contemperamento dei due sistemi caldeggiati durante i lavori preparatori: nullità assoluta sostenuta dal Senato e inesistenza solo per le società anonime e in accomandita per azioni sostenuta dal progetto ministeriale.<sup>389</sup>

Per quanto riguarda specificamente l'irregolarità di società anonime e in accomandita per azioni, l'articolo 98 ha piena vigenza e la società è inesistente per i terzi, ma questa inesistenza può essere opposta anche dai soci ai terzi che volessero reputarla regolarmente costituita – contrariamente a quanto accade per le società di persone – , per quanto questo sia improbabile vista la limitazione di responsabilità, in quanto all'articolo in questione non viene ribadita la non opponibilità della mancanza delle formalità; in questo caso risponde in modo diretto, personale e illimitato chi ha agito in nome della società. La locuzione “la società non esiste come tale”, presente nel codice del 1865 venne espunta dal testo dalla commissione coordinatrice del codice del 1882 non per abbandonare il concetto sotteso al significato delle parole ma poiché i compilatori ritenevano che fosse una ripetizione di quanto già espresso nel codice. Se quindi, come visto, da un lato la società non esiste nei rapporti con i terzi, dall'altro il contratto sociale vincola i contraenti e sancisce la validità nei rapporti interni delle clausole sociali, salvo il diritto di ogni azionista di poter chiedere di essere svincolato dal proprio obbligo. La validità interna del contratto la si desume dal fatto che la sanzione per la mancanza delle formalità è l'irregolarità e non è prevista alcuna nullità espressa ma anzi è previsto che l'azionista possa chiedere di essere liberato dalle obbligazioni assunte con la propria sottoscrizione.<sup>390</sup>

Il Navarrini viene quindi ad esaminare ulteriori questioni attinenti al tema ossia il diritto dei creditori sociali di ritenere la società come regolare o di impugnarne la costituzione e il diritto degli azionisti ad essere liberati dalle obbligazioni che derivano dalla propria sottoscrizione. I creditori sociali hanno sostanzialmente due azioni a garanzia delle proprie obbligazioni contratte con una società irregolare: l'ordinaria azione di responsabilità contro la società, non impugnando la legittimità della costituzione e considerandola regolare oppure l'azione ex articolo 98, impugnando la costituzione e agendo verso chi abbia concretamente contrattato con loro. A questo punto si rileva come chi abbia agito – vittoriosamente – impugnando la legittimità della società non potrebbe poi, per lo

---

<sup>388</sup> NAVARRINI, *Commentario*, pag. 201

<sup>389</sup> *Ivi*, pag. 202

<sup>390</sup> *Ivi*, pp. 217-218

stesso titolo, agire considerando la società regolare sebbene vi possa essere l'interesse del terzo a fare questo in quanto rimasto soddisfatto solo parzialmente dall'azione ex articolo 98 contro chi ha contrattato con lui. Tuttavia è data la possibilità di esperire entrambe le azioni, anche in via successiva, al contrario di quanto avviene in Belgio e Francia dove l'alternatività dell'azione è secca.<sup>391</sup> Può accadere inoltre che vi sia un conflitto tra creditori sociali e creditori particolari dei soci, in questo caso i primi cedono davanti ai secondi in quanto avrebbero pur sempre potuto informarsi meglio sulla regolarità della società con la quale stavano intrattenendo affari, mentre ai creditori particolari non può essere chiesto l'onere di indagare se la persona con la quale stanno intrattenendo affari abbia conferito alcuni dei propri beni in una società di cui mancando le formalità non hanno modo di verificarne l'esistenza. I creditori particolari possono quindi impugnare la regolarità della costituzione della società per soddisfarsi sui beni del loro debitore che sono stati da questi conferiti in società, esercitando un diritto *iure proprio*.<sup>392</sup>

