

# **CONFERIMENTI E GARANZIE BANCARIE O ASSICURATIVE NELLA DISCIPLINA DELLA S.R.L.**

## **CAPITOLO PRIMO**

### **I conferimenti garantiti e la disciplina del capitale sociale nella s.r.l.**

#### *1. PRESENTAZIONE DELL'ARGOMENTO*

La disciplina della s.r.l. delineata dal D. Lgs. n. 6 /2003 costituisce una delle principali innovazioni della c.d. riforma delle società di capitali, perché si emancipa dalla regolamentazione della “sorella maggiore” s.p.a. assurgendo a tipo autonomo, con caratteristiche che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero valorizzare il ruolo della persona del socio e l'autonomia privata<sup>1</sup>.

La disciplina dei conferimenti si inserisce in questo quadro e presenta rilevanti differenze rispetto a quella delle s.p.a., pur nella necessaria tutela dei principi generali in materia di società di capitali dell'integrità ed effettività del capitale sociale.

---

<sup>1</sup> La necessità di una differenziazione dei due tipi è dettata dall'at. 2 lett. f) della legge delega ove si prevedeva la previsione di “due modelli societari riferiti l'uno alla s.r.l. e l'altro alla s.p.a.”. Le nuove norme della s.r.l. presentano una frattura rispetto alle precedenti, ma anche un ritorno al passato ed in particolare al progetto del codice di commercio D'Amelio (1929) ed al progetto De Gregorio: cfr. O. Cagnasso, *Della società a responsabilità limitata*, Introduzione, in *Il nuovo diritto societario*, artt. 2409 bis-2483 c.c., Bologna, 2004, 1708.

Sulla natura delle novità prevale la tesi di un avvicinamento alle società personali. Cfr. per tutti M. Stella Richter jr, in *Diritto delle società*. Manuale breve di Abriani ed altri, Milano, 2004, p. 273. Più articolata e più puntuale la riflessione del Cagnasso, op. ult. loc. cit. che evidenzia la pluralità di modelli che i soci possono scegliere all'interno del tipo sociale.

In particolare queste sembrano le principali novità in materia: a) ampliamento dell'area della conferibilità ad ogni elemento dell'attivo suscettibile di valutazione economica (cfr. art. 2464, secondo comma, c.c.);

b) sostituzione del versamento del 25% e dell'intero sopraprezzo relativo ai conferimenti in danaro (nonché dell'intero versamento del conferimento per la s.r.l. unipersonale<sup>2</sup>) con la stipula, per un importo corrispondente, di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria (art. 2464, quarto comma, c.c.);

c) ammissibilità del conferimento d'opera o servizi mediante la prestazione di una polizza d'assicurazione o una fideiussione bancaria con cui questi vengono garantiti per l'intero valore loro assegnato (cfr. art. 2464, sesto comma, c.c.);

d) semplificazione del procedimento di valutazione dei conferimenti di natura e di crediti: 1) con nomina dell'esperto direttamente da parte del socio conferente e non da parte dell'autorità giudiziaria; 2) con eliminazione della revisione della stima da parte degli amministratori della società (cfr. art. 2465 c.c.).

Senza dubbio le novità che portata più rilevante hanno sull'intera disciplina a tutela dell'integrità del capitale sociale sono quelle relative alla sostituzione del versamento immediato di parte dei conferimenti in danaro e all'ammissibilità dei conferimenti d'opere e servizi.

---

<sup>2</sup> Ma su questo vedi meglio infra capitolo secondo paragrafo 1 relativamente all'ambito di applicazione.

Entrambe le novità presentano un elemento in comune: la presenza di garanzie caratterizzate da una certa autonomia<sup>3</sup> rispetto all'obbligazione garantita che, secondo il legislatore, permetterebbero in ogni caso una "copertura del capitale sociale".

Oggetto di questa trattazione è la disciplina di queste garanzie a tutela dei conferimenti della s.r.l., nel tentativo di chiarire se lo scopo che si è prefisso il legislatore con la nuova e più liberale disciplina delle entità conferibili sia stato raggiunto e di illustrare le principali questioni che si propongono all'interprete, proponendo alcune soluzioni in merito.

L'obiettivo del legislatore delegato era fissato nella legge delega, la cui analisi, perciò, diviene essenziale: solo così, infatti, si può misurare la riuscita dello sforzo legislativo di rendere meno vincolante il tipo della s.r.l. in relazione alla raccolta del capitale di rischio.

Questo esame, inoltre, presenta una portata applicativa: è, infatti, noto che l'interprete di un decreto delegato nella valutazione del dato normativo deve necessariamente farsi guidare dai principi espressi nella legge delega<sup>4</sup>.

La legge delega del 3 ottobre 2001, n. 366, all'art. 3 relativo alla società a responsabilità limitata, detta nel secondo comma alla lettera c) i seguenti principi per la disciplina dei conferimenti: la disciplina dei conferimenti deve "consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale,

---

<sup>3</sup> Sull'opportunità che queste garanzie siano autonome concorda tutta la dottrina: cfr. A. Bertolotti, *Il nuovo diritto societario*, cit., 1758; R. Rosapepe, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, vol. 3, Torino, 2003, 29; P. Masi, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini e Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, 1433; F. Tassinari, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 1762 anche se l'autore sottolinea la facoltatività della clausola a prima richiesta e senza eccezioni; M. Miola, *Capitale sociale e conferimenti nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, 697; C. Amatucci,; sul concetto di garanzia autonoma si veda in particolare capitolo quarto paragrafo 1.

<sup>4</sup> Sulla funzione interpretativa della legge delega si veda T. Martinez, *Diritto costituzionale*, Milano, 2004, 460.

a condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale"; deve, inoltre, "consentire ai soci di regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali".

I principi dettati sono identici a quelli previsti dal successivo art 5 per i conferimenti in società per azioni (cfr. comma 5 lett a ), ma la disciplina dei conferimenti e del capitale sociale della s.r.l. è molto più innovativa, in particolare proprio in relazione all'argomento di questa tesi.

La spiegazione della differenza di modalità di coniugare i principi di autonomia nei conferimenti con l'effettività del capitale sociale tra questi due tipi sociali risiede nella II Direttiva comunitaria in materia di s.p.a.<sup>5</sup>, che, in tema di conferimenti, impone in questo tipo sociale tra l'altro: a) l'obbligatorio versamento di almeno il 25% del conferimento in danaro al momento della sottoscrizione; b) il divieto di conferimento d'opera e di servizi.

La disciplina della s.r.l., pur non vincolata dalla direttiva, ha ricalcato all'art. 2464, secondo comma, c.c. l'espressione della suddetta direttiva nel definire l'area del conferibile: possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibile di valutazione economica. Si è, però, spinto oltre consentendo di non versare immediatamente i conferimenti in danaro e rendendo ammissibili i conferimenti d'opera e servizi.

Il legislatore della riforma non vincolato dalla direttiva era, però, tenuto a garantire per espressa previsione della legge delega l'effettiva formazione del capitale sociale

---

<sup>5</sup> Questa differenza è ben spiegata da A. Bertolotti, op. cit. in nt. 2, 168.

ed all'uopo ha ritenuto di trovare un punto di equilibrio nella garanzia di tali conferimenti mediante polizza assicurativa o fideiussione bancaria.

Nella disciplina della s.p.a. non era possibile tale innovazione, se non in palese violazione della direttiva comunitaria e il legislatore ha utilizzato diversi istituti per garantire anche in quel tipo sociale l'acquisizione di ogni elemento proficuo per lo svolgimento dell'impresa sociale (si pensi agli strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2346, ult. co., c.c.).

Rimane, però, inspiegabile la scelta di non riportare la formula della conferibilità di ogni elemento dell'attivo suscettibile di valutazione economica nella disciplina della s.p.a., attesa proprio la sua derivazione comunitaria, fermi restando i divieti della direttiva<sup>6</sup>.

Orbene il legislatore della riforma ha ritenuto che le garanzie autonome bancarie o assicurative siano sufficienti a garantire l'effettività del capitale sociale e, dunque, l'intera disciplina del capitale sociale nella s.r.l. riceve un'impronta nuova.

Ciò a mio parere richiede un riesame del problema dell'integrità del capitale e della sua funzione in questo tipo sociale, concordando con chi ha spiegato che è errato cercare una funzione del capitale sociale prima di esaminare la disciplina dei conferimenti, anzi adattando questa alla supposta funzione; bensì è dommaticamente corretto trarre dalla disciplina dei conferimenti indicazioni sulla funzione del capitale sociale<sup>7</sup>. Questo comporta che mutamenti notevoli nella disciplina dei conferimenti in

---

<sup>6</sup> Di questo parere F. Tassinari, op.ult. loc. cit. in nt. 2.

<sup>7</sup> Così correttamente G. Olivieri, I conferimenti in natura nella società per azioni, Padova, 1989, 84 e ss.; A. Pisani Massamormile, Conferimenti in s.p.a. e formazione del capitale sociale, Napoli, 1992, 35 e ss.

tema di s.r.l. permettono di riesaminare e valutare le riflessioni dottrinali sulle ragioni dell'istituto del capitale sociale.

Probabilmente anche nella disciplina del capitale si troverà conferma della natura ibrida del tipo s.r.l. e di un certo ridimensionamento della vincolatività di questa disciplina. Queste valutazioni, che sembrano non avere una portata pratica, sono invece di notevole importanza per la risoluzione di problemi relativi alle modalità di funzionamento del meccanismo della garanzia: si cercherà in particolare di palesare quali conseguenze derivino per gli interessi dei soci e dei creditori della società dalla presenza in luogo di un capitale reale di un capitale garantito.

Dopo questo generale inquadramento della portata innovativa dei conferimenti garantiti sulla disciplina del capitale sociale nella s.r.l. si passerà all'esame, in distinte parti: a) della garanzia in sostituzione del versamento in danaro; b) del conferimento d'opera e servizi garantito dalla polizza assicurativa o dalla fideiussione bancaria; c) della disciplina di tali garanzie autonome nella fattispecie dei conferimenti di cui all'art. 2464 c.c. in attesa del decreto del presidente del consiglio dei ministri che ne detti le caratteristiche.

La sostituzione del versamento del 25% dei conferimenti in danaro con le garanzie bancarie o assicurative verrà analizzato dal duplice punto di vista dell'inquadramento giuridico dell'istituto e dei problemi applicativi che comporta.

Ciò richiederà in primis l'esame dei precedenti dell'istituto e l'individuazione della natura giuridica del necessario versamento parziale dei conferimenti in danaro: in

particolare è nota la problematica della natura reale o consensuale del contratto di sottoscrizione del capitale sociale.

La garanzia o la cauzione in luogo del versamento sembrano risolvere il problema nella s.r.l. a favore della natura consensuale del conferimento in danaro, ma non pochi autori<sup>8</sup> hanno sostenuto l'equivalenza delle garanzie bancarie ed assicurative rispetto al danaro. Si potrebbe anche sostenere che l'obbligo di effettuare il conferimento in danaro è in verità in s.r.l. un'obbligazione alternativa che consente, a scelta del debitore, di sostituire al danaro la garanzia bancaria o assicurativa.

Si esamineranno i possibili inquadramenti cennati, valutandone l'attendibilità anche in ragione delle conseguenze pratiche che comportano.

Dal punto di vista della disciplina applicabile si segnaleranno tra gli altri i seguenti problemi<sup>9</sup>: a) quando gli amministratori possano chiedere l'escussione della garanzia ed il rapporto di tale potere con il diritto del socio di sostituire la garanzia con il versamento; b) la disciplina dell'art. 2466 c.c. relativa al socio moroso ed i diversi presupposti di applicabilità nel caso di versamento garantito; c) la disciplina applicabile in caso di trasferimento di quota da parte del socio garantito.

Il problema del conferimento d'opera e servizi in s.r.l. e della disciplina applicabile richiederanno un esame approfondito, anche di carattere storico, delle ragioni del divieto di conferimento d'opera nel tentativo di spiegare come la garanzia bancaria o assicurativa possa superare queste ragioni.

---

<sup>8</sup> Cfr per tutti G. Ferri jr, Il conferimento documentario, in Riv. not., 2002, 1367 e ss; per maggiori riferimenti vedi capitolo secondo paragrafo 2.

