

XI CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE
ITALIANA DEI
PROFESSORI UNIVERSITARI DI DIRITTO COMMERCIALE

“ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE”

“ORGANIZZAZIONE, RIORGANIZZAZIONE E
RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA NEL DIRITTO
INTERNO E NELLA DIMENSIONE TRANSNAZIONALE”

ROMA, 14-15 FEBBRAIO 2020

EMILIANO MARCHISIO

LA (ODIERNA) POLISEMIA DEL LEMMA “CONFERIMENTO” E I CONFERIMENTI
“ATIPICI”.

SOMMARIO:

1	Premessa.	2
2	L'art. 2346, co. 4, c.c., come modificato dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.	2
3	Il primo problema: assegnazione di azioni in assenza di conferimento in capitale. L'interesse dei creditori alla effettiva costituzione del capitale sociale.	4
4	Il secondo problema: assegnazione di azioni in assenza di <i>destinazione</i> in favore della società.	6
	4.1 La proposta: autonomia concettuale tra “determinazione” delle partecipazioni e loro assegnazione. Irrilevanza, in senso contrario, dell'art. 2247 c.c..	10
	4.2 (segue:) Irrilevanza, in senso contrario, del divieto del patto leonino <i>ex</i> art. 2265 c.c..	13
	4.3 Cenni al profilo causale dell'operazione.	15
5	Alcune precisazioni sui concetti di rapporto sociale e capitale quale metonimia di questo ultimo.	16
6	Una parentesi contabile: un “sopraprezzo” sul lato del conferente in misura più che proporzionale che non è tale sul versante societario.	18
7	I problemi emergenti dalla possibilità di assegnazione non proporzionale delle azioni (cenni).	21

8 Conclusioni. Conseguente inutilità del concetto di “conferimenti atipici” al fine di consentire l’assegnazione di azioni in capo al soggetto che non effettui alcun conferimento in capitale. 21

*** * ***

1 Premessa.

Le riforme che hanno interessato, negli ultimi anni, la società per azioni hanno modificato la disciplina precedentemente vigente in maniera considerevole, sia quanto alla *estensione* che alla *entità* delle variazioni prodotte. In alcuni casi, tali modifiche hanno comportato l’*alterazione semantica* di preesistenti lemmi e sintagmi – là dove il precedente “significante” ha mutato il proprio significato a seguito della variazione del precedente “referente” normativo – adottando il lessico attestato, in linguistica, secondo lo schema del “triangolo semiotico” o “triangolo di Ogden e Richards”¹. Il che, notiamo per inciso, non è infrequente nelle discipline giuridiche².

È attestato, in letteratura, un orientamento per il quale, anche a seguito della riforma introdotta con il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il lemma “conferimento” possa considerarsi divenuto il “significante” di due diversi “referenti” normativi: il “conferimento” in capitale, in senso tecnico, e il conferimento più genericamente in patrimonio, denominato “conferimento atipico”.

All’esito di una indagine sulla disciplina dettata dopo la riformulazione dell’art. 2346, co. 4, c.c. e sulle esigenze che motivano, in materia, il ricorso alla nozione di “conferimento atipico”, cercheremo di dimostrare che, ancor oggi, l’estensione semantica del lemma “conferimento” sia rimasta quella tradizionalmente intesa: di destinazione contabilmente registrata nella posta contabile denominata capitale sociale.

2 L’art. 2346, co. 4, c.c., come modificato dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

La trattazione del tema richiede che si premetta come, prima della riforma introdotta con il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, l’art. 2346 c.c. imponeva che le azioni non potessero emettersi per somma inferiore al loro valore nominale (“al di sotto della pari”) e che esse dovessero essere assegnate ai soci in misura

¹ Così denominato in memoria dei suoi ideatori; cfr: CH.K. OGDEN, I.A. RICHARDS, *The Meaning of Meaning: A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism*, London, Routledge & Kegan Paul Ltd, 1923.

² [•]

necessariamente proporzionale. Il valore nominale, d'altra parte, indicava l'ammontare di valore oggetto di conferimento in capitale a fronte dell'emissione di ciascuna azione³.

Ne conseguiva la necessità che l'emissione di *ciascuna* nuova azione fosse condizionata all'impegno ad effettuare un conferimento corrispondente al relativo valore nominale (prescindendo, in questa sede, dal problema dei cc.dd. "conferimenti" a copertura perdite, da qualificare, riteniamo in termini differenti, quali apporti⁴), passibile di essere registrato contabilmente, secondo taluni anche non integralmente⁵, nella posta "capitale sociale" del patrimonio netto⁶.

Nella vigenza di tale disciplina si è sviluppata e consolidata l'idea, coerente con il contesto normativo di riferimento, per la quale l'assegnazione di azioni di nuova emissione non fosse pensabile in mancanza dell'esecuzione del relativo conferimento in capitale – idea, per la verità, già autorevolmente messa in discussione prima della riforma introdotta con d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

³ [•]

⁴ Ritiene, fondatamente, che i soci potessero effettuare conferimenti "in tutto o in parte non imputati a capitale" G. Olivieri, ricordando l'orientamento giurisprudenziale a mente del quale, in caso di perdite incidenti in misura rilevante sul capitale, i soci potrebbero evitare l'applicazione del procedimento dettato dagli artt. 2446 e 2447 c.c. "effettuando dei versamenti in denaro a copertura delle perdite — nella sostanza, dei nuovi apporti — che ripristinino la corrispondenza fra i due valori (i.e. patrimonio netto e capitale nominale)" (G. OLIVIERI, "Quel che resta del capitale nelle s.p.a. chiuse", in *Riv. Soc.*, 2016, [•]). Sulla conformità di tale prassi al dettato normativo in tema di riduzione del capitale per perdite v., in dottrina, R. Nobili- M. S. Spolidoro, La riduzione del capitale, in Trattato delle società per azioni, diretto da G. E. Colombo-G. B. Portale, 6*, Torino, 1993, 293 ss..

⁵ Nonostante si sia ritenuta sussistere una correlazione tra conferimento e capitale nominale, è però altrettanto ricorrente l'affermazione per la quale il capitale nominale non debba necessariamente coincidere con la somma aritmetica dei conferimenti, essendo possibile che il conferimento sia iscritto a capitale solo in parte come avviene, ad esempio, "quando le azioni vengono emesse ad un prezzo superiore al capitale nominale da esse rappresentato, cioè con il cosiddetto sovrapprezzo" (G. MARASÀ, *Le società*, *, *Le società in generale*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, 173; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, Milano, 1991. [•])

⁶ E ciò proprio perché, per *ciascuna* azione doveva verificarsi che il valore "conferito" corrispondesse almeno alla corrispondente frazione di capitale sociale nominale indicata quale "valore nominale": lo nota anche G. OLIVIERI, "Quel che resta del capitale nelle s.p.a. chiuse", in *Riv. Soc.*, 2016, 152 ss.. Era tradizionalmente affermata, infatti, l'essenzialità del conferimento *in capitale* da parte di ciascun socio, al fine di assicurare la partecipazione di tutti al rischio, per garantire "un esercizio avveduto e corretto dei relativi poteri": G. MARASÀ, *Le società*, *, *Le società in generale*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, 158; F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1967, 23 s.; ABBADESSA, 1985, 34)

Con la modifica dell'art. 2346, co. 4, c.c. ad opera della riforma appena menzionata, si è prevista una applicazione *solo residuale* della regola di proporzionalità dell'assegnazione delle azioni rispetto al conferimento effettuato, potendo, lo statuto, "prevedere una diversa assegnazione delle azioni", con l'unico limite per il quale il valore complessivo dei conferimenti non possa essere "complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale" (art. 2346, co. 5, c.c.).

Ciò significa che oggi, a differenza di ieri, la corrispondenza tra il "valore nominale" delle azioni emesse, la ricchezza in concreto "conferita" in capitale e la somma indicata statutariamente quale capitale sociale nominale debba essere verificata *solo* a livello aggregato e non anche rispetto a ciascuna azione⁷.

3 Il primo problema: assegnazione di azioni in assenza di conferimento in capitale. L'interesse dei creditori alla effettiva costituzione del capitale sociale.