Venendo ora al diritto dell'azionista ad essere svincolato dall'obbligazione contratta con la propria sottoscrizione si rileva come questo diritto sia condizionato dal fatto che l'atto costitutivo non sia stato depositato entro 3 mesi dalla scadenza del termine dell'articolo 89 – o qualora l'atto costitutivo non esista proprio – ma viene meno se a mancare sono le formalità successive al deposito e per questo si differenzia dal diritto del socio di una SNC o SAS irregolare il cui diritto a chiedere lo scioglimento della società non viene meno fintanto che rimanga anche solo una formalità non adempiuta. Lo scioglimento del vincolo non ha alcun effetto concreto per i creditori sociali per due distinte ragioni: la prima è che i creditori sociali con tutta probabilità agiranno nei confronti di chi ha concretamente agito per farne valere la responsabilità personale ex articolo 98, la seconda è che se anche i creditori agissero contro i soci (in via surrogata in quanto debitori della società loro debitrice) essendo la mancanza delle formalità opponibile da questi, verosimilmente sarà opposta per sottrarsi efficacemente all'azione dei creditori sociali.<sup>393</sup> Nei rapporti interi è dove lo scioglimento esprime i suoi effetti, presentandosi come l'esperimento del diritto di recesso, liberando l'azionista dal conferire quanto promesso e dandogli diritto alla ripetizione di quanto già versato; il codice, parlando di liberazione dell'obbligazione assunta, sembrerebbe escludere che il socio che ha già regolarizzato la sua posizione versando quanto dovuto non possa poi chiedere

---

<sup>391</sup> NAVARRINI, *Commentario*, pag. 209

<sup>392</sup> *Ivi*, pp. 210-211

<sup>393</sup> *Ivi*, pag. 219



questo tipo di tutela. Inoltre, l'effetto liberatorio per l'azionista si avrà solo se non sono state assunte legittimamente delle obbligazioni in nome della società, rimanendo altrimenti obbligato verso chi abbia agito e questi direttamente con i terzi con i quali hanno contrattato<sup>394</sup>

Avendo terminato l'esposizione della tesi sua propria, il Navarrini si concentra nella confutazione delle tesi contrarie alla propria che gli altri colleghi avevano esposto negli anni precedenti. Si coglie quindi l'occasione della trattazione dello stesso Navarrini per ripercorrere le diverse opinioni che la dottrina italiana ha elaborato nei quattro decenni precedenti, non mancando di riportare altresì le critiche che il giurista in oggetto muove.

Il Navarrini contesta la posizione di Angelo Sraffa rilevando come il richiamo nell'articolo 863 agli articoli 91 e seguenti implicherebbe a sua volta il richiamo dell'articolo 87 (al quale si darebbero due valenze diverse a seconda del tipo di società).<sup>395</sup>

L'autore contesta altresì la posizione del Manara: per Navarrini, infatti, le tesi del collega non sono convincenti e anzi finiscono per sopprimere ogni importanza e ogni valore razionale dato alle formalità, che finirebbero per essere poco più che fini a loro stesse. Nessun problema, infatti, si pone se i creditori sociali considerano le società regolari, ma quando questo non avviene non è ammissibile che tali società abbiano le stesse prerogative delle società regolari. Inoltre, se la società irregolare esistesse dovrebbe essere questa a rispondere in via esclusiva, e non chi abbia concretamente agito: la legge non è chiara se questa responsabilità sia alternativa o esclusiva, potendo in entrambi i casi il terzo scegliere chi ritenere responsabile e pertanto le conclusioni del Manara si fondano sull'interpretazione che lo stesso dà della legge e non sulla lettera di questa. Oltretutto, se – come sostiene il Manara – i creditori sociali di una anonima irregolare hanno i medesimi mezzi di tutela dei creditori di società regolari e in più la responsabilità ex articolo 98, non vi sarebbe alcuna utilità per i soci ad opporre la mancanza delle formalità e non si spiegherebbe la presa di posizione espressa del legislatore. Il Navarrini conclude rilevando come – inoltre – la tesi del Manara non sia suffragata dall'esame dei lavori preparatori del codice.<sup>396</sup>

Prendendo in considerazione la tesi del Bonelli, l'Autore rileva come, tanto per le società irregolari quanto per quelle regolari, non si possa ravvisare alcun riconoscimento nel rispetto delle formalità