<sup>9</sup> Per i problemi connessi si veda in particolare M. Miola, op.. ult. loc. cit., nt. 2.

Bisognerà, poi, chiedersi se effettivamente l'oggetto del conferimento in tali casi sia l'opera ovvero la garanzia, attesa l'equivoca disposizione legislativa dell'art. 2464, quinto comma, c.c..

Dubbi tra i primi commentatori<sup>10</sup> sono sorti anche in ordine all'applicazione a tali conferimenti della disciplina della perizia di stima di cui all'art. 2465 c.c., non mancando chi ha sostenuto la sufficienza per l'effettività del capitale sociale della garanzia bancaria o assicurativa.

Anche la possibilità di estensione di questa disciplina deve essere analizzata: in particolare sembra opportuno chiedersi se tutti i conferimenti c.d. atipici (anche diversi dall'opera ), non consentiti per la rigida disciplina della s.p.a., siano effettuabili in s.r.l. purchè garantiti a norma dell'art. 2464, quinto comma, c.c.

Problemi pratici da analizzare di difficile soluzione riguardano: a) l'iscrizione in bilancio del credito per conferimento e la sua eliminazione, essendo dubbi tanto le modalità che i tempi; b) la disciplina dell'escussione della garanzia; c) il trasferimento delle quote dei soci d'opera, attesa la non indifferenza della persona che adempie il credito dell'opera o del servizio a favore della società.

L'ultima parte del lavoro è dedicata alla garanzia autonoma, iniziando seppur brevemente a descriverne genericamente gli effetti ed ad inquadrarne la natura.

In particolare si porrà il problema di individuare sino a che punto l'autonomia della fideiussione bancaria e della polizza assicurativa dal rapporto principale garantito impedisca l'opponibilità di eccezioni alla società che escuta la polizza.

---

<sup>10</sup> Per gli autori che si sono occupati del problema si veda la nota 2.



## *2. IL CONCETTO DI CAPITALE SOCIALE E LA NUOVA DISCIPLINA DEI CONFERIMENTI NELLA S.R.L.*

La nozione di capitale sociale è caratterizzata da una certa polivocità, attesa la sua derivazione da discipline di diversi tipi di società; il legislatore d'altro canto non ha fornito una nozione dell'istituto, che, dunque, non può che ricostruirsi dalla relativa regolamentazione.

Nell'ambito delle società di capitali (in cui il concetto assume una maggiore rilevanza) per capitale sociale si intende una posta del passivo (cfr. art. 2424 c.c.), contenuta nelle voci del patrimonio netto (c.d. passivo ideale), che rende indistribuibile, assoggettandola ad una specifica disciplina, una quota ideale dell'attivo patrimoniale, di valore corrispondente alla suddetta posta<sup>11</sup>.

Si può anche in via esemplificativa specificare che la posta del passivo può essere definita come capitale sociale nominale, mentre la quota ideale dell'attivo immobilizzata in dottrina viene chiamata spesso capitale reale<sup>12</sup>: col termine capitale il legislatore si riferisce in alcuni casi al primo in altri al secondo concetto di capitale<sup>13</sup>; essi sono, dunque, entrambi importanti per comprendere la nozione.

Il rapporto dei conferimenti con il capitale sociale è di immediata intuizione: è nota l'affermazione secondo cui al momento della costituzione il capitale sociale nominale corrisponde al valore dei conferimenti effettuati dai soci, mentre il capitale reale è

---

<sup>11</sup> Questa è la nozione di capitale che si preferisce data da G.B. Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, ora in *Trattato delle società per azioni*, diretto Colombo e Portale, vol.1, Torino, 2004, 4; per altre nozioni cfr. tra gli altri Tantini, *Capitale e patrimonio nella s.p.a.*, Padova, 1980, 14; Olivieri, op. ult. loc. cit. in nt. 6; Pisani Massamormile, op. ult. loc. cit., nt. 6, Spolidoro, voce *Capitale sociale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento IV, Milano, 2000, 208.

<sup>12</sup> Sulla distinzione cfr. Portale, op. ult. loc. cit; Mignoli, *Il capitale versato ed esistente come limite all'emissione delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, 508; Spolidoro, op.ult.loc.cit.

<sup>13</sup> Cfr. artt. 2327, 2446 e 2447 c.c.: così Portale, op. ult. loc.cit.

proprio costituito dai conferimenti stessi<sup>14</sup>. Ciò comporta che la disciplina dei conferimenti ha uno stretto legame con le regole del capitale, perché garantisce che al capitale nominale corrispondano all'attivo entità economiche che abbiano almeno lo stesso valore e che abbiano determinate caratteristiche qualitative.

Ma prima di analizzare quest'ultima osservazione (in connessione anche con il problema della funzione del capitale sociale) , mi preme discutere la prima affermazione piuttosto diffusa nella manualistica secondo cui il capitale nominale coincide inizialmente con il valore dei conferimenti.

Essa è sicuramente vera nella disciplina del capitale delle società personali, in particolare della s.n.c.<sup>15</sup>: le uniche regole che riguardano il capitale sono dettate agli artt. 2303 e 2306 c.c.. La prima stabilisce che se risultano perdite, non possono essere distribuiti utili se il capitale non è ridotto o reintegrato in maniera corrispondente; la seconda limita la riduzione del capitale con rimborso patrimoniale ai soci, subordinandolo all'opposizione dei creditori.

Le norme delineano tanto la funzione organizzativa e valutativa dell'attività, quanto quella di immobilizzazione di parte dell'attivo; ma nell'atto costitutivo di s.n.c. (cfr. art 2295 c.c. e per espresso rinvio anche di s.a.s. cfr. art. 2315 c.c.) non è prevista alcuna indicazione del capitale sociale, mentre al n. 6 del citato art. 2295 c.c. il legislatore impone la menzione del valore dei conferimenti: da ciò si può evincere

---

<sup>14</sup> Campobasso, Diritto commerciale 2. Diritto delle società, Torino, 2002, 7-8, nota 2; Jaeger Denozza, Appunti di diritto commerciale, Impresa e società, Milano, 2000, 126 e ss;Pescatore, in AA. VV., Istituzioni di diritto commerciale, a cura di Buonocore, Torino 2003, 144.

<sup>15</sup> Sulla rilevanza del concetto di capitale nelle società di persone cfr. Di Sabato, Capitale e responsabilità interna nelle società di persone, Milano, ristampa, 2005.

che il capitale sociale nominale coincide con tale valore, mentre il capitale reale è composto dai conferimenti<sup>16</sup>.

La medesima considerazione non vale per le società di capitali e ciò lo si evince con chiarezza proprio dalla disciplina della s.r.l. : il primo comma dell'art. 2464 c.c., infatti, richiede che l'ammontare globale dei conferimenti non sia inferiore al capitale sociale; nulla impedisce che possa essere superiore<sup>17</sup>.

La validità di questa conclusione è proprio confermata dalla disciplina del versamento dei conferimenti in danaro, che anche in sede di costituzione consente la fissazione di un sopraprezzo da versarsi per intero<sup>18</sup>: anche tale versamento può essere sostituito da fideiussione bancaria o polizza assicurativa.

Sicché è possibile concludere che il valore dei conferimenti può per scelta dei soci essere superiore al capitale nominale, mediante sopraprezzo anche in sede di costituzione e che la garanzia può essere destinata anche a copertura del versamento del sopraprezzo oltre che del capitale.

Ciò non toglie che, comunque, il capitale iniziale ha un rapporto necessario con i conferimenti, nel senso che essi, in tutto o in parte, formano il capitale reale ed il loro valore non può essere inferiore al capitale nominale.

Forse si può dire che il valore del capitale sociale nominale è il *prius* logico da fissare nelle società di capitali. Esso deve essere coperto mediante i conferimenti che, in

---

<sup>16</sup> Di Sabato, op.cit., 113 ritiene che il capitale come misuratore del valore dei conferimenti sia essenziale per la sua funzione di misurazione del lucro oggettivamente considerato

<sup>17</sup> La considerazione è confermata dal Portale, op. ult. loc. cit., il quale ritiene di aggiungere che il sopraprezzo è espressamente consentito anche in caso di conferimento in natura, in quanto l'esperto deve attestare solo che il valore del conferimento non è inferiore al capitale assegnato a fronte di esso; peraltro è anche consentito dall'art. 2343 c.c. che vi siano minusvalenze del conferimento nei limiti di 1/5 del valore attribuito a capitale.

<sup>18</sup> Sulla portata generale della norma e la sua estendibilità anche alle società di capitali, cfr Bertolotti, op.ult.loc.cit in nt.2

manca di diversa disposizione nell'atto costitutivo, devono effettuarsi in danaro, ma in ogni caso devono almeno coprire il valore del capitale sociale nominale.

La nuova disciplina della s.r.l. già, dunque, chiarisce il rapporto in termini di valori tra i conferimenti ed il capitale, escludendo una necessità di coincidenza.

Essa, però, permette una valutazione anche di alcuni dei concetti fondamentali relativi al capitale sociale e della loro compatibilità in particolare con le ipotesi di conferimenti garantiti da polizza assicurativa o fideiussione bancaria.

#### a) INTEGRITÀ ED EFFETTIVITÀ DEL CAPITALE GARANTITO

Abbiamo già accennato alla rilevanza che nella stessa legge delega rivestono i principi di integrità ed effettività del capitale sociale, che dovrebbero sottendere anche la nuova disciplina dei conferimenti in s.r.l.: invero questa disciplina modifica molto la portata dei principi nella società a responsabilità limitata.

**Per integrità del capitale sociale** si intende quanto previsto sia nell'art. 2346 c.c. che nell'art. 2464 c.c.: l'ammontare dei conferimenti non deve essere di valore inferiore al capitale sociale<sup>19</sup>. Se per i conferimenti in danaro ciò non comporta problemi eccessivi di copertura del capitale sociale, che è appunto espresso in termini monetari in modo da consentire un immediato confronto col valore dei conferimenti, maggiori inconvenienti comportano i conferimenti che la direttiva comunitaria definisce non in contanti.

La valutazione di tali conferimenti è assoggettata, perciò, ad un rigoroso procedimento di stima nella s.p.a., che è notevolmente semplificato nella s.r.l..

---

<sup>19</sup> Sul concetto di integrità del capitale sociale si leggano le riflessioni di Olivieri, op. cit. in nt. 6, 152 e ss sul rischio di divergenze tra realtà contabile ed economica del capitale sociale.

L'integrità del capitale sociale tutela in special modo l'interesse dei terzi che hanno intenzione di contrarre con la società, vantando in virtù di tali contratti ragioni di credito. E', infatti, di immediata evidenza che essi credono di trovare nel patrimonio del debitore delle attività pressoché pari almeno al valore del capitale (ma sulle funzioni del capitale si veda meglio *infra*).

Orbene i conferimenti d'opera non sono di facile valutazione e, come si avrà modo di dire più compiutamente nel terzo capitolo, la prestazione d'opera o di servizi di solito non è neanche iscritta all'attivo nel bilancio; inoltre, come si avrà modo di precisare è prestazione con maggiore probabilità di inadempimento e più difficile recuperabilità<sup>20</sup>. Ne risulta un rischio maggiore per l'integrità del capitale sociale rispetto alla disciplina della s.p.a..

L'integrità del capitale non è che l'immediata conseguenza della prima condizione per la costituzione richiesta dalla disciplina della s.p.a. (cfr. art. 2329 n. 1): la preventiva ed integrale sottoscrizione del capitale, cioè l'impegno dei soci di coprirlo con un valore patrimoniale almeno coincidente.

Il conferimento d'opera lascia al proposito dubbi relativamente alla copertura del valore di capitale: il legislatore ritiene di conservarne l'integrità mediante la garanzia di tale valore con polizza assicurativa o fideiussione bancaria.

In verità l'ordinamento accetta consapevolmente il rischio che fino all'escussione del tutto eventuale della garanzia, il capitale non sia integralmente coperto ; non a caso in dottrina si è parlato di un passaggio dal capitale sottoscritto al capitale assicurato<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Per le citazioni dottrinali a proposito cfr. capitolo 3 paragrafo 1.

<sup>21</sup> Portale, Dal capitale assicurato alle tracking stocks, in Riv. soc., 2002, 159 e ss.