Siffatta evoluzione è stata, da taluni, interpretata in senso conservatore, ritenendo che l'assegnazione di ciascuna azione emessa sia tutt'oggi condizionata all'esecuzione, in riferimento all'azione medesima, di un conferimento passibile di registrazione contabile come capitale⁸. In tal senso, la disposizione menzionata si limiterebbe a prevedere la possibilità che il conferimento in danaro, beni in natura o crediti, comunque in ipotesi necessario

⁷ Nel medesimo senso cfr. già G.B. PORTALE, "Dal capitale "assicurato" alle "tracking stocks"", in *Riv. soc.*, 2002, [•]; P. CUOMO, "Conferimento d'opera e capitale sociale nelle società di persone", in *Riv. Soc.*, 2017, [•].

Nella vigenza della precedente disciplina era, invece, ritenuto che non potesse attribuirsi alcuna partecipazione sociale a chi avesse effettuato prestazioni non iscrivibili a capitale, "ciò in quanto i soci non sopportano altro rischio per l'attività sociale che quello rappresentato dall'entità del conferimento" (G. MARASÀ, *Le società*, *, *Le società in generale*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, 173).

⁸ Così C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2003, 60; E. GINEVRA, "Conferimenti e formazione", 152; P. SPADA, "Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)", in *Riv. dir. civ.*, 2003, 502; G.B. PORTALE, "Profili dei conferimenti", 1664, nt. 10; F. MONDINI, "Le azioni correlate", 76; G. STAGNO D'ALCONTRES, "Commento all'art. 2346", in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, Vol. I, Napoli, 2004, 258; C. FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, Milano, 2009, 139; F. ACCETTELLA, *L'assegnazione non proporzionale delle azioni*, 73 ss.. La stessa posizione è sostenuta, se ben abbiamo inteso, anche da P. FERRO-LUZZI, "La diversa assegnazione delle azioni (art. 2346, comma 4°, c.c.)", ne *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 1, diretto da P. ABBADESSA E G. B. PORTALE, Torino, 2006, 581 ss., spec. 587; G. ZANARONE, "Della società a responsabilità limitata (Artt. 2462 – 2474)", in *Comm. al Cod. civile* fondato da P. SCHLESINGER diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2010, 507, 518-9; S. MASTURZI, "L'assegnazione delle partecipazioni sociali in misura non proporzionale ai conferimenti", in *Riv. dir. impr.*, 2008, 29 ss.

per l'emissione della singola azione, possa essere tuttavia imputato in misura *semplicemente* non proporzionale al numero di azioni in concreto assegnate al singolo socio.

Secondo tale interpretazione, il conferimento di ricchezza contabilmente imputabile a capitale, per quanto piccolo, dovrebbe ritenersi pur sempre essenziale ai fini dell'acquisto della qualità di socio.

Appare, tuttavia, possibile muovere un passo ulteriore, spingendosi ad immaginare la possibilità dell'emissione di azioni in favore di chi non abbia effettuato alcun conferimento in capitale.

L'ipotesi formulata deve essere verificata prendendo le mosse dalla definizione della *ratio* della disciplina in commento, dalla quale, sola, ci sembra possibile definire in termini funzionalmente corretti la relativa fattispecie⁹. Seguendo tale approccio metodologico, deve procedersi ad esaminare, a diritto vigente, quali siano, nella definizione del "conferimento" del socio, i limiti imposti alla libertà negoziale a tutela degli interessi dei terzi, creditori sociali, e dei soci.

Per motivi di ordine espositivo, si limiterà l'esame, in questo § 3, al solo esame delle esigenze di tutela dei creditori sociali e dei terzi in generale, rinviando alla materia delle esigenze dei soci al successivo § 4. Le esigenze di cui ora trattasi si configurano, a ben vedere, in termini aggregati e si limitano ad escludere che "*il valore dei conferimenti*", registrati contabilmente come capitale, possa essere "*complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale*" nominale (art. 2346, co. 5, c.c.) – esigenza che si riassume nella formula della *effettività del capitale sociale*¹⁰.

Il creditore è interessato a che il capitale sociale ammonti ad un valore almeno pari a quello indicato nello statuto ma non ha alcun particolare interesse a chi a tale costituzione abbia partecipato ed in qual misura: come notato nella letteratura anche precedente il 2003, infatti, nell'ottica di tutela dei creditori, si è

⁹ Anche in ossequio alla regola per la quale, premessa la relatività della fattispecie alla disciplina, deve riconoscersi che è "*solo prescelta una determinata disciplina ... che è conoscitivamente legittimo interrogarsi sulla fattispecie che ne condiziona l'applicazione*": P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. Disc. Priv.*, IV, sez. comm., vol. VII, Torino, 1992, 39 (similmente cfr. F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, Cedam, 1989, 108). La fattispecie, infatti, come dato della realtà "*normativamente delimitato*", è "*compito e oggetto di normazione non meno della formulazione della regola, in realtà da essa non distinguibile, ed è a pari titolo vincolante per l'interprete*" (G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 109 ss. Per la fattispecie come "*antecedente ipotetico*" o "*modello precostituito di fatto*" cfr. P. SPADA, *Note sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa*, in *Giust. Civ.*, 1980, I, 2270).

¹⁰ Lo nota anche, tra gli altri, G. FERRI JR, "Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale", in *Riv. notariato*, 2008, 741 ss., spec. § 5.3.1.

costantemente affermato che il legislatore si preoccupi di evitare la sopravvalutazione del capitale nominale *complessivamente inteso*¹¹.

Nella prospettiva del ceto creditorio, il principio di effettività del capitale sociale non impedisce, in quanto tale, che uno o più assegnatari di azioni *non effettui(no) conferimenti in capitale*¹² (si consenta di formulare tale affermazione quale mera ipotesi, riservando al seguito ogni precisazione sul punto), coinvolgendo, la materia dell'imputazione dei conferimenti, piuttosto problemi di autonomia negoziale e statutaria dei soci¹³.

4 Il secondo problema: assegnazione di azioni in assenza di destinazione in favore della società.

Alla luce di quanto osservato, in letteratura sembra opinione maggioritaria quella che ritiene non più sostenibile, oggi, quanto tradizionalmente affermato (ed insegnato)¹⁴, e cioè che la partecipazione al rapporto sociale in una s.p.a. sia funzione della contribuzione al capitale, donde possa divenire socio (limitando l'attenzione, evidentemente, alle sole operazioni di mercato primario) solo chi abbia *conferito ricchezza contabilmente iscrivibile nella posta denominata "capitale sociale"*¹⁵.

¹¹ G.B. PORTALE, "Dal capitale "assicurato" alle "tracking stocks"", in *Riv. soc.*, 2002, [•]; G. MARASÀ, *Le società, **, *Le società in generale*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, 163 e 173; G. Olivieri, I conferimenti nella società per azioni, in Commentario romano al nuovo diritto delle società, diretto da F. d'Alessandro, Padova, 2*, 2010, 160.

¹² Ed infatti, l'inderogabilità delle disposizioni sulla formazione del capitale sociale nominale delle società di capitali è ricondotta alla funzione di tutela dei terzi creditori [G. MARASÀ, *Le società, **, *Le società in generale*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, 169; M.S. SPOLIDORO, "Il capitale sociale", in *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milano, 1993, 62 ss.]; funzione che, tuttavia, come notato nel testo, ha riguardo alla integrità *complessiva* del capitale e non alla misura della partecipazione da parte di ciascun socio (G. MARASÀ, *Le società, **, *Le società in generale*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, 169 ss.). Per la distinzione tra "la formazione del capitale in quanto tale e la definizione dei criteri di assegnazione ai soci delle sue frazioni rappresentate dalle partecipazioni azionarie" cfr. G.B. PORTALE, "Dal capitale "assicurato" alle "tracking stocks"", in *Riv. soc.*, 2002, [•].

¹³ P. CUOMO, "Conferimento d'opera e capitale sociale nelle società di persone", in *Riv. Soc.*, 2017, [•]; G.B. PORTALE, *I conferimenti in natura "atipici" nella s.p.a. Profili Critici*, Milano, Giuffrè, 1974, 38 ss.; S. FORTUNATO, "Capitale e bilanci nella s.p.a.", in *Riv. Soc.*, 1991, 137 ss..