---

<sup>394</sup> NAVARRINI, *Commentario*, pag. 220

<sup>395</sup> *Ivi*, pag. 191-219

<sup>396</sup> *Ivi*, pag. 197

e come soprattutto manchi ogni espresso riferimento codicistico a che le pubblicazioni tale possano considerarsi. Le formalità, infatti, servono a rendere opponibile ai terzi quanto ordinariamente sarebbe loro inopponibile in quanto *res inter alios acta*: la separazione di un patrimonio autonomo della società rispetto a quello personale dei soci in primis, la limitazione di responsabilità dei soci (se del caso) e ogni altra clausola contenuta nel contratto sociale. Il Navarrini, inoltre, si oppone alla sussistenza della personalità giuridica nelle società commerciali e ritiene illogico considerare che la personalità giuridica sia sorta o meno in base alla volontà del terzo nel voler considerare la società come regolare o irregolare. Il giurista segue la linea di pensiero che ritiene la responsabilità imposta per le società irregolari non in aggiunta alla ordinaria responsabilità dei soci ma come surrogato di questa; in caso contrario, infatti, né i soci avrebbero alcuna utilità ad opporre la mancanza delle formalità né i creditori a non farlo, rendendo superfluo ribadire che tali irregolarità non possono essere opposte ai terzi dai soci.<sup>397</sup>

Infine, prendendo in considerazione la tesi di Bolaffio, Navarrini confuta le sue posizioni ritenendo che la responsabilità ex articolo 98 non nasca dal contratto sociale ma sia per i terzi che per i soci (o chi abbia agito) dal solo aver operato: se nascesse dal contratto sociale bisognerebbe ritenere l'amministratore responsabile illimitatamente per tutte le obbligazioni assunte, lo stesso vale per i promotori che oltretutto verrebbero sanzionati nonostante non abbiano l'obbligo di procedere con le pubblicazioni, infine l'azionista dovrebbe rispondere anch'esso illimitatamente in quanto facente parte della comunione (salva la possibilità di liberarsi, ma solo se non sono presenti creditori sociali, altrimenti il loro diritto andrebbe considerato decaduto); non vi sarebbe infine alcun interesse per i soci a opporre l'irregolarità della società in questo caso.<sup>398</sup> Il Navarrini ritiene comunque che l'ente collettivo non esista nelle società irregolari ma un complesso di individui che rispondono illimitatamente; la legge pone davanti ai creditori dei responsabili che sono solamente le persone che hanno concretamente agito, salva la possibilità per gli stessi creditori sociali di non valersi di questa possibilità e di considerare la società come regolarmente costituita.<sup>399</sup>

---

<sup>397</sup> NAVARRINI, *Commentario*, pag. 198-199

<sup>398</sup> *Ivi*, pp. 204-205

<sup>399</sup> *Ivi*, pp. 206-207

## Conclusioni

Si è visto nel corso dell'esposizione come gli anni a cavallo tra diciannovesimo e ventesimo secolo abbiano portato una vasta produzione dottrinale in merito alle società anonime, in particolare sulla sussistenza o meno della personalità giuridica in capo a queste che vide contrapporsi una corrente maggioritaria che riteneva le società commerciali dotate di personalità giuridica e una corrente minoritaria che invece non attribuiva alcuna personalità.<sup>400</sup>

Tra i principali esponenti della dottrina maggioritaria si son visti Cesare Vivante, Angelo Sraffa e Gustavo Bonelli; il primo autore, definendo le società come "persone giuridiche costituite mediante contratto", attribuisce assiomaticamente la personalità giuridica, condizionandola però alla solenne pubblicazione dell'atto costitutivo.<sup>401</sup> Similmente Sraffa subordina l'acquisto della personalità giuridica da parte della società alla regolare costituzione<sup>402</sup> mentre Bonelli si sofferma più sul rapporto intercorrente tra corpi morali e società, ritenendo questi due come specie differenti dello stesso genere "persone giuridiche"; lo stesso autore sostiene che la specificazione "di fronte ai terzi" operata dal codice di commercio sia inutile ed equivoca in quanto la personalità giuridica attribuita è perfetta e valida sia nei rapporti con i terzi che nei rapporti con i soci.<sup>403</sup>