Questo concetto di capitale assicurato riduce la portata del principio dell'integrità nella s.r.l., pure solennemente proclamato dal legislatore nella legge delega e nel primo comma dell'art. 2464 c.c.: il valore dei conferimenti d'opera, infatti, è di difficile determinazione ai fini della formazione del capitale.

Quest'osservazione incide anche su uno dei problemi che si affronterà in seguito, cioè quello dell'applicabilità del procedimento di stima ai sensi dell'art. 2465 c.c. al conferimento d'opera garantito: pare fin da ora potersi affermare, salvo, poi, provare più solidamente l'asserto, che il legislatore fonda la tutela dell'integrità sulla garanzia del valore del conferimento. Quando, perciò, si esaminerà il funzionamento della garanzia non si dovrà dimenticare che essa serve anche per coprire effettivamente il capitale sottoscritto dal socio d'opera.

Anche lo stesso concetto di **effettività del capitale sociale** è molto modificato dalla presenza dei conferimenti garantiti in s.r.l.

Per effettività del capitale sociale si intende la reale fruibilità dei conferimenti effettuati da parte della società e la più rapida acquisizione possibile di questi al capitale sociale<sup>22</sup>. Per i conferimenti in danaro ciò è connesso con l'immediato versamento del 25% di questi in perfetta aderenza alla direttiva comunitaria; per i conferimenti in natura nell'integrale liberazione del conferimento al momento della sottoscrizione del capitale<sup>23</sup>.

L'integrità garantisce alla società la presenza di un attivo patrimoniale; l'effettività che quest'attivo sia nella piena disponibilità della società; essa, inoltre, testimonia la

---

<sup>22</sup> Cfr Spolidoro, op. cit in nt. 10, 210; Olivieri, op. cit. in nt. 6, 29 e ss.

<sup>23</sup> Sul concetto di integrale liberazione come messa a disposizione del bene e rapporto con l'area del conferibile cfr. Olivieri, op.ult.loc.cit.; Miola, I conferimenti in natura, Trattato della società per azioni, cit. , vol 1\*\*\*, 75 e ss.

serietà dell'impegno dei soci: non basta solo promettere il conferimento, come è, invece, possibile nelle società di persone.

Orbene nella nuova s.r.l., invece, basta solo promettere il conferimento in danaro, non essendo necessario il versamento di una sua parte<sup>24</sup>. La sostituzione del versamento con la polizza assicurativa o la fideiussione bancaria rafforza la promessa ma non rende immediatamente disponibile attivo circolante da utilizzare nell'attività d'impresa: promessa garantita in luogo di esecuzione è, perciò, la nuova portata dell'effettività.

Ciò incide anche sulla funzione del capitale sociale, come si dirà meglio, e deve spingere l'interprete, in attesa del definitivo decreto del presidente del consiglio dei ministri, a suggerire al legislatore delle garanzie quanto più possibile vicino al vero e proprio versamento, cioè autonome dal rapporto garantito.

Ciò vale anche per il conferimento d'opera e servizi che per sua natura, a differenza degli altri conferimenti non in contanti, instaura un rapporto di durata tra socio e società e non può essere eseguito *uno actu*<sup>25</sup>: questa incertezza ed indisponibilità immediata sono temperate dalla presenza della garanzia.

L'effettività del capitale è, dunque, ormai nella s.r.l. anche la più rapida coercibilità della promessa mediante escussione della garanzia: non immediata disponibilità del conferimento, ma rapida possibilità di recuperarne il controvalore.

---

<sup>24</sup> Così con chiarezza anche Amatucci, op.ult.loc.cit., in nt. 2.

<sup>25</sup> Sulla possibilità di conferimenti d'opera uno actu si veda, però, l'opinione di Olivieri, op. cit. in nt.6, 51 e ss.

Ciò, però, riduce l'importanza nella s.r.l. di quella regola fondamentale delle società di capitali che è definita capitale sociale: si è detto che il capitale sociale nominale è una posta del passivo necessaria per vincolare una parte dell'attivo ad una disciplina.

La disciplina si concreta nell'impossibilità di restituire i conferimenti peraltro sanzionata penalmente (cfr. art. 2626 c.c.): la possibile mancanza di effettività rende la regola meno rilevante. Si pensi alla società a responsabilità limitata in cui non è versato alcunché, perché il capitale è integralmente composto di conferimenti in danaro e/o d'opera garantiti: non c'è alcunché da restituire ai soci, perché nulla è stato consegnato alla società.

Il capitale rimane regola dei risultati dell'attività, perché solo da un suo confronto col patrimonio netto risulteranno i risultati dello stato patrimoniale: utili o perdite del bilancio. Ma l'attivo iniziale a fronte del capitale è composto di soli crediti verso soci.

Rimane altresì il principio di non distribuire utili fittizi, rispetto al quale il capitale ha un ruolo centrale<sup>26</sup>.

Ma la possibilità di coprire il capitale solo con promesse, seppur garantite, permette (ferma restando la disciplina delle riserve) di distribuire tutto le attività conseguite che superino le passività: il capitale, infatti, coincide con il valore della lettera A) dell'attivo, cioè i crediti verso i soci per conferimenti.

---

<sup>26</sup> A conferma dell'impostazione nelle società personali di Di Sabato, op.ult.loc.cit.



Ciò a mio parere rende la disciplina del capitale della s.r.l. quasi un *tertium genus* tra la scarna disciplina della s.n.c. e s.a.s. e quella più garantistica della s.p.a. e della s.a.p.a..

La nuova disciplina dei conferimenti nell'ambito della s.r.l. ed in particolare il caso dei conferimenti in tutto o in parte garantiti mediante polizza assicurativa o fideiussione bancaria permette anche una rimeditazione di altri aspetti della disciplina del capitale sociale riassunti nelle frequenti classificazioni concettuali dell'istituto.

Si pensi alla distinzione tra **capitale sottoscritto, versato o deliberato**; oppure al concetto secondo cui il capitale sociale è un c.d. **capitale di rischio**.

#### b) IL CAPITALE VERSATO IN CASO DI CONFERIMENTI GARANTITI

La distinzione tra capitale sottoscritto e versato attiene al concetto già enucleato dell'effettività: nella disciplina delle società di capitali antecedente alla riforma la differenza riguardava esclusivamente i conferimenti in danaro<sup>27</sup> che erano fonte di un'obbligazione pecuniaria da eseguirsi solo in parte al momento della sottoscrizione del capitale (3/10 del conferimento oggi ridotti, in conformità al limite minimo della II Direttiva comunitaria in tema di s.p.a. al 25% del valore).

Ciò comporta che la posta passiva del capitale nominale non è coperta in *toto* con beni già acquisiti dalla società, ma anche con crediti verso soci: in tal caso si dice che il capitale sottoscritto non è integralmente versato. Ad esempio il capitale minimo di una srl pari a 10000 euro poteva essere versato solo nella misura di 3000 euro (oggi 2500), per cui in tal caso il capitale sottoscritto era 10000, quello versato 3000.

---

<sup>27</sup> A proposito cfr. Mignoli, op.ult.loc.cit. in nt. 11

Quando il capitale era ed è liberato mediante conferimenti in natura, l'obbligo di versamento integrale del conferimento contenuto attualmente agli artt. 2343 e 2464 c.c., impedisce una distinzione tra capitale sociale sottoscritto e versato, che necessariamente coincidono.

L'importanza del concetto di integrale versamento del capitale sociale ha una portata applicativa: esso è, infatti, il presupposto per l'aumento del capitale sociale (cfr. artt. 2438 e 2481 c.c.); il capitale versato, inoltre, con separata menzione rispetto al sottoscritto, deve essere indicato negli atti e nella corrispondenza della società (cfr. art. 2250 c.c.) .

La possibilità di sostituire il versamento del conferimento in danaro con garanzie bancarie ed assicurative e di garantire allo stesso modo i conferimenti d'opera e servizi pone il seguente problema: la parte garantita deve essere considerata versata o non?

La risposta negativa potrebbe sembrare la più immediata, ma le conseguenze pratiche sfiorano l'irragionevolezza: si pensi ad una s.r.l. con un socio d'opera che si impegna a prestare la sua attività per tutta la durata della società; in tal caso il capitale sociale non potrebbe mai essere aumentato, se si ritenesse che il conferimento d'opera non è versato con la sola garanzia<sup>28</sup>.

Non si può peraltro escludere a priori che il problema si presenti anche per i conferimenti in danaro, perché la garanzia potrebbe essere utilizzata per sostituire l'integrale versamento del conferimento: ciò sicuramente avviene nella s.r.l.

---

<sup>28</sup> Il problema è posto da Cerrato, in *Il nuovo diritto societario*, cit. in nt.1, 1956

unipersonale (in presenza dell'obbligo di versamento integrale del conferimento in danaro) ma, come si avrà modo di vedere in seguito, anche in caso di pluralità dei soci non si può escludere per il tenore letterale della norma che la garanzia sostituisca l'integrale versamento dei conferimenti in danaro.

Si potranno in tal caso effettuare aumenti del capitale, senza chiedere al socio di sostituire la garanzia con l'integrale versamento?

La mia risposta è positiva per quanto detto precedentemente: nella s.r.l. effettività non significa necessariamente versamento, ma anche promessa garantita e questa conclusione vale a tutti gli effetti. In particolare a mio parere negli atti e nella corrispondenza (cfr. art. 2250 c.c.) il capitale sociale garantito può essere definito versato; e si può effettuare un aumento del capitale sociale in presenza di conferimenti garantiti<sup>29</sup>.

Ciò, però, non significa che nello stato patrimoniale della società non si inseriscano nell'attivo patrimoniale i corrispondenti crediti verso i soci, né che la garanzia abbia natura solutoria: il problema della rappresentazione contabile dei conferimenti garantiti è di estremo interesse e verrà trattato nei successivi capitoli<sup>30</sup>, ma sin d'ora mi sembra di poter affermare che considerare versato ai fini dell'art. 2481 c.c. il capitale "assicurato" prescinda dall'appostamento contabile dei relativi conferimenti. In ogni caso bisogna che i terzi abbiano una chiara rappresentazione della copertura del capitale differente rispetto agli altri casi in cui il versamento si concreta in poste attive nelle immobilizzazioni, nei crediti o nell'attivo circolante.

---

<sup>29</sup> Così anche Cerrato, op.ult.loc.cit, che fa riferimento alla similitudine col conferimento di crediti che libera il capitale anche se il credito non è ancora riscosso.

<sup>30</sup> Vedi in particolare capitolo secondo paragrafo 3 lett A).

### c) IL CAPITALE DELIBERATO E CONFERIMENTI GARANTITI

La possibilità di aumentare il capitale sociale durante la vita della società mediante deliberazione assembleare permette di introdurre un'ulteriore distinzione tra capitale deliberato e sottoscritto. Comunque si configuri la delibera di aumento (proposta di concludere un contratto di sottoscrizione; ovvero modalità di aprire a nuova adesione il contratto di società ex art. 1332 c.c.<sup>31</sup>) la fattispecie dell'aumento del capitale non si perfeziona se non vi è l'adesione dei sottoscrittori. La parte di capitale di cui è stato deliberato l'aumento ma che non è stata sottoscritta da soci viene definita capitale deliberato: ad esempio se il capitale di 10000 euro di una s.r.l. viene aumentato a ventimila fino a quando non interverranno sottoscrizioni del nuovo capitale, il capitale deliberato è pari a 20000, mentre quello sottoscritto è pari a 10000.

Mentre nella s.p.a. e nella vecchia disciplina della s.r.l. le modalità di sottoscrizione del capitale deliberato erano univoche (versamento di almeno una parte del conferimento in danaro ovvero, in caso di previsione nella delibera, liberazione mediante integrale versamento di conferimenti in natura), nella s.r.l. al versamento del conferimento in danaro può essere sostituita la garanzia bancaria o assicurativa.