¹⁴ [•]

¹⁵ Non può più dirsi sussistente, quindi, un "rapporto di corrispondenza necessaria tra conferibilità e imputabilità a capitale", come rilevato da G. OLIVIERI, "Quel che resta del capitale nelle s.p.a. chiuse", in *Riv. Soc.*, 2016, 152 ss.; similmente G.B. PORTALE, "Dal capitale "assicurato" alle "tracking stocks"", in *Riv. soc.*, 2002, [•] ma già in ID., *I conferimenti in natura "atipici" nella s.p.a. Profili Critici*, Milano, Giuffrè, 1974, 54 ss.; S. FORTUNATO, "Capitale e bilanci nella s.p.a.", in *Riv. soc.*, 1991, 137 ss.; G. FIGÀ-TALAMANCA, *Bilanci e organizzazione dei poteri*

Si riscontra, tuttavia, un orientamento interpretativo per il quale l'assegnazione di azioni di nuova emissione presupponga, in ogni caso, una *destinazione* di valore in favore della società, per richiamare la classificazione di Bekker¹⁶, pur se non contabilmente registrabile nella posta di bilancio denominata "capitale sociale". Insomma: in tale opinione, se pure si consente l'acquisto di azioni senza che l'acquirente conferisca alcunché in capitale (purché, si ripete, la somma dei conferimenti non sia complessivamente inferiore al valore del capitale sociale nominale: art. 2346, co. 5, c.c.), sembra comunque da più parti ritenuto necessario che tale acquisto richieda, nondimeno, una qualche altra forma di "conferimento" (ma, allora, in senso lato) al patrimonio netto.

È tale esigenza, ad avviso di chi scrive, ad aver riportato di attualità, nella materia di cui trattasi, il tema dei cc.dd. "conferimenti atipici" – il che vale a dire, nel significato qui rilevante di tale sintagma: degli atti di destinazione, in favore della società, di utilità non passibili di iscrizione nella posta contabile denominata "capitale sociale"¹⁷.

Ed infatti, nella prospettiva sopra richiamata, si ritiene che il socio possa divenire tale a seguito di una assegnazione di azioni che non lo veda conferire alcunché in capitale; nondimeno, però, a tale socio si richiede di "conferire" (le virgolette segnalano l'utilizzo nuovamente atecnico del lemma in questa sede, come sarà poi meglio chiarito) nella società una qualsivoglia utilità economica *pur se non "conferibile" in capitale* (che sia pure un "fare", un "non fare" etc.). Ciò sempre a condizione¹⁸ che il conferimento in capitale complessivamente effettuato *da tutti i soci* sia non inferiore alla cifra indicata nello statuto come

dispositivi sul patrimonio sociale, Milano, Giuffrè, 1997, 168, nota 17; ID., "Euro e azioni", in *Riv. soc.*, 2001, 338; G. RACUGNO, "Per un'ipotesi di graduazione di tipo quantitativo nell'investimento azionario: a margine dell'art. 2346 c.c.", in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 703 ss..

¹⁶ Bekker, *Zur Lehre vom Rechtsobjekt*, in *Jehring's Jahrb.* 12, 60 ss.; cfr., altresì, P. SPADA, "La provvista finanziaria tra attribuzione e destinazione", in BENAZZO, CERA, PATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi – innovazioni e persistenze*, Studi in onore di G. Zonarone, UTET, 2011, 2 ss..

¹⁷ [•]

¹⁸ Val la pena sottolineare, infatti, richiamando una posizione espressa sin dalla promulgazione della legge delega di riforma del diritto delle società di capitali del 2001, come l'acquisto della qualità di socio, in tali ipotesi, non avvenga mediante emissione di "azioni senza conferimento": G.B. PORTALE, "Dal capitale "assicurato" alle "tracking stocks"", in *Riv. soc.*, 2002, [•], che ritiene che tale posizione, manifestata in sede di Commissione per l'attuazione della legge delega, derivi da un convincimento "basato ancora sul dogma della correlazione necessaria conferimento-capitale".

capitale sociale nominale^{19,20} o che comunque il valore delle azioni emesse sia “coperto” a seguito di riclassificazione in capitale di riserve disponibili²¹.

In tal senso, il persistente divieto di conferire le prestazioni di opera o servizi, dettato dall’art. 2342, co. 5, c.c., dovrebbe intendersi riferito al conferimento iscrivibile a capitale sociale e non al conferimento inteso quale *destinazione* di valore soggetta al rischio d’impresa²².

Si è pure ritenuto che tale lettura potesse trovare fondamento, sistematicamente, nella disposizione di cui all’art. 2500 *quater*, co. 3, c.c., che riconosce lo *status* di socio della società di capitali, all’esito della trasformazione c.d. “progressiva”, anche a chi avesse conferito nella società di persone la propria opera²³, “*riduc[endo] proporzionalmente*” le azioni o quote assegnate agli altri soci^{24, 25}.

¹⁹ Prima della riforma del 2003: tra i molti: G.B. PORTALE, I conferimenti in natura “atipici” nella s.p.a. Profili Critici, Milano, Giuffrè, 1974, 67 ss.; P. SPADA, La tipicità delle società, Padova, Cedam, 1974, 467 ss., nt. 389; G. MARASÀ, La seconda direttiva C.E.E. in materia di società per azioni, in Riv. dir. civ., 1978, II, 662, testo e nt. 16; ma *contra* cfr.: F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, Utet, 1995, 165 ss. e nota n. 11; G. FERRI JR., *Investimento e conferimento*, Milano, Giuffè, 2001, 517 s. e nota n. 36.

Dopo la riforma del 2003 cfr., tra gli altri: P. CUOMO, “Conferimento d’opera e capitale sociale nelle società di persone”, in Riv. Soc., 2017, [•]; G.B. PORTALE, “Dal capitale “assicurato” alle tracking stocks”, Riv. soc., 2002, 151 ss.; ID., “Profili dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali”, in Corr. giur., 2003, 1664 ss.; G.A. RESCIO, “Distribuzione di azioni non proporzionale ai conferimenti effettuati dai soci di s.p.a.”, in P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, Giuffrè, 2003, 107 ss.; M. MIOLA, “Capitale sociale e conferimenti nella “nuova” società a responsabilità limitata”, in Riv. soc., 2004, 672; M. ONZA, *L’apporto d’opera e servizi nelle società di capitali*, Padova, Cedam, 2008, 2 ss. e 162 s..

²⁰ Con l’ovvia avvertenza per la quale, in tale ipotesi, la qualificazione come “soprapprezzo” sarebbe limitata ad evocare il versamento di un valore superiore a quello nominale dell’azione, mentre invece, quanto alla disciplina applicabile, tale eccedenza andrebbe senz’altro imputata a capitale e non sarebbe, invece, soggetta alle regole dettate dall’art. 2431 c.c. in materia di “soprapprezzo”: G.B. PORTALE, “Dal capitale “assicurato” alle “tracking stocks””, in Riv. soc., 2002, nota n. 354. Sul tema cfr. le considerazioni svolte *infra*, § [•].

²¹ Lo rileva anche G.B. PORTALE, “Dal capitale “assicurato” alle “tracking stocks””, in Riv. soc., 2002, [•].

²² P. SPADA, “La provvista finanziaria tra attribuzione e destinazione”, in BENAZZO, CERA, PATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi – innovazioni e persistenze*, Studi in onore di G. Zanarone, UTET, 2011, 2 ss..

²³ La giurisprudenza, infatti, è costante nel ritenere che, nelle società di persone, non tutti i conferimenti debbano essere iscritti a capitale, sulla base dei molteplici indici rinvenibili nella disciplina delle società di persone e della trasformazione c.d. “progressiva”: Trib. Roma 21 maggio 2019. Cfr.: G. Marasà, *Le società*, *, *Le società in generale*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, 165 ss., ove ampia discussione del problema.

Si è osservato, infine, come tale interpretazione in nessun modo sembrerebbe contrastare la disciplina comunitaria dettata nella “seconda direttiva”, n. 77/91/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1976²⁶ e sembri, anche, rispettosa del principio dettato dalla legge delega per la riforma del diritto societario del 2001, là dove l’art. 4, co. 5, lett. a, l. 3 ottobre 2001 prevedeva che, riguardo alla disciplina dei conferimenti, la riforma dovesse dirigersi nella direzione di “*dettare una disciplina dei conferimenti tale da consentire l’acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell’impresa sociale*”, condizionando tale disciplina a che “*sia garantita l’effettiva formazione del capitale sociale*” (certamente garantita dalla non iscrizione dei conferimenti “atipici” a capitale sociale²⁷), oltre che “*consentire ai soci di regolare l’incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali*”.