Per la dottrina minoritaria si sono presi in considerazione i contributi di Ulisse Manara, Leone Bolaffio e Alberto Marghieri: partendo dalla lettera del codice civile, che definisce persone giuridiche solamente comuni, province, istituti pubblici e corpi morali, Manara sostiene la propria tesi sull'insussistenza della personalità giuridica nelle società commerciali dimostrando come il legislatore non abbia mai concesso a queste ultime alcuna astrazione personificante in grado di creare un soggetto di diritto differente dai soci che la compongono.<sup>404</sup> Dello stesso avviso, Bolaffio sostiene la propria posizione mettendo in luce l'identità di natura del vincolo sociale per società civili e commerciali e, considerando unanimemente la dottrina le prime prive di personalità giuridica, l'unica soluzione razionale è di considerare prive di personalità giuridica anche le seconde.<sup>405</sup> Marghieri, infine, nel considerare le società commerciali prive di personalità giuridica

---

<sup>400</sup> V. *supra* pag. 36

<sup>401</sup> V. *supra* pag. 37

<sup>402</sup> V. *supra* pag. 39

<sup>403</sup> V. *supra* pag. 40

<sup>404</sup> V. *supra* pag. 43

<sup>405</sup> V. *supra* pag. 48

ritiene cruciale l'assenza di uno scopo morale in queste, essendo volte all'arricchimento individuale dei soci che la costituiscono.<sup>406</sup>

Tra le due posizioni dicotomiche sopra esposte si pone la visione di Ercole Vidari che, nel ritenere corpi morali, persone giuridiche e società commerciali come elementi differenti tra loro, rileva una concordia di pratiche applicazioni a dispetto di una discrepanza di locuzioni. L'autore attribuisce ad una infelice traduzione di autori francesi la diatriba nata sull'argomento nei decenni a cavallo di Ottocento e Novecento.<sup>407</sup>

Esposta la diatriba sulla personalità giuridica delle società commerciali si è passato a considerare quali conseguenze fossero attribuite alla mancanza delle formalità necessarie alla legittima costituzione delle stesse: anche qui si sono identificate due correnti di pensiero, una maggioritaria che – a vario titolo e con diverse declinazioni – fa conseguire la nullità della società o la non attribuzione a questa della personalità giuridica e una minoritaria che considera le società irregolari al pari di quelle regolari, se non per alcune ulteriori conseguenze dettate dalla legge. Punto di riferimento per la corrente maggioritaria è anche in questo caso Cesare Vivante, che attribuisce personalità giuridica solo alle società che siano state costituite rispettando le formalità richieste, seppur consideri il contratto vincolante per i soci che lo hanno sottoscritto.<sup>408</sup> Similmente Marghieri, non considerando la società commerciali dotate di personalità giuridica, ritiene che le società irregolari non costituiscano ente giuridico separato e distinto rispetto ai soci che la compongono.<sup>409</sup> Più severamente, Vidari punisce con la nullità le anonime irregolari, sia che siano costituite senza il requisito dell'atto pubblico sia che difettino di alcune pubblicazioni previste dalla legge.<sup>410</sup> Per Sraffa invece le società irregolari sono inesistenti solo in caso di mancanza assoluta dell'atto costitutivo, mentre in ogni altro caso queste esistono come persone giuridiche.<sup>411</sup> Bonelli attribuisce assiomaticamente la personalità giuridica alle sole società regolari, in quanto sono le uniche che possano esistere agli occhi della legge.<sup>412</sup> Una soluzione singolare è quella data da Bolaffio, che ritiene le società irregolari delle comunioni contrattuali di diritto civile, non regolate dal codice di

---

<sup>406</sup> V. *supra* pag. 51

<sup>407</sup> V. *supra* pag. 53

<sup>408</sup> V. *supra* pag. 55

<sup>409</sup> V. *supra* pag. 59

<sup>410</sup> V. *supra* pag. 61

<sup>411</sup> V. *supra* pag. 63

<sup>412</sup> V. *supra* pag. 68

commercio.<sup>413</sup> Per Navarrini, che scrive sul finire del primo quarto del Novecento, le società commerciali non hanno personalità giuridica e la regolare costituzione è necessaria al fine di poter opporre ai terzi quanto contenuto nell'atto costitutivo.<sup>414</sup>