La scelta di copertura del capitale deliberato è del tutto libera solo se nella delibera di aumento non è previsto diversamente: dispone, infatti, l'art. 2481 bis, al secondo comma, che la deliberazione deve specificare le modalità di esercizio del diritto di sottoscrizione dell'aumento da parte dei soci e le modalità di sottoscrizione da parte

---

<sup>31</sup> Ci si riferisce alla differenza tra l'impostazione tradizionale che considera l'aumento di capitale una proposta di contratto di sottoscrizione (cfr. per tutti Belviso, *Realità e con sensualità nel contratto di sottoscrizione delle azioni di nuova emissione*, in *Giur. comm.*, 1981, 319 e ss. ove ulteriori citazioni) e quella innovativa di Ginevra, *Sottoscrizione e aumento di capitale sociale nelle s.p.a.*, Milano, 2001 che interpreta la sottoscrizione come adesione ad un contratto aperto.

dei terzi, ove consentito dallo statuto (cfr. art. 2481 bis, primo comma, c.c.) e dalla deliberazione stessa.

Capitale deliberato nella s.r.l. significa, dunque, anche individuare le modalità con cui può essere eseguita la sottoscrizione, ivi compreso se consentire nuovi conferimenti d'opera o servizi da garantire o conferimenti in danaro garantiti.

In mancanza si applicherà il quarto comma dell'art. 2481 bis che rinvia alla disciplina dell'art. 2464 c.c. secondo cui il socio può liberamente sostituire al versamento in danaro la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa.

Altro concetto che riguarda la nozione di capitale sociale è quello di capitale esistente, che attiene all'incidenza delle perdite sul capitale. Anche esso è da integrare in relazione al caso dei conferimenti garantiti, ma la valutazione del calcolo delle perdite richiede un esame più approfondito del problema della contabilizzazione dei conferimenti in esame, per cui se ne tratterà nei prossimi capitoli.

#### d) CAPITALE DI RISCHIO

Il capitale sociale viene anche definito come capitale di rischio<sup>32</sup>: non esiste, infatti, un diritto soggettivo alla restituzione di quanto conferito; in particolare in presenza di perdite che intacchino il capitale sociale i soci potrebbero vedersi non restituire i conferimenti in tutto o in parte. Essi, perciò, sopportano il rischio delle perdite, in quanto oltre a non veder remunerato il capitale investito rischiano anche di non vederlo più tornare indietro!

---

<sup>32</sup> Su questo concetto cfr. Spolidoro, op.ult.loc.cit.

In caso di conferimenti in danaro garantiti il rischio non è tanto quello di una mancata restituzione (essi, infatti, possono anche non essere versati fino al verificarsi della situazione di crisi), ma che la società sia costretta ad escutere la garanzia, chiedendo il pagamento del conferimento alla banca o alla società assicuratrice. In tal caso esse agiranno in rivalsa nei confronti del socio che subirà una perdita patrimoniale.

Sul meccanismo di sopportazione del rischio da parte del socio d'opera si deve rinviare al terzo capitolo, dove si tratteranno più compiutamente il problema della partecipazione alle perdite da parte di questo e l'annosa questione del rimborso del conferimento.

### *3. LA FUNZIONE DI GARANZIA DEL CAPITALE SOCIALE ED I CONFERIMENTI GARANTITI*

Si è già evidenziato che il capitale sociale nominale è posta del passivo che permette di immobilizzare una quota dell'attivo per applicarvi una disciplina di indistribuibilità.

Molto discussa è la funzione della scelta del legislatore italiano ed in genere di tutti gli ordinamenti continentali, rinforzata dai principi delle direttive comunitarie in materia societaria. Perché immobilizzare una parte dell'attivo mediante l'istituto del capitale sociale?

La disciplina dei conferimenti è centrale nell'individuare lo scopo dell'istituto, attesa la sua rilevanza nella iniziale formazione del c.d. capitale reale. La nuova disciplina dei conferimenti nella s.r.l. è, perciò, un'occasione per vagliare le tradizionali tesi sulle funzioni del capitale sociale, considerato il collegamento, confermato anche nella legge delega della riforma societaria, tra disciplina dell'entità conferibili e principi dell'integrità ed effettività del capitale sociale.

Una delle tesi più rilevanti sulla funzione del capitale sociale riconduce l'istituto e le regole per la sua formazione ad una garanzia per i creditori sociali<sup>33</sup>.

In particolare il legislatore con il capitale sociale avrebbe voluto "riservare" ai creditori una parte indistribuibile del patrimonio: le regole relative ai conferimenti

---

<sup>33</sup> La tesi è tradizionalmente attribuita a Simonetto soprattutto nelle due monografie *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, 311 e ss e *I bilanci*, Padova, 1967, 227 e ss.

costringerebbero i soci a formare questa parte con beni aggredibili dai creditori, su cui costoro possano far valere le loro pretese.

Il nucleo argomentativo di questa tesi si fonda sulla innegabile differenza di disciplina tra società di persone e di capitali nella materia in esame.

Nelle prime è conferibile ogni bene e servizio e manca una disciplina di limitazione in merito o che garantisca l'integrità ed effettività del capitale sociale. Nelle società di capitali, invece, la disciplina dei conferimenti è più dettagliata e garantisce che vi sia un reale patrimonio a fronte del capitale sociale e che una parte sia definitivamente acquisita alla società.

Secondo la tesi della funzione garantistica del capitale sociale questa regolamentazione è connessa alla mancanza di responsabilità illimitata dei soci: manca il patrimonio dei soci su cui rifarsi, per cui il legislatore deve garantire che i creditori trovino un patrimonio sociale adeguato per soddisfarsi e stabilisce regole che i soci e gli amministratori devono rispettare a tal fine.

Il principio generale del nostro ordinamento in tema di responsabilità per debiti dettato nell'art. 2740 c.c. sancisce che il debitore risponda dei debiti con tutto il suo patrimonio. La costituzione di una società di capitali consente ai soci di non rispondere con il proprio patrimonio di obbligazioni assunte nel loro interesse, costituendo un ente che diventi debitore ed abbia una propria personalità giuridica; il legislatore permette questa limitazione di responsabilità (cfr. art. 2740, secondo comma, c.c.), purchè sia formato un patrimonio dell'ente debitore che possa



soddisfare le pretese dei creditori e che non possa essere riacquisito al patrimonio individuale dei soci: ciò spiegherebbe la regola del capitale sociale.

Questa impostazione, che non manca di persuasività e rafforza con solida e coerente ricostruzione una risalente tradizione dottrinale<sup>34</sup> relativa all'istituto del capitale sociale, attribuisce notevole importanza al concetto di capitale reale: esso non sarebbe una quota ideale dell'attivo patrimoniale composta da beni qualsiasi; si richiederebbe, invece, che sia sempre formato da beni suscettibili di esecuzione forzata, a garanzia dei creditori.

La tesi troverebbe, secondo quest'impostazione dottrinale, conferma nella disciplina del bilancio e del meccanismo dell'imputazione delle perdite, con modalità che non si possono illustrare in dettaglio senza deviare troppo dall'argomento del lavoro<sup>35</sup>.

E' noto come proprio questo punto è stato oggetto di puntuali ed aspre critiche: in particolare si è evidenziato che non esistono regole che vietino agli amministratori di utilizzare i conferimenti per acquisire beni non espropriabili e che molti di essi possono essere iscritti all'attivo del bilancio, senza perciò che tali acquisti si traducano in una perdita contabile. Il capitale, perciò, garantirebbe l'esistenza di un attivo, ma non la sua espropriabilità<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Vedi nel vigore del codice abrogato Vivante, Trattato di diritto commerciale, Torino, 1903, vol II, 192; Calandra, Le società commerciali, Bologna, 1942, 128 e ss.

<sup>35</sup> Una particolare modalità di contabilizzazione dovrebbe riguardare il capitale reale cfr. Simonetto, I bilanci, op.ult.loc.cit. che, in mancanza di un'aggregabilità dei beni che lo compongono non potrebbe essere iscritto con conseguenti perdite per la società.

<sup>36</sup> Così senza dubbio Di Sabato, op. cit. in nt. 14, 86 e ss; Portale, op. cit. in nt. 10, 15 e ss.; Campobasso, op. ult.loc.cit. in nt 14; Pisani Massamormile, op. cit. in nt. 6, 11 e ss; Miola, op. cit. in nt.6, 47 e ss e molti altri ivi citati; per un'impostazione diversa della tesi di garanzia si veda infra la tesi di Olivieri: op. ult. loc. cit. in nt. 6. Sono per una tesi mista tra produttività e garanzia Tantini, op. ult. loc. cit in nt 10 che parla sia di produttività che di cauzione; D'Alessandro, in AA. VV., Diritto commerciale, Bologna, 1999, 182 che parla di profilassi del dissesto.

Queste argomentazioni colgono nel segno evidenziando la parte debole della tesi della funzione di garanzia del capitale sociale, ma non si fanno carico di spiegare il punto di partenza della tesi, cioè la differenza di disciplina tra società di persone e società di capitali. Essa, infatti, non viene giustificata dalle altre funzioni ricondotte all'istituto del capitale, che si esamineranno in seguito.

In ogni caso, però, il compito che ci si propone è quello di valutare la tesi della funzione garantistica alla luce della nuova disciplina dei conferimenti di s.r.l. ed, in particolare, della facoltà del socio di effettuare conferimenti in danaro, senza versarne parte alla società e/o di effettuare conferimenti d'opera o servizi.

Orbene per quanto si è detto sinora la disciplina non conferma la tesi della funzione di garanzia del capitale reale: è vero che il riferimento alla necessità di garanzie bancarie ed assicurative sembra legare con la tesi garantistica dell'istituto; ma tali garanzie non sono a favore dei creditori, bensì della società; anzi pare a chi scrive che esse consentano di svolgere l'attività senza un patrimonio aggredibile da parte dei creditori, ma composto solo di crediti nei confronti dei soci.

Com'è noto, infatti, l'opera ed il servizio non sono suscettibili di esecuzione forzata e, proprio in ragione di ciò, la tesi in esame ne giustificava l'esclusione dalle entità conferibili nelle società di capitali: la loro conferibilità in s.r.l. è un duro colpo alla tesi della funzione di garanzia del capitale in questo tipo sociale. Anche la mancanza del versamento iniziale di parte dei conferimenti in danaro priva il patrimonio sociale

della liquidità necessaria per soddisfare i creditori che poteva ricondursi alla tesi della funzione di garanzia<sup>37</sup>.

Nella s.r.l., come nelle società di persone, si può cominciare l'attività con un patrimonio non aggredibile, solo "promesso" dai soci.

Questa promessa, però, a differenza delle società personali, deve essere garantita da una fideiussione bancaria o da polizza assicurativa: la garanzia non costituisce un bene aggredibile dai soci, ma permette, comunque, di ridare alla disciplina del capitale sociale un legame anche alla tutela dei creditori della società, qualora si intenda diversamente la funzione di garanzia del capitale sociale.

In effetti la dottrina prevalente<sup>38</sup> è riuscita facilmente, come detto, ad evidenziare alcune incongruenze della tesi della funzione di garanzia del capitale.

In particolare la presunta aggredibilità del capitale reale non trova alcun riscontro né nella normativa dei conferimenti né in quella del bilancio, a meno di forzare l'interpretazione della disciplina in materia.

Meno netta è l'impostazione di altra dottrina<sup>39</sup> che allo scopo di riaffermare la funzione di garanzia del capitale sociale ha assunto una posizione meno rigida che sfuma le tesi della dottrina tradizionale: la funzione di garanzia consisterebbe nel consentire che il capitale reale formato dai conferimenti iniziali sia composto di beni dotati almeno del requisito della recuperabilità.

---

<sup>37</sup> L'unica forma di tutela che rimane ai creditori sociali è un'azione surrogatoria nell'escussione della garanzia, qualora la società rimanga inerte: cfr. capitolo secondo paragrafo 4 lett. a).

<sup>38</sup> Vedi autori citati in nota 35.

<sup>39</sup> Olivieri, op. cit. in nt. 6, 63 e ss.

Il concetto trova il suo fondamento storico nei lavori preparatori alla II direttiva comunitaria in materia di s.p.a., dove emerse che la disciplina di limitazione dell'entità conferibili dovesse avere la funzione di garantire che a fronte del capitale vi siano in ogni caso beni il cui valore è recuperabile con alienazione sul mercato.