Sul medesimo tema cfr., altresì, P. CUOMO, “Conferimento d’opera e capitale sociale nelle società di persone”, in *Riv. Soc.*, 2017, [•]; F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1967; ID., “Ancora sulla composizione del capitale nelle società di persone”, in *Giur. comm.*, 1987, I, pp. 46 ss.; ID., “Ancora sul capitale nelle società di persone”, in *Riv. soc.*, 2002, 247 ss.; G. FERRI, *Delle società*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, III ed., Bologna-Roma, 1981; ID., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. Vassalli, Vol. X, Tomo III, III ed., Torino, 1987; E. SIMONETTO, “Concetto e composizione del capitale sociale”, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 48 ss., 112 ss. e 196 ss.; ID., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1958; M.S. SPOLIDORO, voce “Capitale sociale”, in *Enc. del dir.*, IV Agg., Milano, 2000, 195 ss.; ID., “Sul capitale delle società di persone”, in *Riv. soc.*, 2001, 790 ss.; R. WEIGMANN, “Capitale, utili e riserve nelle società di persone”, in *Giur. comm.*, 1986, I, 45 ss.; G. Ferri jr, “Capitale sociale e società di persone”, in *Riv. Notariato*, 2012, 247 ss..

²⁴ G. OLIVIERI, “Quel che resta del capitale nelle s.p.a. chiuse”, in *Riv. Soc.*, 2016, [•]; P. Spada, *Diritto commerciale II. Elementi*, Padova, 2006, 12 ss.; G.B. Portale, *Dal capitale assicurato alle tracking stocks*, 2002, 146 ss.

²⁵ Argomento, quello dell’assegnazione di azioni al prestatore di conferimenti “atipici” mediante “restrizione” del numero delle azioni dei soci che invece hanno effettuato conferimenti in capitale, sostenuto già, sotto altro profilo, nella vigenza del codice di commercio 1865 da Luigi Borsari – come notato da G.B. PORTALE, “Dal capitale “assicurato” alle “tracking stocks””, in *Riv. soc.*, 2002, nota n. 353, ove cita L. BORSARI, *Codice di commercio del Regno d’Italia*, I, Torino, [•], 1868, sub art. 126, n. 468, p. 417, e art. 141, n. 503, p. 447.

²⁶ Fermo restando che l’art. 7 della direttiva consente, con una formulazione ampia, che il capitale sia costituito “*da elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica*” (che non possono tuttavia essere costituiti da “*impegni di esecuzione di lavori o di prestazione di servizi*”), in ogni caso, il vincolo normativo riguarda i valori oggetto di conferimento *in capitale* (riferendosi al “*capitale sottoscritto*”) e non certo agli apporti *non imputati* a capitale. Nel medesimo senso cfr. anche G. OLIVIERI, “Quel che resta del capitale nelle s.p.a. chiuse”, in *Riv. Soc.*, 2016, [•].

²⁷ Lo rileva anche G. OLIVIERI, “Capitale sociale e conferimenti nella riforma del diritto societario”, in *Riv. notariato*, 2002, [•].

4.1 La proposta: autonomia concettuale tra “determinazione” delle partecipazioni e loro assegnazione. Irrilevanza, in senso contrario, dell’art. 2247 c.c..

Il quesito di fondo sul quale conviene interrogarsi, tuttavia, è se sia realmente necessario, ai fini dell’assegnazione dell’azione e del conseguente acquisto della qualifica di socio, l’effettuazione di una *destinazione* in favore della società, pur se contabilmente non registrata (in ipotesi: in quanto non registrabile) contabilmente nella posta denominata capitale sociale.

Come notato al precedente § 3, la risposta a tale quesito non può trovarsi indagando la materia nella prospettiva dei creditori sociali, per i quali ciò che rileva è che il capitale sociale sia effettivamente costituito nel suo insieme, indipendentemente da chi a tale costituzione abbia partecipato ed in qual misura. E non c’è dubbio, al proposito, che nelle ipotesi oggetto di studio la “gratuità” dell’assegnazione sia tale solo dal punto di vista del socio che ne beneficia *“e non da quello della società emittente, la quale riceve comunque un conferimento a liberazione di tutte le azioni emesse”*²⁸.

Il problema sembra, pertanto, dover essere esaminato nella prospettiva dei rapporti tra consoci, verificando se l’acquisto di una partecipazione sociale richieda, se non un “conferimento” in senso tecnico, quantomeno una qualche altra forma di “apporto” (o “conferimento” *extra* capitale, indulgendo in un utilizzo atecnico del lemma) o se, invece, possa ritenersi ammissibile la sottoscrizione di azioni in mancanza di *qualsivoglia* destinazione, in favore della società, di elementi passibili di valutazione economica.

Se non andiamo errati, i riferimenti normativi disponibili per indagare la materia sono essenzialmente due: l’art. 2247 e l’art. 2265 c.c.. Si prenda le mosse dalla prima disposizione, là dove essa prevede, come coelemento della fattispecie “società”, che i soci (o il socio: cfr. l’art. 2328, co. 1, c.c.) “conferiscano” beni o servizi per l’esercizio in comune di un’attività economica *etc.*

Tale disposizione è frequentemente interpretata nel senso di esigere l’effettuazione di conferimenti da parte di *tutti* i soggetti destinati a divenire soci della società, sia in fase di costituzione che in occasione di un successivo aumento di capitale a pagamento: *“non esiste società senza conferimenti, né può darsi socio senza obbligo di conferimento”*²⁹.

²⁸ M. Notari, *Commento all’art. 2346, commi 1-5*, in Id. (a cura di), *Azioni*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, 45.

²⁹ Uno per tutti: V. Buonocore, *Le società. Disposizioni generali*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2000, 58; Nota 65 biblio

Come si anticipava, è proprio prendendo le mosse da tale convinzione pre-giudiziale³⁰ che si è posto in problema, in letteratura, di imporre ai soci, assegnatari di azioni per le quali non sia stato previsto un obbligo di conferimento in capitale *ex art. 2346, co. 4, c.c.*, di “conferire” tuttavia elementi nel patrimonio netto. Questa, almeno così sembra, è l’attuale giustificazione funzionale del concetto di “conferimento atipico” nella materia in esame³¹: mediante tale strumento, infatti, si mantiene in capo a ciascun socio l’obbligo di *destinazione*, in favore della società, di utilità per l’esercizio dell’impresa comune³² e, conseguentemente, valori³³ che i soci sarebbero liberi di

³⁰ [•]

³¹ G.B. PORTALE, “Dal capitale “assicurato” alle “tracking stocks””, in *Riv. soc.*, 2002, 146; ID., “Problemi della pratica appunti in tema di “versamenti in conto futuri aumenti di capitale” eseguiti da un solo socio”, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, [•]; ID., I conferimenti in natura “atipici” nella s.p.a. Profili Critici, Milano, Giuffrè, 1974, *passim*; ID., “Profili dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali”, in *Corr. Giur.*, 2003, 1666, nt. 22; G. OLIVIERI, “Quel che resta del capitale nelle s.p.a. chiuse”, in *Riv. Soc.*, 2016, [•]; M. MIOLA, “I conferimenti in natura”, in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1^{***}, Torino, Utet, 2004, 224 ss., spec. 237 ss.; [•].

Sulla polisemia (anche) del sintagma “conferimento atipico” può rinviarsi a G.B. PORTALE, “Dal capitale “assicurato” alle “tracking stocks””, in *Riv. soc.*, 2002, nota n. 350, là dove rileva il suo utilizzo non solo al fine di identificare (come è il caso nella presente riflessione) i “conferimenti” di utilità non imputabili a capitale ma, anche, i cc.dd. “versamenti in conto capitale”, la cui atipicità consegue alla loro esecuzione “*al di fuori degli schemi giuridico-formali previsti per la costituzione delle società di capitali e per l’aumento del capitale sociale*” ed alla imputazione al solo patrimonio netto ma non a capitale (rinviando, sul punto, a Cass., 14 dicembre 1998, n. 12539; nonché E. GINEVRA, *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle s.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2001, 376, nota 36.