Di nuovo in posizione minoritaria, Ulisse Manara ritiene che le società, benché irregolari, esistano a tutti gli effetti come le società legittimamente costituite; non attribuendo personalità giuridica alle società commerciali, la società esiste come ente distinto rispetto ai soci, i quali però sono esposti al regime di responsabilità personale previsto dal codice per coloro che agiscano in nome di una società irregolare.<sup>415</sup> L'autore non rimane l'unico a sostenere questa tesi, poiché nei primi anni del Novecento Cesare Vivante, principale esponente della dottrina maggioritaria, cambia idea e ritiene dotate di personalità giuridica anche le società che siano state costituite irregolarmente in quanto il codice non commina mai espressamente la sanzione della nullità e questa non possa essere introdotta in via interpretativa.<sup>416</sup>

Il dibattito dottrinale sull'argomento vide nella pubblicazione dell'opera di Navarrini l'atto finale in quanto già l'anno precedente, il 1923, venne proposto da Confindustria un progetto di riforma delle società che prevedeva – tra le molte idee portate – la semplificazione delle formalità per la costituzione delle anonime, questo progetto trovò terreno fertile tanto che nel finire dello stesso anno venne approvata la legge delega per il governo a compilare un nuovo codice commerciale.<sup>417</sup> Il progetto, pubblicato nel 1925, prevedeva che le pubblicazioni non fossero più considerate formalità essenziali per la regolare costituzione della società; il nuovo codice, tuttavia, venne osteggiato dagli ambienti economici e si arrestò per oltre un decennio.<sup>418</sup>

Il legislatore fascista intervenne nella materia societaria, reintroducendo l'autorizzazione governativa per le società anonime con capitale sociale superiore al milione di lire nel 1935, segno di un maggiore controllo del governo sull'economia nazionale, in linea con la politica fascista.<sup>419</sup>

---

<sup>413</sup> V. *supra* pag. 74

<sup>414</sup> V. *supra* pag. 90

<sup>415</sup> V. *supra* pag. 67

<sup>416</sup> V. *supra* pag. 87

<sup>417</sup> PADOA SCHIOPPA, *Disciplina legislativa e progetti di riforma delle società per azioni in Italia*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, pp. 238-240

<sup>418</sup> *Ivi*, pag.244

<sup>419</sup> *Ivi*, pag. 245

I lavori per un codice di commercio rinnovato si conclusero nel 1940 con una completa riscrittura sistematicamente differente rispetto al progetto del 1925 e incorporando le modifiche intervenute negli anni precedenti, tra le quali l'autorizzazione governativa.<sup>420</sup>

In quegli stessi anni si compì la scelta di unificare la legislazione civile e commerciale, unificando anche quindi i codici: un autonomo codice di commercio non avrebbe più visto la luce, essendo la materia commerciale interamente regolata all'interno del Codice civile.<sup>421</sup>

Il nuovo codice offre con chiarezza la soluzione ai temi trattati precedentemente: sulla personalità giuridica delle società, questa viene chiaramente sancita dall'articolo 13 che, rimandando la disciplina delle società al libro V, è compreso nel titolo II "Delle persone giuridiche"; quanto alle formalità, è previsto che le società debbano essere obbligatoriamente iscritte nel registro delle imprese<sup>422</sup>, qualora mancasse tale iscrizione, gli interessati non potranno opporre ai terzi i fatti dei quali la legge prevede l'iscrizione, a meno che non venga provato che i terzi ne abbiano avuto conoscenza. L'iscrizione funge inoltre da presunzione assoluta di conoscenza dei fatti in oggetto, non potendo essere opposta dai terzi l'ignoranza di quanto iscritto.<sup>423</sup>

In particolare, per le società per azioni (che sostituisce la società anonima) è previsto che queste debbano costituirsi con atto pubblico<sup>424</sup>, depositato presso l'ufficio del registro delle imprese per provvedere all'iscrizione nel registro<sup>425</sup>; dal momento dell'iscrizione la società acquisisce personalità giuridica.<sup>426</sup> Quanto alla società irregolare, l'iscrizione nel registro salva gli atti compiuti in nome della società fino alla declaratoria di nullità dell'atto costitutivo, rimanendo i soci obbligati al proprio conferimento fino alla completa soddisfazione dei creditori sociali.<sup>427</sup> La validità del contratto sociale non è tuttavia subordinata ad alcuna formalità: qualora mancassero le forme richieste dalla legge per la società per azioni, si verrebbe a costituire una società semplice nella quale tutti i soci sono obbligati ad eseguire i conferimenti promessi<sup>428</sup> e dove è prevista la responsabilità personale