La dottrina in esame precisa che esistono quattro diverse tipologie di beni in relazione alla soddisfazione delle pretese creditorie: a) beni suscettibili di esecuzione forzata, il cui valore è recuperabile dai creditori anche senza la cooperazione del debitore, attraverso l'azione esecutiva individuale; b) beni non espropriabili se non nell'ambito di una procedura concorsuale che riguarda tutto il patrimonio del debitore, perché alienabili in blocco con il complesso aziendale (marchi, brevetti ed altri diritti di privativa): in tal caso il creditore può soddisfarsi senza la cooperazione del creditore su tali beni, solo provocando la dichiarazione di fallimento (ovvero altra procedura concorsuale) e, dunque, subendo il concorso degli altri creditori e la relativa falcidia della pretesa; c) beni il cui valore è recuperabile solo mediante alienazione volontaria da parte del debitore (si pensi al know-how, alle tecniche industriali etc): per questi beni la soddisfazione del ceto creditorio passa per la scelta volontaria del debitore di monetizzarli attraverso l'alienazione. Questa scelta in assenza di altre risorse per far fronte alle passività è opportuna da un punto di vista economico e forse doverosa per gli amministratori da un punto di vista giuridico (nel senso che in mancanza di alienazione se ne può invocare la responsabilità); d) beni il cui valore non è in alcun modo recuperabile, come le prestazioni d'opera o di servizi.

Orbene il legislatore in conformità della direttiva comunitaria vorrebbe semplicemente garantire che il capitale sociale sia formato con beni che siano recuperabili, anche se con le modalità meno sicure per i creditori, cioè quelle di cui alla lettera c) del precedente elenco.

Gli unici beni, perciò, che non sono assoggettabili a conferimento sono quelli di cui alla lettera d), in quanto del tutto insuscettibili di alienazione: i creditori, perciò, non potrebbero neppure indirettamente essere tutelati dalla presenza di questi beni nel patrimonio sociale. Anche se la società volesse cooperare con i creditori trasformando quei beni per soddisfarli, sarebbe impossibilitata dalla loro natura di beni inalienabili.

E' evidente che il problema riguarda soprattutto le prestazioni d'opera o servizi, che pur arrecando vantaggio all'attività produttiva non presentano al contempo alcuna utilità per i creditori<sup>40</sup>.

Il legislatore doveva contemperare due distinti interessi: da un lato l'esigenza della società di acquisire tutte le tipologie di beni o servizi (cfr. art. 2247 c.c.) che fossero utili all'esercizio dell'attività d'impresa; d'altro canto l'interesse dei creditori, vista la limitazione di responsabilità esistente nelle società di capitali, di avere un patrimonio su cui soddisfare le loro pretese. Le esigenze di produttività, secondo questa tesi, hanno prevalso sulla tutela del ceto creditorio, senza, però, sacrificarlo, del tutto: il capitale reale non deve necessariamente essere composto di beni aggredibili dai

---

<sup>40</sup> Sulle ragioni del divieto di conferimento d'opera e servizi di cui all'art. 2342 c.c. si veda meglio capitolo terzo paragrafo 1.

creditori, basta che tutti i conferimenti siano beni che, alienati volontariamente, garantiscano un recupero del loro valore.

Anche l'effettività dei conferimenti in natura, intesa come necessaria liberazione integrale, avrebbe la stessa funzione: solo se il bene è nella piena disponibilità della società può essere alienato facilmente e ne può essere recuperato il valore.

Da questo punto di vista può essere più chiaro come la disciplina nuova della s.r.l. sia un diverso modo per coniugare la funzione di garanzia del capitale (nella direttiva si parla di conservarne l'integrità e l'effettività) con l'esigenza di permettere alla società di acquisire ogni elemento utile all'attività sociale: è il tentativo di rendere recuperabile un bene che per sua natura non lo è, cioè la prestazione d'opera o di servizi.

Accompagnando, infatti, il conferimento d'opera con una garanzia bancaria ed assicurativa del suo valore, il legislatore ha inteso renderlo trasformabile in danaro per il caso in cui questo valore non sia recuperabile (inadempimento del conferimento o insolvenza della società prima dell'adempimento totale): il compito che ci proponiamo è quello di spiegare fino a che punto è garantita questa ricuperabilità, nonché in che tempo e con quali modalità essa si attua.

Bisogna, però, riconoscere che, anche se non del tutto estraneo a questa prospettiva, meno riconducibile ad essa è il caso della sostituzione del versamento del conferimento in danaro con garanzie autonome.

In ogni caso anche questa impostazione della funzione di garanzia del capitale sociale è stata molto criticata in dottrina<sup>41</sup>.

In particolare il fondamento normativo del concetto di recuperabilità, che ne è il nucleo portante, è venuto meno, atteso che l'indicazione dei lavori preparatori che richiedeva per i conferimenti questa caratteristica non è stata trasfusa né nell'articolato della direttiva né nei c.d. consideranda e, perciò, rimane nelle intenzioni non codificate del legislatore storico<sup>42</sup>.

Rimane, dunque, necessario esaminare le altre funzioni che in dottrina sono state ricondotte all'istituto del capitale sociale per vedere fino a che punto esse siano confermate dalla disciplina dei conferimenti in materia di s.r.l..

---

<sup>41</sup> In particolare Portale, op. cit. in nt. 10, 24 nota 38 dà diverse spiegazioni del divieto del conferimento d'opera e di servizi (vedi capitolo terzo) e illustra gli inconvenienti della tesi per il caso del conferimento d'azienda o della fusione.

<sup>42</sup> Così Pisani Massamormile, op. cit. in nt. 6, 66.

#### 4. LE ALTRE FUNZIONI DEL CAPITALE SOCIALE E LA DISCIPLINA DEI CONFERIMENTI IN S.R.L.

La funzione di garanzia del capitale sociale è stata molto criticata dalla dottrina prevalente nella convinzione che l'importanza dell'istituto non consistesse in una disciplina della formazione del capitale reale, bensì nel concetto di capitale nominale. Questa posta del passivo avrebbe la funzione di creare un surplus di attivo indisponibile, per evitare che la società sia manchevole di mezzi propri per esercitare l'attività d'impresa<sup>43</sup>.

Si tratta della c.d. funzione produttivistica del capitale sociale: affinché le società di capitali riescano ad esercitare la propria attività si richiede che siano dotate di mezzi sufficienti<sup>44</sup>. Questa, all'inizio dell'attività, è la funzione dei conferimenti, come d'altro canto risulta limpidamente dalla nozione di società di cui all'art. 2247 c.c..

Se, però, l'attività deve essere continuata, la necessità di mezzi perdurerà per tutta la durata della società: non si tratta necessariamente degli stessi mezzi attribuiti mediante conferimenti, ma di una parte del patrimonio il cui valore è inizialmente scelto dai soci e coperto con i conferimenti.

La funzione del capitale sociale è proprio consentire che la società sia sempre dotata di queste ricchezze: è il c.d. principio di fissità del capitale sociale<sup>45</sup>, per cui una volta

---

<sup>43</sup> Portale, op. cit., 24.

<sup>44</sup> Portale, op. cit. in nt. 10, 15 e ss.; Campobasso, op. ult.loc.cit. in nt 14; Pisani Massamormile, op. cit. in nt. 6, 11 e ss; Miola, op. cit. in nt.6, 47 e ss e molti altri ivi citati.

<sup>45</sup> Sul rapporto tra la fissità del capitale sociale e la variabilità del netto cfr. Colombo, Il bilancio e le operazioni sul capitale, in Giur. comm., 1984, I, 841 e ss; Id., Il bilancio d'esercizio, in Trattato delle società per azioni, cit., 7\*, 360 e ss.



determinato, esso, salva modificazione dell'atto costitutivo, non può essere cambiato e vincola parte dell'attivo alla società rendendolo indisponibile.

L'importanza della funzione produttivistica è testimoniata anche dalla storia dell'istituto. Il termine capitale non è casuale e si riaggancia alla nozione generale individuata con questa parola: ricchezza investita per averne una remunerazione<sup>46</sup>.

Nel nostro codice civile il termine è usato in questa accezione in molti casi ed inizialmente conservava questo senso anche per i soci che partecipassero alle Compagnie del XVII secolo che facevano affari di tipo mercantile, dotati della personalità giuridica per decreto pubblico<sup>47</sup>.

I soci investivano nella Compagnia e dopo un certo periodo di tempo previsto nell'accordo relativo all'investimento, qualora l'affare fosse andato a buon fine, potevano richiedere indietro il *capitale* investito più la parte degli utili realizzati loro spettante.

In Francia già in alcuni casi si stabiliva per il buon funzionamento delle Compagnie, allo scopo in particolare di garantire loro una lunga durata e lo svolgimento di una pluralità di affari, *fonds perpetual*, cioè capitali che non potessero essere restituiti per tutta la durata della compagnia; ciò comportò, tralaltro, che la remunerazione dell'investimento avvenisse a scadenze periodiche e non alla fine dell'affare: nacque così anche la distribuzione degli utili al termine dei singoli esercizi.

In Germania fino all'inizio del XIX secolo le province prussiane autorizzavano solo compagnie destinate a singoli affari, alla cui scadenza gli investitori ottenevano, in

---

<sup>46</sup> Così Spolidoro, op.ult.loc.cit., in nt. 10.

<sup>47</sup> Le notizie storiche sono in Portale, op. cit. in nt. 10, 11 e ss. ove citazioni sulla letteratura straniera a proposito.

caso di successo dell'iniziativa, il rimborso del capitale più la remunerazione: non esistevano né capitale fisso, né utili e la remunerazione dell'investitore avveniva solo al termine dell'affare con la quota di liquidazione.

La necessità di organismi produttivi più stabili e presenti in molti rami dell'economia della nazione rese necessario anche in Germania l'istituto del capitale fisso: capitali investiti per lunghe durate e più affari che non si potevano chiedere in restituzione alla società; fermo restando il diritto di ottenere remunerazioni periodiche dell'investimento, ove si producessero utili.

Solo alla fine del 1800 in Europa (ivi compreso nel nostro Paese mediante il codice di commercio del 1882) si adottò il criterio contabile del capitale sociale nominale per garantire la fissità del capitale: si è inserita al passivo la posta del capitale sociale per evitare la distribuzione ai soci dei mezzi patrimoniali investiti e garantire un surplus di attivo nelle società per l'esercizio dell'attività d'impresa.

Con l'inserimento del capitale al passivo si comincia a delineare anche quella funzione su cui tutta la dottrina è tendenzialmente concorde: il capitale sociale – come disse Vivante<sup>48</sup> – è moderatore legale e contabile della vita sociale; esso determina in questa sua visione regolatrice quale è il massimo degli utili che si possono ripartire (cfr. art. 2433 c.c.); quale deve essere l'ammontare delle riserve (art. 2430 c.c.); quando si deve procedere allo scioglimento della società (cfr. art. 2484 n. 4 c.c.) o quando deve modificarsi lo statuto a causa delle perdite sofferte (artt. 2446 e 2447 c.c.).

---

<sup>48</sup> Vivante, op. cit., 192

In qualche modo, come è stato puntualmente osservato, il capitale si pone anche come criterio di regolazione dei conflitti dei soci, in quanto alcuni diritti fondamentali di questi sono proporzionati sul capitale posseduto da ciascuno di essi: il diritto agli utili, il diritto di voto ed il diritto d'opzione<sup>49</sup>.

E' evidente che questa scelta legislativa ha, perciò, una tradizione storica che trova la sua origine nel garantire investimenti stabili nelle società di capitali: i sostenitori della tesi della funzione produttivistica del capitale sociale sottolineano che in questo modo l'istituto è volto a creare un giusto equilibrio tra mezzi propri e mezzi di terzi, che è il solo a garantire la stabilità finanziaria delle società di capitali e, dunque, i diritti dei creditori.

La funzione di garanzia del capitale sarebbe, perciò, solo supplementare, cioè legata al razionale svolgimento dell'attività sociale in virtù del moderatore legale e contabile rappresentato da questo istituto, non in ragione di particolari regole di formazione del c.d. capitale reale<sup>50</sup>.