Su tale ultima accezione, riferibile a valori conferibili in capitale sociale (tipicamente: danaro) ma non imputati a tale posta per espressa volontà delle parti cfr., tra i molti (ed utilizzando formule alternative a quella dei “conferimenti atipici”): P. ABBADESSA, “Il problema dei prestiti dei soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione”, in *Giur. comm.*, 1988, I, 505 ss.; G.B. PORTALE, “Appunti in tema di “versamenti in conto futuri aumenti di capitale” eseguiti da un solo socio”, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, I, 95; M. MIOLA, “I conferimenti in natura”, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1^{***}, Torino, Utet, 2004, 208; F. CHIOMENTI, “I versamenti a fondo perduto”, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, 119; M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti «spontanei» in società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2001, 7; L. PARRELLA, *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2000, 112, nota 38; M. MAUGERI, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005, 118 ss. [•]

Sul tema, in giurisprudenza, cfr. Cass., 30 marzo 2007, n. 7980; Cass., 4 agosto 1995, n. 8587; [•].

³² Tale profilo è evidenziato, in particolare, da: G. OLIVIERI, “Quel che resta del capitale nelle s.p.a. chiuse”, in *Riv. Soc.*, 2016, [•]; P. CUOMO, “Conferimento d’opera e capitale sociale nelle società di persone”, in *Riv. Soc.*, 2017, [•].

³³ [•]

conteggiare, nella prospettiva di cui trattasi, al fine di assegnare a tal socio una partecipazione anche in mancanza di un conferimento in capitale³⁴.

Il problema, tuttavia, è altro, e cioè se l'art. 2247 c.c. realmente *esiga* che ciascuno dei soci *conferisca* alcunché al fine di ammettere la liceità della relativa partecipazione sociale. Ci sembra che a tale quesito debba darsi risposta negativa, per una pluralità di ragioni³⁵. In primo luogo, la materia dei conferimenti, trattata dall'art. 2247 c.c. e dalle altre disposizioni del codice, sembra essere questione di rilevanza interna ai soci e, pertanto, rimessa all'autonomia statutaria sia dall'art. 2346 c.c. che dalla legge delega³⁶. D'altra parte, non è certo nuova l'idea per la quale sia consentita ai soci, nell'ambito dell'autonomia negoziale loro riconosciuta, di disporre dei diritti patrimoniali loro attribuiti dalla legge disponendo della misura delle loro partecipazioni³⁷.

In secondo luogo, mai il codice civile prevede un obbligo di *ciascun* socio di conferire alcunché. A ben vedere, l'art. 2328, co. 2, n. 1, c.c. chiede la specifica indicazione delle azioni a ciascuno "assegnate" e non sottoscritte. D'altra parte,

³⁴ Così M. MIOLA, "Capitale sociale e conferimenti nella "nuova" società a responsabilità limitata", in *Riv. soc.*, 2004, 677; M. ONZA, *L'apporto d'opera a servizi nelle società di capitali (Strutture e funzioni)*, Padova, Cedam, 2008, 2 ss.; ID., ""Partecipare": significati e ipotesi nel diritto delle società azionarie", in U. MORERA, M. SCIUTO (a cura di), *Le parole del diritto commerciale*, Torino, Giappichelli, 2018, 118 s.; G. OLIVIERI, "Capitale e patrimonio nella riforma delle società", in *Riv. dir. civ.*, II, 2004, 263; M. S. SPOLIDORO, "I conferimenti in denaro", Tratt. Colombo Portale, 2004, 309 ss.; G. RESCIO, "Distribuzione di azioni non proporzionale ai conferimenti effettuati dai soci", in BENAZZO, PATRIARCA, PRESTI, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 107 ss..

³⁵ Già evidenziate da G.A. Rescio, "Distribuzione di azioni non proporzionale ai conferimenti effettuati dai soci di s.p.a.", in P. Benazzo, S. Patriarca e G. Presti (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, Giuffrè, 2003, 111; M. Notari, *Commento all'art. 2346, commi 1-5*, in Id. (a cura di), *Azioni*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, 45 s..

³⁶ [•]

³⁷ Anche in maniera tale da tener conto, nella relativa attribuzione, di valutazioni non rappresentabili secondo le tecniche di rendicontazione contabile. Così, nella sostanza, in relazione alla possibilità dei soci di derogare, all'unanimità, alla redazione della relazione degli esperti prevista (all'epoca dall'art. 2501 *quinquies* c.c. e, oggi, disciplinata) dall'art. 2501 *sexies* c.c., "giacché essa è strumento di valutazione del valore normale delle partecipazioni, che non sottrae ai soci (unanimi) il potere di esprimere il discrezionale giudizio sulla congruità del rapporto di cambio proposto dagli amministratori": App. Milano, 8 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2001, II, 421, nota di G. BATTISTI, "Note critiche sulla derogabilità della relazione degli esperti ex art. 2501-quinquies cc."

Problema diverso è quello della eventuale necessità, a tal fine, della decisione unanime o, in caso diverso, degli strumenti approntati dall'ordinamento a tutela dei soci di minoranza in ipotesi dissenzienti [•].

l'art. 2253 c.c., spesso richiamato a sostegno dell'opinione contraria³⁸, si limita a prevedere l'obbligo, in capo al socio, di eseguire i conferimenti determinati nel contratto sociale e solo nell'ipotesi di loro mancata determinazione *presume* che l'obbligo di conferimento sia ripartito in parti eguali tra loro.

In terzo luogo, non si vede quale sarebbe il senso di esigere un obbligo di prestazione (il conferimento, appunto) così facilmente aggirabile mediante operazioni economicamente equivalenti: il socio assegnatario di azioni in mancanza di conferimento (o altri apporti), infatti, si troverebbe nella medesima situazione di quello che avesse ricevuto azioni già emesse in regalo da altro socio – o, anche, avesse ricevuto da quest'ultimo la provvista per il relativo conferimento.

Infine, la necessità del rispetto solo formale dell'obbligo di conferimento porterebbe a soluzioni nella sostanza assolutamente equivalenti a quella del socio assegnatario di azioni in mancanza di conferimento alcuno, quando, ad esempio, a fronte del conferimento di un solo euro, il socio si vedesse assegnare azioni del valore di milioni di euro liberate da altri.

Sulla base di quanto osservato, pertanto, può (e forse *deve*) ritenersi che l'art. 2247 c.c. detti, nella materia di cui ora trattasi, una regola che si limita a prevedere l'essenzialità della dotazione patrimoniale della società *ma non* l'imputazione del relativo obbligo in capo a tutti i soci. Ciò che conta, in tale prospettiva, è che esista il capitale sociale, non la provenienza soggettiva della relativa provvista³⁹.

4.2 (segue:) Irrilevanza, in senso contrario, del divieto del patto leonino ex art. 2265 c.c..

Il secondo riferimento normativo con il quale occorre misurarsi, nell'*iter* argomentativo programmato, è quello dettato dall'art. 2265 c.c., che sanziona con la nullità il patto che escluda uno o più soci "*da ogni partecipazione agli utili o alle perdite*"⁴⁰. Non è infrequente, in effetti, che tale disposizione sia richiamata

³⁸ [•]

³⁹ Similmente si ritiene che "*non possa darsi società se non in quanto i soci predispongano gli strumenti per l'esercizio in comune dell'attività economica*" ma si riconosce, al contempo, "*...che possa esservi società anche in presenza di soci che non abbiano conferito alcunché, purché – ben si intende – esistano, in quanto comunque conferiti dagli altri soci, gli strumenti economicamente necessari al conseguimento dello scopo*": F. Di Sabato, *Società in generale. Società di persone*, in P. Perlingieri (diretto da), *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, ESI, 2004, 20 s. e 22.

⁴⁰ Sulla rilevanza centrale del patto leonino nella materia di cui trattasi cfr. P. SPADA, "Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)", in *Riv. dir. civ.*, 2003, 502; pur se, nel testo, nel senso di ritenere che tale divieto non consentirebbe l'acquisto dello *status* di socio in mancanza di conferimenti imputabili a capitale.

onde sostenere che l'acquisto dello *status* di socio esiga una destinazione patrimoniale (anche in questo caso: conferimento in senso tecnico, in capitale, o "conferimento atipico"): "*non vi può essere acquisto della qualità di socio in difetto di un seppur modesto contributo, e dunque comune partecipazione al rischio d'impresa*"⁴¹.