---

<sup>420</sup> PADOA SCHIOPPA, *Disciplina legislativa*, pag. 247

<sup>421</sup> *Ivi*, pp. 250-252

<sup>422</sup> *Codice civile 1942*, art. 2200

<sup>423</sup> *Codice civile 1942*, art. 2193

<sup>424</sup> *Ivi*, art. 2328

<sup>425</sup> *Ivi*, art. 2330

<sup>426</sup> *Ivi*, art. 2331

<sup>427</sup> *Ivi*, art. 2332

<sup>428</sup> *Ivi*, art. 2251

e solidale di quanti agiscono in nome della società<sup>429</sup>, salva la preventiva escussione del patrimonio sociale.<sup>430</sup>

Il dibattito dottrinale preso in considerazione, se non destinato ad offrire una chiara soluzione al legislatore, ha permesso lo sviluppo di diverse correnti di pensiero all'interno della materia commercialistica e il reciproco confronto nelle soluzioni adottate dai giuristi. Soluzioni che poi si sarebbero riversate nei lavori preparatori del nuovo codice di commercio previsto e infine – con l'unificazione del diritto civile e commerciale – nel Codice civile del 1942, ancora oggi in vigore.

---

<sup>429</sup> *Codice civile 1942*, art. 2267

<sup>430</sup> *Ivi*, art. 2268

## **Bibliografia**

- L. BOLAFFIO, *Il nuovo codice di commercio germanico*, Padova 1897
- L. BOLAFFIO, *Le società commerciali e cooperative*, Venezia 1900
- G. BONELLI, *Delle società irregolari*, in *Archivio giuridico diretto da Filippo Serafini*, volume LVII, Pisa 1897
- A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1975
- F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna 1976
- S. GIALDRONI, *East India Company, una storia giuridica (1600-1708)*, Bologna 2011
- S. GIALDRONI, *Gestire la ricchezza, arginare il sovrano: la lunga parabola della British East India Company*, in *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Foggia 2019
- U. MANARA, *Considerazioni intorno all'interpretazione dell'articolo 98 cod. comm.*, in *Giurisprudenza Italiana*, vol. XLVIII, Torino 1896
- U. MANARA, *Delle società commerciali irregolari e del loro fallimento*, in *Giurisprudenza Italiana*, vol. L, Torino 1898
- U. MANARA, *Delle società e delle cooperative commerciali*, Torino 1904
- U. MANARA, *L'articolo 99 § ultimo e l'articolo 863 § I del codice di commercio*, ne *Il Diritto Commerciale*, vol. XIV, fasc. 4, Pisa 1896
- U. MANARA, *Trattato teorico-pratico delle società e delle associazioni commerciali*, vol. 2, Torino 1902
- A. MARGHERI, *Codice di commercio commentato a cura di E. Vidari e L. Bolaffio*, Padova 1883
- G. MIGNONE, *Le regole dei mercanti*, Torino 2022
- G. MONDAINI, *Compagnie delle Indie*, in *Treccani, Enciclopedia Italiana* 1933
- U. NAVARRINI, *Commentario al Codice di commercio*, Milano 1924
- G. NOTO-SARDEGNA, *Le società anonime*, Palermo 1908
- A. PADOA SCHIOPPA, *Codificazione e legislazione commercialistica in Francia (1778-1915)*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano 1992
- A. PADOA SCHIOPPA, *Disciplina legislativa e progetti di riforma delle società per azioni in Italia*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano 1992
- A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano 1992
- A. PADOA SCHIOPPA, *La legislazione commercialistica nell'Italia preunitaria*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano 1992
- V. PIERGIOVANNI, *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, in *Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente medievale e moderno*, in *Atti della società ligure di storia patria*, vol. CXXVI fasc. I, Genova 2012
- U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Torino 2013



- A. SAPORI, *Storia interna della compagnia mercantile dei Peruzzi*, in *Archivio Storico Italiano*, vol. 92, Verona 1934
- A. SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze 1897
- E. VIDARI, *Le società e le associazioni commerciali*, Milano 1889
- C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino 1893
- C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino 1903
- S. WILLISTON, *History of the Law of Business Corporations before 1800*, Cambridge 1888