La logica portata di questa tesi sulla funzione del capitale è la necessità che il capitale sociale sia l'istituto che garantisca la congruità dei mezzi patrimoniali per il raggiungimento dello scopo che i soci si propongono; come per gli enti del primo libro del codice civile questa congruità è necessaria e viene controllata in sede di riconoscimento così il capitale sociale scelto dai soci dovrebbe garantire un corretto perseguimento dell'oggetto sociale<sup>51</sup>. Anche l'immediata liberazione di tutto o parte

---

<sup>49</sup> Campobasso, op.ult.loc.cit

<sup>50</sup> Così in particolare Ferrara-Corsi, Gli imprenditori e le società, Milano 2001, 254 nt.5.

<sup>51</sup> Su questa logica conclusioni si veda Portale, op. cit., p. 63 e ss.

del conferimento ha la funzione di dotare la società di mezzi immediatamente disponibili per il raggiungimento dello scopo sociale.

La tesi della c.d. funzione produttivistica è sicuramente in dottrina la tesi preferita dagli interpreti<sup>52</sup>; in particolare, oltre alle ragioni storiche a suo fondamento, trova conferma in una puntuale critica della funzione di garanzia. Manca secondo quest'impostazione una disciplina del capitale reale nel corso dell'attività, potendo i conferimenti essere investiti anche nell'acquisto di beni patrimoniali che neppure minimamente possano rappresentare garanzie per le pretese dei creditori. Il capitale, perciò, solo nella sua funzione di equilibrio tra mezzi propri ed altrui e nel rendere possibile la continuazione dell'attività garantisce indirettamente i creditori.

La tesi non riesce, però, a spiegare le differenze della disciplina dei conferimenti e della formazione del patrimonio rispetto alle società di persone: non si spiega, ad esempio, perché nelle società di capitali non siano conferibili tutti i beni o servizi ovvero sia richiesta in tutto o in parte l'immediata liberazione dei conferimenti. Questo non può non dipendere dalla mancanza della garanzia dei patrimoni dei soci illimitatamente responsabili ed, infatti, in giurisprudenza<sup>53</sup> questa è la spiegazione che viene fornita alla differenza di disciplina quasi tralaticciamente.

Inoltre la funzione produttivistica trova un limite enorme nella c.d. sottocapitalizzazione, cioè la tendenza delle società di capitali di utilizzare un capitale sociale ed un correlativo patrimonio esiguo per la tipologia dell'attività svolta: non è un caso che uno dei maggiori sostenitori della funzione produttivistica è anche coloro

---

<sup>52</sup> Vedi autori citati in nota 35 ove i riferimenti.

<sup>53</sup> Per una rassegna della giurisprudenza di merito cfr. Tantini, op.ult.loc.cit.

chi con coerenza si è battuti e si batte per un capitale sociale proporzionato al fine da perseguire e che da sempre ha proposto di sanzionare l'abusiva sottocapitalizzazione<sup>54</sup>.

Proprio nella s.r.l. si può dire che attualmente esiste una disciplina che tende a risolvere il problema dei finanziamenti dei soci (cfr. art. 2467 c.c.): non esiste, però, alcuna norma che obbliga i soci ad attribuire alla società mezzi adeguati allo svolgimento dell'attività, dotandola di un capitale dimensionato se del caso al disopra del minimo legale; o meglio la scelta dei mezzi da investire è espressione della libertà di iniziativa economica e, dunque, lasciata ai soci<sup>55</sup>.

L'entità minima del capitale sociale imposta per legge è del tutto inidonea a svolgere una funzione di adeguamento del patrimonio allo scopo sociale, servendo semmai ad orientare i soci nella scelta del tipo sociale<sup>56</sup>.

Tutte queste considerazioni hanno anche stimolato un dibattito sull'utilità del capitale sociale, soprattutto in ragione della disciplina di alcuni Stati americani che hanno eliminato il minimo del capitale sociale e garantito l'equilibrio tra mezzi propri e di terzi mediante una disciplina di limitazione della distribuzione degli utili e di utilizzo di coefficienti di bilancio (ratios), lasciando al mercato (ed ai creditori in particolare) il compito di saggiare la forza economica delle imprese<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Mi riferisco a Portale, op. ult. loc. cit.

<sup>55</sup> Così correttamente Di Sabato, *Manuale del diritto delle società*, Torino, 2004, 132; Campobasso, op.ult.loc.cit. in nt.6

<sup>56</sup> Su questo è d'accordo lo stesso Portale, op. cit., 26.

<sup>57</sup> Ci riferisce alla legge azionaria della California ed al Modern Business Corporation act ed alla relativa polemica sorta per il lavoro di Enriques e Macey, *Raccolta del capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in Riv. soc., 2002, 78 e ss cui ha replicato Denozza, *A che serve il capitale?*, in Giur. comm., 2002, I, 585.

Nel nostro ordinamento, dopo la più volte citata opzione comunitaria per l'istituto del capitale sociale e per una disciplina delle entità conferibili, non si può negare che il capitale rivesta o meglio dovrebbe rivestire una funzione centrale.

Bisogna, però, evidenziare che la disciplina dei conferimenti garantiti oggetto del nostro esame sembra depotenziare l'istituto nella s.r.l. e forse soprattutto la funzione produttivistica: in particolare il mancato versamento iniziale dei conferimenti, qualora riguardi tutti i soci, costringe la società ad ottenere capitale di prestito o a fare debito per esercitare l'attività; nell'ottica della funzione produttivistica, invece, il versamento dovrebbe proprio evitare ciò, consentendo alla società di "camminare anche sulle sue gambe".

Bisogna, però, di contro precisare che il conferimento d'opera garantito permette alle s.r.l. di acquisire prestazioni funzionali allo scopo sociale con maggiore sicurezza per il patrimonio della società. Da questo punto di vista è novità *lato sensu* riconducibile ad una funzione produttivistica.

In verità, ferma restando la fissità e l'indistribuibilità, che peraltro sono prerogative del capitale sociale anche nelle società di persone, la nuova disciplina dei conferimenti della s.r.l. si muove nello spirito del dibattito sulla funzione del capitale sociale, cercando di consentire un ampliamento delle entità conferibili che non vada a discapito delle suddette funzioni.

In particolare mi sembra che il legislatore voglia favorire l'acquisizione di ogni elemento utile per il raggiungimento dello scopo, ma al contempo consentirne la

ricuperabilità del valore al patrimonio tramite l'escussione della garanzia con le modalità che verranno esaminate in seguito.

Ed anche la sostituzione del versamento con la garanzia è un contemperamento rispetto alla funzione produttivistica: se è vero che manca il danaro nelle casse sociali la pronta reperibilità dovuta alle garanzie autonome (quasi ad esso parificabili, come si dirà in seguito) permette comunque alla s.r.l. di ottenere più facilmente credito sul mercato.

Il legislatore, perciò, non si è posto il problema con questa disciplina di prendere posizione sulla *querelle* della funzione del capitale, bensì di garantirne in qualche modo effettività ed integrità pure in presenza di una disciplina meno rigida dei conferimenti, che in sintonia con lo spirito complessivo della riforma di questo tipo sociale, rendesse la s.r.l. un'opzione intermedia tra le società personalistiche e quelle azionarie.

A mio parere, peraltro, bisogna anche tener presente il problema della connessione dell'istituto del capitale sociale con il rischio d'impresa, che torna in entrambe le teorie principali sulla funzione del capitale sociale.

Nella funzione di garanzia si è visto della centralità del concetto di capitale reale come patrimonio per i creditori, i quali sopportano il rischio della limitazione della responsabilità ma a fronte di ciò possono godere di un patrimonio formato da beni espropriabili o recuperabili su cui far valere le loro pretese.

Anche a proposito della funzione produttivistica si sostiene che solo un capitale adeguato all'attività svolta consente un giusto equilibrio tra rischio e benefici,

evitando che i rischi dell'attività ricadano sul mercato ed i benefici sull'imprenditore<sup>58</sup>.

La limitazione di responsabilità è una riduzione del rischio d'impresa che lo rende preventivabile: il capitale sociale ne impedisce l'annullamento e le regole di indistribuibilità e della riduzione per perdite rappresentano il rischio dell'imprenditore.

La disciplina dei conferimenti garantiti consente di limitare ulteriormente il rischio d'impresa iniziando l'attività senza esborsi patrimoniali. Non è, infatti, necessario versare danaro ed al limite si può conferire anche la propria attività lavorativa: ma il rischio d'impresa non è trasferito sul mercato e/o sui creditori, perché se l'attività non va bene la polizza potrebbe essere escussa e con la rivalsa del garante alla fine il rischio d'impresa viene tradotto sul socio.

Questo ragionamento sarà molto utile in particolare per il tentativo di spiegazione della disciplina del socio d'opera in s.r.l., in cui più si evidenzia il problema di conservare la funzione di rischio del capitale sociale.

Il capitale, inoltre, ha una funzione informativa<sup>59</sup>, testimoniata dalla necessaria menzione della sua entità e della parte versata negli atti e nella corrispondenza della società (cfr. art. 2250 c.c.), cui si aggiunge anche il c.d. campanello d'allarme delle riduzioni del capitale: la continua presenza di riduzioni testimonia, infatti, una situazione di difficoltà della società.

---

<sup>58</sup> Così Portale a proposito del sistema tedesco, op. cit., 48

<sup>59</sup> Evidenzia tale funzione soprattutto Spolidoro, op. cit. in nt. 10, 135



Nel caso dei conferimenti garantiti il problema principale che si pone a proposito è la menzione del capitale garantito: si è detto che è preferibile considerarlo versato, ma non sarebbe inopportuno specificare che il versamento è avvenuto mediante prestazione di garanzia (ad esempio con la seguente espressione: capitale sociale 10000 euro di cui versato 2500 euro mediante garanzia).

Sul problema di come la riduzione del capitale per perdite incida sulla disciplina della funzione di garanzia si dirà nei capitoli seguenti.

Un ultimo cenno va fatto ad una tesi minoritaria<sup>60</sup> secondo cui il capitale e la sua disciplina avrebbero la funzione di tutelare i futuri acquirenti delle partecipazioni sociali, in particolare sul mercato azionario.

La parzialità di questa prospettiva impedisce di considerarla corretta; essa, però, pone un problema che deve essere analizzato a proposito del nostro tema: quanto e come la disciplina del capitale garantito modifichi la disciplina della circolazione delle quote nella s.r.l.

---

<sup>60</sup> Così Teti, op. ult. loc. cit.

## CAPITOLO SECONDO

### **Versamento dei conferimenti in danaro e sostituzione con polizza assicurativa o fideiussione bancaria**

#### *1. L'ART. 2464, QUARTO COMMA, C.C.: STORIA, RAGIONI ED AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA NORMA.*

L'art. 2464, quarto comma, c.c. dispone per la s.r.l. che alla sottoscrizione dell'atto costitutivo deve essere versato presso una banca almeno il venticinque per cento dei conferimenti in danaro e l'intero sopraprezzo o, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare. **Il versamento può essere sostituito dalla stipula, per un importo almeno corrispondente, di una polizza assicurativa o fideiussione bancaria** con le caratteristiche determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri; in tal caso il socio può in ogni momento sostituire la polizza o la fideiussione con il versamento del corrispondente importo in danaro.

Questa disposizione deve essere coordinata con il rinvio che l'art. 2463 c.c. effettua alla disciplina della s.p.a ed in particolare all'art. 2329 c.c..

Tale norma fissa le condizioni per la costituzione della s.p.a. individuandole nella 1) necessaria ed integrale sottoscrizione del capitale sociale, 2) nel rispetto della disciplina dei conferimenti di cui agli artt. 2342 e 2343 c.c. e 3) nella presenza delle autorizzazioni richieste eventualmente dalla legge per lo svolgimento dell'attività prescelta dai soci.

Orbene nella s.r.l. la disciplina dei conferimenti è contenuta negli articoli successivi al 2463 c.c. e, come si è avuto modo di anticipare, essa è molto più permissiva della disciplina della s.p.a..

E' ovvio che, per evitare l'inapplicabilità della disciplina degli artt. 2464 e ss. c.c., si rende necessaria un'interpretazione parzialmente abrogante del rinvio all'art 2329 contenuto nell'art. 2463 c.c.: in particolare ferma restando l'applicabilità del n 1) e 3) il n 2) deve essere adeguato ritenendo che sia condizione per la costituzione il rispetto della disciplina dei conferimenti dettata agli artt. 2464 e s.s. c.c.<sup>61</sup>.