Non sembra, tuttavia, che tale disposizione possa essere interpretata nel senso che la necessaria partecipazione alle "perdite" esiga l'effettuazione di una qualche forma di destinazione in favore della società – che, in tale prospettiva, sarebbe il *valore* oggetto di compartecipazione al risultato dell'attività di cui all'art 2265 c.c.⁴². È, infatti, senz'altro vero che la dotazione di mezzi propri in favore della società rappresenta una vicenda di estensione maggiore rispetto a quella del "conferimento" di valore nella (sola) posta contabile del capitale. Si pensi, a titolo d'esempio, alla *sicura* natura di "mezzi propri" di tutti gli apporti di valore iscritti nelle altre poste del patrimonio netto, che senza dubbio segnala la destinazione "sociale", pur se non in capitale, della disposizione – pochi esempi per tutti: il soprapprezzo⁴³ e le altre forme di apporti di "mezzi propri" della società⁴⁴.

Ci sembra, tuttavia, che tale interpretazione non colga nel segno. La partecipazione alle perdite di cui si tratta nell'art. 2265 c.c., infatti, è quella consistente nella sopportazione delle conseguenze negative della gestione sociale sul valore nominale o contabile delle azioni⁴⁵. Il patto leonino, allora, si pone su un piano totalmente diverso rispetto a quello oggetto ora di esame, là dove, come notato, "*esso concerne invero il "contenuto" della partecipazione sociale, i cui diritti patrimoniali devono riguardare sia gli utili che le perdite, e non già la "fattispecie acquisitiva" della partecipazione sociale medesima, la quale è svincolata –*

⁴¹ (D.U. Santosuosso e) M. Avagliano, Commento all'art. 2247, in D.U. Santosuosso (a cura di), *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, Utet, 2015, 85; nota 200 riferimento bibliografici "la pressoché unanime dottrina".

⁴² Così, invece, se ben abbiamo inteso: G. OLIVIERI, "Capitale sociale e conferimenti nella riforma del diritto societario", in *Riv. notariato*, 2002, [•]; G.B. PORTALE, "Dal capitale "assicurato" alle "tracking stocks"", in *Riv. soc.*, 2002, *passim*; e, incidentalmente, P. SPADA, "Provvista del capitale e strumenti finanziari", in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, [•].

⁴³ [•]

⁴⁴ [•]

⁴⁵ Già evidenziate da G.A. Rescio, "*Distribuzione di azioni non proporzionale ai conferimenti effettuati dai soci di s.p.a.*", in P. Benazzo, S. Patriarca e G. Presti (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, Giuffrè, 2003, 111; M. Notari, *Commento all'art. 2346, commi 1-5*, in Id. (a cura di), *Azioni*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, 45 s..

potremmo dire che sta “a monte” – del patto con cui vengono attribuiti ad ogni azione o categoria di azioni i diritti patrimoniali ad esse spettanti”⁴⁶.

Insomma: il divieto del patto leonino non ha ad oggetto la vicenda storica di chi abbia conferito che cosa, nel senso che la “partecipazione alle perdite” oggetto dell’art. 2265 c.c., da cui il socio non può (e non deve) essere escluso, riguarda esclusivamente l’imputazione del saldo dell’attività tra i soci in un dato momento.

Se così non fosse, si osserva in letteratura, dovrebbe ritenersi contraria al divieto di cui trattasi, e pertanto *nulla*, anche l’assegnazione delle azioni ai prestatori di lavoro ai sensi dell’art. 2349, co. 1, c.c.. In tale ipotesi, al contrario, risulta in termini ben chiari la differenza esistente tra l’assegnazione delle azioni, in favore dei lavoratori dipendenti della società, e l’imputazione dell’obbligo del conferimento a relativa “copertura”, a carico della società ed adempiuto mediante riclassificazione degli utili risultanti a bilancio in capitale sociale⁴⁷.

Se l’art. 2349, co. 1, c.c. ammette che l’assegnatario di azioni sia soggetto diverso da quello che effettua il conferimento, sembra inevitabile ritenere che tale alterità possa sussistere, oggi, anche nell’applicazione dell’art. 2346, co. 4, c.c..

4.3 Cenni al profilo causale dell’operazione.

Né, lo si noti per inciso, riteniamo debba porsi il problema per il quale l’assegnazione di azioni in mancanza di conferimento comporti una attribuzione priva di causa.

La causa dell’assegnazione, nei casi di cui si discute, si rinviene nello stesso contratto sociale e, come notato, “nell’assunzione dell’obbligo dei conferimenti (o nella sua esecuzione) da parte dei soci”; in tal senso, i motivi dell’assegnazione non proporzionale appaiono estranei al problema di cui trattasi, là dove la c.d. *causa societatis* è idonea a giustificare “l’emissione di un quantitativo di azioni non superiore al valore dei conferimenti, al prezzo liberamente determinato dalle parti”⁴⁸.

⁴⁶ M. Notari, *Commento all’art. 2346, commi 1-5*, in Id. (a cura di), *Azioni*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, 46. Sul tema cfr. N. Abriani, *Il divieto del patto leonino: vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, Giuffrè, 1994.

⁴⁷ L’esempio è fatto anche da M. Notari, *Commento all’art. 2346, commi 1-5*, in Id. (a cura di), *Azioni*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, 65.

⁴⁸ M. Notari, *Commento all’art. 2346, commi 1-5*, in Id. (a cura di), *Azioni*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano,

5 Alcune precisazioni sui concetti di rapporto sociale e capitale quale metonimia di questo ultimo.

La proposta interpretativa formulata nella presente riflessione non è contraddetta dalla circostanza per la quale il capitale sociale sia utilizzato, anche nel linguaggio del legislatore, quale *metonimia* del rapporto sociale⁴⁹, così sembrando suggerire una relazione biunivoca tra l'uno e l'altro – come se, in altri termini, il riferimento al capitale in luogo del rapporto possa suggerire che non si dia rapporto senza conferimento contabilmente registrabile come capitale sociale⁵⁰.

In primo luogo, infatti, deve affermarsi senza esitazioni che la partecipazione del socio è partecipazione al rapporto, non al “capitale” – pur se a quest'ultimo anche il legislatore suole riferirsi per intendere invece al primo⁵¹. D'altra parte, se l'utilizzo del capitale sociale come metonimia del rapporto sociale fosse ritenuto interpretativamente vincolante, dovrebbe allora precludere anche la possibilità di (semplice) assegnazione delle azioni in misura non proporzionale al valore del conferimento *comunque* effettuato, invece indubitabilmente consentita dall'art. 2346, co. 4, c.c. anche nella sua interpretazione più conservatrice⁵². Donde: non è dalla partecipazione alla formazione del capitale che deve trarsi il *quantum* (né, riteniamo, l'*an*) della partecipazione al rapporto.

In secondo luogo, la necessaria correlazione tra partecipazione al rapporto e partecipazione alla provvista del capitale sociale si è sviluppata in ossequio alla disciplina previgente, fondata su una formulazione dell'art. 2346 c.c. che,

Giuffrè, 2008, 46, che prosegue osservando come “è sulla partecipazione al contratto sociale, pertanto, che si fonda anche l'attribuzione di azioni ad un singolo socio ad un prezzo irrisorio o a titolo gratuito” (46 s.).

⁴⁹ [•]

⁵⁰ La tesi risulta comunemente sostenuta in passato (ma, riteniamo, in ragione del differente contesto normativo allora vigente: cfr. *supra*, § [•]), là dove si è affermato, ad esempio, che “nelle società di capitali, poiché la partecipazione del socio è rappresentata da entità (azioni o quote) costituenti frazioni del capitale sociale nominale, sono configurabili solo partecipazioni di capitale”: G. Marasà, *Le società*, *, *Le società in generale*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, 173. Cfr. altresì G.B. Portale, *I conferimenti in natura “atipici” nelle società per azioni. Profili critici*, Milano, 1974, 14 ss..

⁵¹ Così anche M. Notari, *Commento all'art. 2346, commi 1-5*, in Id. (a cura di), *Azioni*, in P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, 46 s.. Nondimeno, non è infrequente che la “partecipazione” del socio continui a riferirsi al “capitale” anziché al “rapporto”, come accade, ad esempio, in A. Stagno d'Alcontres, *Commento all'art. 2346*, in G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali*, vol. I, Napoli, Jovene, 2004, 259, per il quale “il conferimento del socio ... non può mancare”.