Ciò ci permette di dire che il versamento dei conferimenti in danaro o la sostituzione con una garanzia bancaria o polizza assicurativa sono le condizioni per la costituzione di una s.r.l..

Il notaio, che roga in forma pubblica l'atto costitutivo e cui spetta il compito di controllarne la regolarità formale e sostanziale<sup>62</sup>, deve valutare, perciò, nel caso uno o più soci scelgano di sostituire il versamento del conferimento in danaro con la garanzia: 1) la sua esistenza e provenienza dai soggetti qualificati che probabilmente verranno individuati dalla normativa regolamentare cui l'art. 2464 c.c. rinvia e di cui siamo in attesa per la piena attuazione dell'istituto; 2) la sua corrispondenza in termini di valore alla parte di capitale di cui la legge richiede il versamento (che cambia se la società è pluripersonale o unipersonale ed in presenza di sopraprezzo); 3) la sua conformità al modello che verrà fissato nel regolamento.

---

<sup>61</sup> Così Bertolotti, op.ult.loc.citin nt 2; Rosapepe, op. ult. loc. cit. in nt.2.

<sup>62</sup> Sull'ampiezza in genere del controllo del notaio ed in particolare sulle condizioni per la costituzione cfr. Pavone La Rosa-Nigro, Il procedimento di costituzione della società per azioni, in Trattato Colombo-Portale cit. in nt. 10, 1\*, 380 e ss. ove ulteriori citazioni.

## A) STORIA DELLA NORMA

La norma ha un precedente<sup>63</sup> tutt'altro che apprezzato nella l. 18 ottobre 2001, n.383, che allo scopo dichiarato di semplificare ed innovare la disciplina della costituzione delle società di capitali stabili per tutti i tipi sociali di queste (ivi comprese le società azionarie) che: “ la sottoscrizione del capitale può essere in tutto o in parte sostituita dalla stipula di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria. Le forme di equivalenza tra polizza o fideiussione stipulate e capitale sottoscritto, in quanto fondo di garanzia e parametro operativo sono determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Sono esclusi da questa facoltà le banche e gli altri enti e società finanziarie indicati nell'articolo 1 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n.87 e successive modificazioni, nonché le imprese di assicurazione”.

Questa norma ha ricevuto molte critiche in dottrina<sup>64</sup> per imprecisione terminologica e violazione della disciplina comunitaria.

La legge, infatti, in maniera inequivoca faceva riferimento ad una equivalenza tra garanzia bancaria o assicurativa e **sottoscrizione del capitale** : in dottrina<sup>65</sup> si è parlato, perciò, di violazione dell'art. 2329 n. 1, che richiede l'integrale sottoscrizione del capitale sociale; ovvero di nullità ai sensi dell'art. 2332 c.c. nel caso di polizza sostitutiva della sottoscrizione, per mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione

---

<sup>63</sup> Che si tratti di precedente è indubbio in dottrina: cfr. per tutti Miola, op. ult. loc. cit. in nt.2.

<sup>64</sup> Per una rassegna puntuale cfr. Ferri Jr, op. cit. in nt. 7.

<sup>65</sup> Così Diaferia, Art. 6 della L. n. 382/2001:nuove disposizioni per la sottoscrizione del capitale sociale, in Le società, 2001, 1433 e ss.

relativa ai conferimenti, in quanto non si comprenderebbe mediante quale conferimento possa essere sottoscritto il capitale sociale<sup>66</sup>.

A questo proposito autorevole dottrina ha parlato di legalizzazione del conferimento di garanzia (la cui ammissibilità è tuttora in dubbio) e di capitale assicurato come nuovo istituto<sup>67</sup>.

Si è anche cantato il *de profundis* all'istituto del capitale, prospettando la sua futura eliminazione come nelle leggi statali californiane da noi citate nel capitolo precedente<sup>68</sup>.

La dottrina prevalente ha, però, ritenuto che la norma era viziata da un difetto terminologico, confondendo la sottoscrizione col versamento<sup>69</sup>: la disposizione derogava non il n 1) ma il n 2) dell'art. 2329 c.c. , permettendo in luogo del versamento parziale dei conferimenti in danaro la prestazione di garanzie, possibilmente autonome tanto da rappresentarne quasi un succedaneo. La mancata indicazione dell'entità della garanzia rispetto al capitale prescelto dai soci manifestava senza attenuanti la sciatteria e l'inadeguatezza del legislatore, nella speranza che la normativa secondaria potesse almeno attenuare lo sconcerto dell'interprete.

In ogni caso, peraltro, questa interpretazione condannava senza appello la norma, in quanto era in aperta contraddizione con la II direttiva comunitaria che, in materia di società azionarie, impone il versamento di almeno il 25% dei conferimenti in danaro.

---

<sup>66</sup> Così Sciuto, Forma pubblica, controllo di legalità e condizione di iscrivibilità nella costituzione delle società di capitali, in Riv. soc., 2001, 1252 e ss.

<sup>67</sup> Portale, op.loc. cit. in nt. 20

<sup>68</sup> Si veda a proposito la nota 56 del presente lavoro.

<sup>69</sup> Cottino, Le società. Diritto commerciale. Appendice di aggiornamento a cura di Ariani, Padova, 2002, 10 e anche infine Sciuto, op.ult.loc.cit..

Il legislatore della riforma sembra aver tenuto in dovuta considerazione le critiche degli interpreti alla L. n.383/2001, pur non abrogandola direttamente: essa, infatti, si deve ritenere abrogata implicitamente, in virtù del principio della successione delle leggi nel tempo di cui all'art. 15 preleggi, in quanto “la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla precedente”<sup>70</sup>.

Della vecchia disposizione vi è traccia parziale nel solo citato art. 2464 c.c. e, dunque, solo in relazione alla disciplina della s.r.l.. Il legislatore parla di sostituzione del versamento, con ciò eliminando l'errore-orrore dell'equivalenza con la sottoscrizione del capitale sociale; e non disciplina l'istituto nelle società azionarie, prendendo atto del divieto comunitario.

Da questo si può evincere che la brillante interpretazione della precedente norma in termini di conferimento di garanzia non ha, rispetto a questa fattispecie, più fondamento; quando, perciò, si esaminerà la sua natura giuridica si partirà dal concetto che si tratta senza dubbio di conferimento in danaro.

Peraltro, come si avrà modo di dire nel capitolo successivo, la non felice formulazione letterale dell'art. 2464, sesto comma, c.c. non consente di essere così netti sul conferimento d'opera o di servizi, non mancando posizioni dottrinali che considerano la relativa garanzia bancaria ed assicurativa il vero oggetto del conferimento.

---

<sup>70</sup> Così con chiarezza Tassinari, op.ult.loc.cit. in nt.2

## B) FUNZIONE DELLA NORMA

La funzione della norma rimane la stessa della precedente: favorire la costituzione di s.r.l. limitando l'esborso immediato dei soci. In particolare è noto che nelle società di persone non è richiesto dalla disciplina dei conferimenti alcun versamento dei conferimenti in danaro (cfr. artt. 2253 e ss. c.c.), che possono rimanere solo promessi dai soci. Se l'esercizio dell'attività risulta immediatamente positivo e perdura in attivo potrebbe persino avvenire che i conferimenti non vengano mai versati: questa possibilità rende molto appetibile per l'impresa medio-piccola i tipi delle società personali.

La norma della s.r.l. vuole attribuire questa possibilità anche selezionando questo tipo sociale, cui il legislatore non disdegna di mostrare un certo favore in molte altre norme (si pensi alla disciplina della trasformazione c.d. progressiva da società di persone in società di capitali): è evidente il tentativo di semplificare la disciplina della s.r.l. avvicinandola per alcuni aspetti alle società personali, per favorire un passaggio da queste ultime alla nuova società a responsabilità limitata, riducendo il costo della limitazione della responsabilità<sup>71</sup>.

La necessità di rispettare i principi dell'integrità ed effettività del capitale sociale hanno, però, reso necessaria la sostituzione del versamento con un altro meccanismo che garantisca le funzioni proprie di quest'istituto: la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa.

---

<sup>71</sup> Condivide quest'impostazione Amatucci, op.ult.loc.cit. in nt.2.

Esse, però, inficiano l'obiettivo di utilizzare il nuovo istituto per le imprese con modesto capitale iniziale: non v'è, infatti, chi non veda quanto sia più conveniente in termini di tempo ed in termini economici versare il 25% del minimo del capitale sociale richiesto dalla s.r.l. (cioè soli 2500 euro, peraltro immediatamente utilizzabili dagli amministratori dopo la costituzione), piuttosto che, per la medesima cifra, chiedere una garanzia bancaria o assicurativa, che comporta un esborso ogni anno (commissione alla banca o premio all'assicurazione) e che viene rilasciata solo in presenza di garanzie di solvibilità.

Ciò ha fatto parlare in dottrina di inutilità dell'istituto e si sono sprecate le previsioni di mancato utilizzo nella nostra realtà imprenditoriale<sup>72</sup>. A parere di chi scrive questa posizione è eccessiva: sicuramente esso non è utile per chi intende costituire una società con il minimo del capitale sociale per i motivi sopra esposti, ma non per chi intende costituire società con un capitale notevole.

Ciò può avvenire perché bisogna considerare che, come efficacemente osservato da autorevole dottrina<sup>73</sup>, il capitale sociale è pur sempre il "biglietto da visita" delle società ed in molti mercati è necessario che esso sia adeguato.

In alcuni casi, peraltro, un capitale di dimensione maggiore è richiesto dalla legge per particolari attività, che possono comunque essere svolte con il tipo sociale della s.r.l.: si pensi all'attività di mediazione assicurativa e riassicurativa, che, ai sensi dell'art. 5 della legge 28 novembre 1984, n. 792 può essere esercitata da una s.r.l. con capitale sociale di almeno 103.291,38 euro (conversione legale di 200 milioni di lire);

---

<sup>72</sup> In particolare Bertolotti, op. ult. loc. cit. in nt. 2.

<sup>73</sup> Spolidoro, op.cit. in nt.10, 235.



oppure l'esercizio nei confronti del pubblico delle attività di assunzioni di partecipazioni, di concessioni di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di pagamento ed intermediazioni in cambi, che, a norma dell'art. 106, comma primo, D. Lgs 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia<sup>74</sup>), sono riservate ad intermediari finanziari iscritti in un apposito elenco tenuto dall'Ufficio Italiano Cambi; l'iscrizione nell'elenco è, infatti, subordinata al ricorrere delle seguenti condizioni: a) forma di società per azioni, accomandita per azioni, *società a responsabilità limitata*; b) capitale sociale pari a cinque volte quello richiesto come minimo per la s.p.a. (cioè 600000 euro); c) esclusività di oggetto sociale.

L'elenco potrebbe continuare<sup>74</sup> e si è preferito limitarsi ai casi più rilevanti, ma emerge in questi come in altri casi la necessità di un maggiore investimento iniziale.

La sostituzione del versamento del conferimento in danaro con le garanzie bancarie o assicurative potrebbe essere utilizzata per favorire l'esercizio di queste attività, nonché l'ingresso in mercato più importati a chi non ha immediate ed ingenti ricchezze da investire, ma progetti potenzialmente redditizi.

Un potenziale limite dell'utilizzo di questa figura, più che nell'inutilità di essa, è, invece, riscontrabile nei costi.

In primo luogo nel pagamento del premio assicurativo o del compenso alla banca: le indagini relative agli altri settori in cui vengono utilizzate garanzie bancarie ed assicurative consente di delineare un'entità di questo compenso che varia dallo 0,5 al

---

<sup>74</sup> Per un elenco più puntuale si veda Busani, *La riforma delle società*. S.r.l., Milano, 95 nota 93.

1% del valore garantito; ovviamente si tratta di versamento annuo ed il prezzo varia sulla base delle zone geografiche e della solvibilità del garantito<sup>75</sup>.

Non si tratta di costi insostenibili e soprattutto si spera in una maggiore diffusione dello strumento, tanto da creare un mercato competitivo che renda quanto più possibile contenuto il sacrificio economico del garantito. Da tale punto di vista importanza centrale avrà il decreto del Presidente del consiglio dei ministri che nell'individuare i soggetti deputati alla concessioni di tali forme di garanzie dovrà temperare l'esigenza di stendere al numero più elevato possibile di operatori finanziari il mercato di queste garanzie con la necessità di salvaguardare esigenze di serietà: tali garanzie non possono non essere prestate da soggetti di sicuro affidamento.