⁵² Cfr. *supra*, nota n. [•]

come pure già notato, imponeva che per *ciascuna* azione sussistesse un conferimento in misura almeno pari al valore nominale da destinare a capitale sociale. Poteva ritenersi, pertanto, legittimo⁵³ che, in tale contesto normativo, l'assegnazione delle azioni venisse ricondotta in termini di necessità alla preventiva effettuazione di un "conferimento" in capitale. La disciplina di contesto si è, però, modificata, donde l'utilizzo metonimico del capitale sociale può mantenere la propria valenza semantica, al più, quanto all'uso in luogo del rapporto sociale, ma certo non può essere utilizzato per sterilizzare gli effetti dell'evoluzione normativa di cui si discute⁵⁴.

In terzo luogo, l'utilizzo del "capitale" quale metonimia del "rapporto sociale" è un *escamotage* funzionale alla mera semplificazione delle operazioni di calcolo delle frazioni di rapporto nella titolarità dei soci – e ciò al fine di misurare la "quantità" di diritti spettanti al socio titolare di un certo numero di azioni⁵⁵. E, tuttavia, è evidente che tale misurazione abbia ad oggetto la quantità di "rapporto sociale" detenuta e non certo la quantità di "capitale sociale" cui essa formalmente rappresenta una frazione ideale (cioè: il valore nominale dell'azione); quantità che, peraltro, non sembra mai vedersi riconosciuta dal legislatore alcuna rilevanza autonoma⁵⁶.

In tal senso, la proposta interpretativa che abbiamo formulato può tradursi, volendo continuare ad applicare l'utilizzo metonimico del capitale sociale, osservando come la misura del rapporto sociale nella titolarità di un singolo socio sia funzione della quota ideale di capitale sociale nella sua titolarità (cioè: valore nominale dell'azione, moltiplicato per il numero delle azioni, diviso il valore del capitale sociale nominale) e non del valore del conferimento in capitale in concreto effettuato per ottenerla⁵⁷.

⁵³ [•]

⁵⁴ Al contrario, deve riconoscersi che, a fronte di una evoluzione normativa, è il "concetto" a dover modificare il proprio contenuto coerentemente con l'evoluzione avvenuta e non certo la disposizione novellata a dover essere interpretativamente *forzata* all'interno dei confini di un concetto preesistente: T. ASCARELLI, "Personalità giuridica e problemi delle società", in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, 233 ss..

⁵⁵ [•]

⁵⁶ Non ha, infatti, fondamento la ricostruzione interpretativa delle azioni quali frazioni del capitale sociale, come se quest'ultimo appartenesse, *pro quota*, all'azionista. La realizzazione del valore della partecipazione, infatti, è condizionata allo scioglimento del rapporto con la società (individuale, per recesso o esclusione; complessivo, per scioglimento) o all'alienazione della partecipazione.

⁵⁷ Insomma: al fine dell'acquisto dello *status* di socio è necessario, ma anche sufficiente, partecipare "al capitale (nominale) in quanto tale" e non, invece, partecipare alla sua "formazione effettiva, alla formazione cioè del capitale reale, attraverso appunto i conferimenti", come rilevato da G. FERRI JR, "Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale", in *Riv. notariato*, 2008, 741 ss., spec. § 4.3.1.

Ma una siffatta rappresentazione linguistica della vicenda può considerarsi condivisibile solo con la precisazione per la quale il “capitale” utilizzato metonimicamente in luogo del rapporto è, concettualmente, *altro* rispetto al capitale sociale nominale, a tal punto che potrebbe non corrispondervi – il riferimento al “capitale” configurando *certamente* una ipotesi di polisemia, là dove gli utilizzi normativi di tale lemma, pur se tutti rientranti nel medesimo “campo associativo”⁵⁸, si compongono di regole differenti.

Ed infatti, il “valore” (ma forse meglio: il numero usato come denominatore) del “capitale” utilizzato ai fini del calcolo delle maggioranze assembleari differisce da quello indicato in statuto come “capitale sociale nominale” là dove, ad esempio, non include le azioni prive del diritto di voto sulla materia oggetto di deliberazione⁵⁹ e tiene, invece, conto della “maggiorazione” del diritto di voto per la determinazione dei *quorum* costitutivi e deliberativi che fanno riferimento ad aliquote del capitale sociale (art. 127 *quinquies*, co. 8, TUF)⁶⁰. Tale *uso alternativo* del lemma “capitale” è stato, peraltro, espressamente normato con il d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, in l. 11 agosto 2014, n. 116, là dove ha introdotto la previsione per la quale “*nelle società i cui statuti consentono la maggiorazione del diritto di voto, per capitale si intende il numero complessivo dei diritti di voto*” (art. 120, 1 co., TUF).

6 Una parentesi contabile: un “sopraprezzo” sul lato del conferente in misura più che proporzionale che non è tale sul versante societario.

L’argomento trattato nella presente riflessione richiede, forse, una precisazione in materia contabile.

Si è notato come sia da ammettere la possibilità che il socio divenga tale a seguito di una assegnazione di azioni che non lo veda “conferire” alcunché nel capitale della società, purché la quota proporzionale di conferimento in capitale astrattamente imputabile alle relative azioni risulti coperta dal conferimento in capitale più che proporzionale effettuato da parte degli altri soci (o da una riqualificazione di altre poste del patrimonio netto, ma tale ipotesi può essere ignorata ai fini del presente § 5).

⁵⁸ L’espressione è stata sviluppata al fine di riferirsi a tutto l’insieme di associazioni semantiche evocate da un termine: CH. BALLY, *Linguistique générale et linguistique française*, Vendôme, Paris, Impr. des Presses universitaires de France; Paris, Ernest Leroux, 1932. Più in particolare, “*le champ associatif est un halo qui entoure le signe et dont les franges extérieurs se confondent avec leur ambiance*” : CH. BALLY, “*L’arbitraire du signe. Valeur et signification*”, in *Le Français moderne*, 8, 1940, 195.

⁵⁹ [•]

⁶⁰ [•]

Immaginando, per ragioni di semplicità espositiva, che le azioni siano state emesse con valore nominale⁶¹, i soci che eseguono i conferimenti in capitale si trovano a dover destinare alla società un ammontare di valore *eccedente* rispetto al valore nominale della partecipazione loro assegnata, proprio per coprire le azioni assegnate *senza conferimento*. Tale eccedenza di conferimento rispetto al valore nominale delle azioni assegnate viene, talvolta, qualificata in letteratura come “sopraprezzo” – nozione che, in tale prospettiva, si vedrebbe ulteriormente arricchita di funzioni rispetto a quella, tradizionalissima, di “una aggiunta di conferimento fatta dai nuovi azionisti per mettersi alla pari coi vecchi”⁶².

Siffatta qualificazione contabile sembra, tuttavia, una sorta di illusione ottica, posto che tale eccedenza tecnicamente non è, perché *non può essere*, un sopraprezzo. Sia consentito osservare, infatti, come le diverse voci che costituiscono il “patrimonio netto”⁶³ possano essere comprese come altrettanto diverse regole di destinazione di valori all’iniziativa societaria; come vincoli alla disponibilità dei valori iscritti di diversa intensità a seconda del tipo di vincolo contabile applicabile in ciascuna ipotesi⁶⁴.

Se è così, il che non ci sembra di poter contestare, deve osservarsi come l’eccedenza di cui trattasi sia *per definizione* destinata ad essere iscritta a capitale sociale, posto che essa, *per definizione*, serve a “compensare”, ai fini del rispetto

⁶¹ Evidentemente, tuttavia, il discorso varrebbe anche nell’ipotesi di emissione di azioni prive di valore nominale *ex art.* 2346, co. 2 e 3, c.c.; per tale osservazione cfr. anche G.B. PORTALE, “Dal capitale “assicurato” alle “tracking stocks””, in *Riv. soc.*, 2002, [•].

⁶² L’espressione nel testo è di C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, Vallardi, 1923, 245. L’esclusività di tale funzione, si osserva, è contraddetta, quantomeno, dall’ammissibilità del sopraprezzo in sede di costituzione della società, ai sensi dell’art. 2343, co. 1, c.c.: sul tema cfr., tra i molti: G.B. PORTALE, “Dal capitale “assicurato” alle “tracking stocks””, in *Riv. soc.*, 2002, nota n. 354; G. Mucciarelli, *Il sopraprezzo delle azioni*, Milano, Giuffrè, 1997, 19 s.; G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Padova, Cedam, 1990, 419 s..

⁶³ Sul tema, tra i molti, cfr.: G. TANTINI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, Cedam, 1980, 19 ss.; G.E. COLOMBO, “Il bilancio e le operazioni sul capitale”, in *Giur. comm.*, 1984, I, 841 ss.; ID., “Il bilancio d’esercizio”, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, vol. 7*, Torino, Utet, 1994, 360 ss.; P. FERRO-LUZZI, “Problemi vecchi e nuovi in tema di passivo”, in A. JORIO (a cura di), *Il progetto italiano di attuazione della IV Direttiva CEE*, Milano, Giuffrè, 1988, 123 ss.; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, I, 2, Torino, Utet, 2004, 7 s. e nota n. 8; S. FORTUNATO, “Capitale e bilanci nelle s.p.a.”, in *Riv. soc.*, 1991, 142 ss.; G. FIGÀ-TALAMANCA, *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Milano, Giuffrè, 1997, 72 ss..

⁶⁴ Ragiona di “programmazione delle risorse da mantenere investite nell’iniziativa” G. FIGÀ-TALAMANCA, *Bilanci e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Milano, Giuffrè, 1997, 79, ma sul tema cfr. già G.B. PORTALE, *I conferimenti in natura atipici nella s.p.a. Profili critici*, Milano, Giuffrè, 1974; ID., “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata”, in *Riv. soc.*, 1991, 3 ss..

della regola dettata dall'art. 2346, co. 5, c.c., la "mancanza" di conferimento iscrivibile a capitale di alcuno dei soci. La destinazione alla posta "capitale" comporta l'assoluta indisponibilità del valore ivi iscritto, salvo solo che la società non proceda alla modifica della clausola statutaria che di tale valore definisce l'ammontare⁶⁵.

Al contrario, la posta contabile denominata "sopraprezzo" si vede attribuita, nel sistema del netto, un vincolo di grado inferiore, là dove essa determina l'indisponibilità delle somme percepite dalla società per l'emissione di azioni ad un prezzo superiore al loro valore nominale "fino a che la riserva legale non abbia raggiunto il limite stabilito dall'articolo 2430" c.c. (cfr. art. 2431 c.c.); potendo, in seguito, essere oggetto di distribuzione ai soci.

Richiamando nuovamente il principio di relatività della fattispecie alla disciplina⁶⁶, sembra, allora, inutile (oltre che potenzialmente pericoloso) definire l'eccedenza di cui trattasi "sopraprezzo", tanto più che appare evidente come tale definizione dovrebbe essere accompagnata dall'avvertenza per la quale, nelle ipotesi di cui si tratta, tale eccedenza andrebbe senz'altro imputata a capitale e non andrebbe invece soggetta alla disciplina dettata dal richiamato art. 2431 c.c.⁶⁷. Insomma: la qualificazione come "sopraprezzo" sarebbe in senso latissimo, atecnico, e conseguirebbe alla sola "maggiorazione" del valore del conferimento effettuato per un dato numero di azioni prescindendo, invece, totalmente dalla conseguente iscrizione contabile di tale maggiorazione (che, invece, sembra la variabile di maggior rilevanza ai fini qualificatori).

Tale utilizzo atecnico sembra essere ispirato all'idea per la quale, ad oggi, il sopraprezzo rappresenterebbe l'unico parametro di riferimento normativo del netto idoneo ad accogliere l'iscrizione delle destinazioni eccedenti il valore nominale dell'azione⁶⁸. Un siffatto approccio non sembra, tuttavia, da condividere, là dove esso, sia consentito notare, sembra essere ancora ispirato all'idea per la quale il "conferimento" in capitale debba essere proporzionale alla partecipazione assegnata. La qualificazione dell'eccedenza di cui trattasi, al contrario, viene fornita dallo stesso art. 2346, co. 4, c.c.: conferimento (più che proporzionale) in capitale.

⁶⁵ [•]

⁶⁶ Cfr. *supra*, nota n. [•].

⁶⁷ G.B. PORTALE, "Dal capitale "assicurato" alle "tracking stocks"", in *Riv. soc.*, 2002, nota n. 354.

⁶⁸ Così G. OLIVIERI, "Capitale sociale e conferimenti nella riforma del diritto societario", in *Riv. notariato*, 2002, [•].

7 I problemi emergenti dalla possibilità di assegnazione non proporzionale delle azioni (cenni).

La possibilità di distinguere la determinazione delle partecipazioni (dunque: il conferimento) dall'assegnazione delle azioni comporta problemi peculiari che in questa sede appare possibile solo menzionare. Si tratta di tutte quelle ipotesi in cui vicende successive alla emissione delle azioni coinvolte dall'assegnazione non proporzionale (sia quelle per le quali il conferimento sia in ipotesi escluso, sia quelle per le quali il conferimento sia invece maggiorato per "coprire" il capitale sociale) coinvolgano la persistenza delle azioni emesse.

Si pensi al caso in cui un certo numero di azioni, poniamo cento, siano assegnate a Tizio e Caio a fronte del conferimento effettuato, a copertura di tutte tali azioni, dal solo Tizio. Si immagini che il conferimento sia stato effettuato da Tizio in natura e, a seguito della verifica effettuata dagli amministratori ai sensi dell'art. 2343, co. 3, c.c., risulti che il valore dei beni conferiti era inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento. Qualora la società riduca proporzionalmente il capitale sociale, chi dei due soci dovrà farsi carico di sopportare il conseguente l'annullamento delle azioni che risultano scoperte?

[•]

8 Conclusioni. Conseguente inutilità del concetto di "conferimenti atipici" al fine di consentire l'assegnazione di azioni in capo al soggetto che non effettui alcun conferimento in capitale.

La presente riflessione conduce, in via immediata, alla conclusione per la quale sia da ritenere possibile l'assegnazione di azioni in capo ad un soggetto che non abbia destinato alcun valore al patrimonio netto della società emittente. In via mediata, questo comporta che debba considerarsi precettivamente poco utile, in tale materia, ipotizzare una nozione di "conferimento atipico" al fine di ritenere assolto, al fine dell'assegnazione di azioni, un presunto (ma non esistente) obbligo di "conferimento" pur se non in capitale.

Ne consegue che, pur a seguito dell'evoluzione legislativa introdotta con il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, deve escludersi che il lemma "conferimento" abbia assunto due diversi significati, a mediare tra il medesimo "significante" e due diversi "referenti" normativi: l'uno, il significato tradizionalmente attestato nella materia, riferibile alla frazione di finanziamento effettuata in favore della società che viene iscritta a capitale sociale (artt. 2342 ss., 2346 c.c.)⁶⁹; l'altro

⁶⁹ Tale nozione è funzionale a far sì che, a fronte della emissione di azioni, il corrispondente incremento del capitale sociale sia effettivamente coperto dal valore di danaro, beni in natura o crediti effettivamente conferiti; essa, pertanto, ha ad oggetto le sole entità

riferibile, invece, al “conferimento” richiesto dall’art. 2247 c.c. per la costituzione del rapporto sociale⁷⁰ pur in assenza di registrazione contabile in capitale (significato che includerebbe i cc.dd. “conferimenti atipici”⁷¹).

Conferimento, invece, è, e riteniamo debba rimanere solamente, quanto destinato alla posta contabile denominata capitale sociale.

conferibili in capitale *ex art.* 2342 c.c.. È a tale significato che la legge fa riferimento quando, ad esempio, impone che, indipendentemente dalla “diversa” assegnazione delle azioni, l’ammontare complessivo dei “conferimenti” non possa essere inferiore alla cifra indicata nello statuto come capitale sociale nominale (art. 2346, co. 5, c.c.).

⁷⁰ Tale diversa nozione si riferisce, a differenza della prima, ai mezzi apportati in favore della società quali “mezzi propri” di quest’ultima senza diritto di rimborso in favore del finanziatore – mezzi, tutti, accomunati dalla destinazione contabile nel patrimonio netto (e non solo nella posta contabile del capitale sociale) del passivo dello stato patrimoniale di bilancio⁷⁰.

In tal senso, ma riferendosi (coerentemente con la disciplina vigente al momento) al lemma “apporto” anziché “conferimento”: G.B. PORTALE, “Dal capitale “assicurato” alle “tracking stocks””, in *Riv. soc.*, 2002, [•].

⁷¹ Cfr. G. OLIVIERI, “Capitale sociale e conferimenti nella riforma del diritto societario”, in *Riv. notariato*, 2002, [•]; [•]

In giurisprudenza cfr. Cass. 6 luglio 2001, n. 9209; [•]