Altro problema attiene ai requisiti richiesti al soggetto garantito; le norme bancarie uniformi emesse dall' A.B.I. a proposito delle fideiussioni bancarie di cui all'art. 2464 c.c. inseriscono nello schema contrattuale una copertura rischio del 100% del valore garantito: ciò, in poche parole, vuol significare che la banca non dovrebbe concedere fideiussioni di questo tipo se il cliente garantito a sua volta non offra adeguate garanzie per il caso che la banca, costretta al pagamento, debba agire in regresso nei suoi confronti; l'adeguatezza corrisponde ad una garanzia pari almeno al valore della fideiussione.

Ciò vuol dire che il garantito dovrà fornire beni da ipotecare o da consegnare in pegno ovvero impegni in garanzia personale di altri soggetti per una cifra pari al

---

<sup>75</sup> Cfr. N. Ciaccia, Le polizze fideiussorie, in Nuova giur. civ. comm, 2002, 329.

valore della fideiussione. Insomma, senza valutare la serietà del progetto imprenditoriale, la banca si limiterebbe a dare la garanzia a chi non ne ha bisogno, perché ha già adeguati mezzi patrimoniali per coprire il capitale della società altrimenti.

Bisogna, però, dire che questa diffidenza delle banche dipende anche dall'attuale non precisata indicazione del funzionamento della garanzia in attesa dell'integrazione regolamentare dell'art. 2464 c.c. e soprattutto di una prassi operativa e giurisprudenziale relativa all'istituto in esame.

### C) AMBITO DI APPLICAZIONE

Per delineare la fattispecie di cui all'art. 2464, quarto comma, c.c. e con ciò determinare l'ambito di applicazione della disciplina della sostituzione del versamento dei conferimenti in danaro con garanzie bancarie o assicurative è necessario individuarne gli elementi oggettivi e soggettivi: i primi riguardano casi ed entità della garanzia; i secondi l'individuazione del garante e dei soggetti garantiti.

Per quanto riguarda **l'ambito oggettivo** della fattispecie si evince con chiarezza dalla norma che essa riguarda tanto l'ipotesi della società pluripersonale che quella unipersonale. Infatti, dopo aver fissato nel periodo precedente l'obbligo di versamento del 25% del conferimento in danaro nelle prime e dell'integrale versamento di questo per le seconde, il legislatore nel periodo successivo del citato quarto comma dell'art. 2464 c.c. dispone la facoltà di sostituzione del versamento con

la garanzia bancaria od assicurativa: è evidente il riferimento ad entrambe le ipotesi, la cui differenza è meramente quantitativa. Nel caso di società pluripersonale il valore della fideiussione è pari al 25% dei conferimenti, mentre per quella unipersonale il valore è pari al 100% della somma garantita<sup>76</sup>: a questo proposito la sostituzione della garanzia col versamento consente all'unico socio di conservare la responsabilità limitata.

Oggetto della garanzia può essere anche il sopraprezzo eventualmente fissato in sede di costituzione; in tal caso il legislatore dispone che il versamento integrale può essere sostituito dalla polizza assicurativa o fideiussione bancaria.

La norma è del tutto nuova e sembra fissare questi principi: 1) è possibile richiedere un sopraprezzo in sede di costituzione; 2) in tal caso, come nelle ipotesi di aumento del capitale, esso deve essere versato integralmente; 3) questa sembra essere una condizione per la costituzione, atteso il rinvio dell'art. 2463 c.c. all'art. 2329, da interpretarsi nel senso appena sopra cennato.

Mentre il primo punto è stato salutato con favore dalla dottrina<sup>77</sup>, in quanto conferma l'opinione prevalente già prima della riforma, meno facile da giustificare risulta la scelta di richiederne l'integrale versamento come condizione per la costituzione. Essa sembra riportare in sede di costituzione la disciplina già in precedenza contenuta nell'art. 2439 c.c (e peraltro confermata nella riforma) per l'aumento di capitale di s.p.a..

---

<sup>76</sup> Così correttamente Miola, op.ult.loc.cit; contrario inspiegabilmente Rosapepe, op. ult. cit., che ritiene in tal caso che l'unico socio risponda illimitatamente delle obbligazioni sociali.

<sup>77</sup> Cfr. Portale, Capitale sociale cit. in nt. 10, 12

Questa regola, però, trova, secondo un'opinione diffusa<sup>78</sup>, la sua giustificazione nel fatto che il valore reale delle azioni risultasse superiore al valore nominale, cosa che soprattutto in caso di sottoscrizione delle nuove azioni da parte di terzi rende necessario un immediato pagamento della differenza a tutela dei soci preesistenti.

Alla luce della nuova disciplina del sovrapprezzo anche in sede di costituzione è opportuno ritenere che la ratio della norma è nella necessità di un'immediata disponibilità per la società: se, infatti, viene richiesto un conferimento superiore al valore nominale delle azioni è per avere più mezzi patrimoniali non capitalizzati (e, dunque, meno vincolati) per l'esercizio dell'attività d'impresa. La richiesta non troverebbe pienamente risposta senza che in concreto la società possa utilizzare questi mezzi, circostanza che ne richiede l'integrale versamento e attiene sia all'ipotesi dell'aumento di capitale che alla costituzione<sup>79</sup>.

Certo è che la sostituzione del versamento con le garanzie in esame incide notevolmente il fondamento di questo ragionamento.

E' appena il caso di precisare, poi, che ai fini dell'applicazione di questa norma per sovrapprezzo si intende solo il versamento di una somma di denaro ulteriore rispetto al valore nominale al momento della sottoscrizione delle azioni: non dunque conferimenti c.d. atipici o di patrimonio al momento della costituzione, né versamenti in conto aumento di capitale o in conto capitale nel corso dell'esercizio dell'attività.

---

<sup>78</sup> Cfr. per tutti Salafia, Limiti del divieto di distribuzione della riserva da sovrapprezzo azioni, in Società, 2002, 177 che, perciò, ritiene necessaria solo in questo caso la riserva di cui all'art. 2431 c.c.

<sup>79</sup> Così Mucciarelli, Il sovrapprezzo delle azioni, Milano, 1997, 37 il quale ritiene che la tesi contraria confonde la ratio dell'obbligatorietà del sovrapprezzo in caso di esclusione dell'opzione con quella dell'immediato ed integrale versamento.

Altro profilo che può riguardare l'applicazione oggettiva di questa norma attiene all'utilizzo della fideiussione bancaria o polizza assicurativa al di là del valore necessario per la costituzione della società: in particolare ci si deve chiedere se sia possibile garantire non solo il versamento del 25% , ma anche l'intero versamento dei conferimenti in danaro in società pluripersonale.

Mi sembra che nulla osti a questa eventualità; *in primis* non c'è una controindicazione di tipo tecnico-giuridico, attesa la possibilità di coprire l'intero capitale nel caso di società unipersonale: non ci sono, dunque, dei problemi ulteriori per la vita della società.

Oltretutto esiste una evidente indicazione testuale a favore di questa tesi: il versamento può essere sostituito dalla garanzia in esame, a norma del quarto comma dell'art. 2464 c.c., “per un importo *almeno* corrispondente” a quello richiesto dalla legge per la costituzione della società. L'importo deve essere almeno corrispondente e, dunque, può essere superiore<sup>80</sup>.

La domanda da porsi può riguardare, invece, le ragioni di un'eventuale scelta in tal senso: certamente vi può essere il vantaggio di presentarsi sul mercato con maggiori garanzie; ma, a mio parere, il vantaggio del socio consiste nel fatto che la garanzia rende diversa la disciplina della richiesta da parte degli amministratori dell'adempimento dei conferimenti; si applica, cioè, la stessa regolamentazione

---

<sup>80</sup> Si discute se possa essere inferiore e sostituito pro parte dal versamento in danaro: a favore Rosapepe, op.ult.loc.cit.. Se, ad esempio, si tratta di srl unipersonale con 10000 euro di capitale il socio potrebbe versarne una parte in danaro (ad esempio 5000 euro) e coprire la restante con la garanzia. La ragione di questa impostazione sarebbe nella facoltà di sostituzione che potrebbe essere esercitata anche in parte.

propria della garanzia necessaria per la costituzione, che si esaminerà nei paragrafi successivi.

Passando in esame l'ambito soggettivo della fattispecie, è opportuno chiedersi quali soggetti possano fungere da **garanti**.

Da una interpretazione meramente letterale della norma deriverebbe la conclusione che la garanzia può essere rilasciata solo dalle banche e dalle imprese assicurative: questa restrizione del mercato, con esclusione degli intermediari finanziari, innalzerebbe notevolmente il costo dell'istituto.

In attesa del regolamento del Presidente del consiglio dei ministri, che in merito potrà effettuare gli opportuni chiarimenti bisogna pur sempre chiedersi se l'art. 2464 c.c. consenta alla normativa secondaria (che non può essere *contra legem*) di ampliare la legittimazione anche agli intermediari finanziari. Inoltre secondo una parte della dottrina la riserva di regolamento di cui al quarto comma dell'art. 2464 c.c. non si applicherebbe alla garanzia dei conferimenti d'opera e di servizi, che sarebbe immediatamente operativa; per questa, dunque, i requisiti soggetti del garante dovrebbero derivarsi dal solo sesto comma dell'art. 2464 c.c.

Orbene l'espressione fideiussione bancaria è identica a quella contenuta nella l. 10 giugno 1982, n.348 a proposito della cauzione in favore dello Stato o di altri enti pubblici. La prassi operativa ed alcune sentenze della giurisprudenza di merito<sup>81</sup> hanno dichiarato la compatibilità di questa indicazione normativa con fideiussioni rilasciate da intermediari finanziari.

---

<sup>81</sup> T. Napoli, 11 marzo 1999, in Società, 1999, 1093; T. Napoli, 5 settembre 2001, in Società, 2002, 213.

Al proposito, poi, la l. 23 dicembre 2000, n. 388 (legge finanziaria 2001) ha sancito formalmente la legittimità delle fideiussioni rilasciate “dagli intermediari iscritti nell’elenco speciale di cui al D. Lgs. n. 385 del 1993 che svolgono in via esclusiva o prevalente l’attività di rilascio di garanzie” : si tratta, perciò, degli intermediari di cui all’art. 106 T.U.B. e non di quelli di cui all’art. 107<sup>82</sup>.

Questa parificazione consente a nostro parere l’estensione a tali soggetti della facoltà di rilascio delle garanzie per le ipotesi dell’art. 2464 c.c. e questo verrà sicuramente previsto nel regolamento di cui al quarto comma della norma.

Per quel che riguarda il **socio conferente** , è appena il caso di precisare che la fideiussione bancaria si può strutturare come contratto a favore di terzo ex art. 1411 c.c., in cui contraente con la banca e responsabile del pagamento della relativa commissione è soggetto diverso dal socio il cui conferimento in danaro è oggetto della garanzia<sup>83</sup> ( altro socio o soggetto distinto che stipula in favore del socio per *affectio familiaris* o per un suo interesse patrimoniale); così come nella polizza assicurativa il contraente responsabile del premio può essere persona diversa dal socio assicurato<sup>84</sup>.

Nel caso sia un socio a sostenere per conto di un altro le spese per la prestazione della garanzia non ci si trova di fronte ad un’ipotesi di conferimenti asimmetrici, poiché sul socio graverà integralmente il rischio della copertura del capitale sottoscritto: qualora,

---

<sup>82</sup> Così Racugno, Il rilascio di garanzie fideiussorie da parte degli intermediari finanziari non bancari, in Giur. comm., 2004, I, 1178 e ss. ove ulteriori precisazioni.

<sup>83</sup> Sulla possibilità di strutturare la fideiussione come contratto a favore di terzi cfr. Bozzi, La fideiussione, Milano, 1995, 34 ess..

<sup>84</sup> Sulle possibili distinzioni tra assicurato, contraente e beneficiario si veda Venditti, L’assicurazione nell’interesse altrui, Napoli, 1961.



infatti, la garanzia venga escussa, il garante può esercitare l'azione di regresso solo nei suoi confronti per il valore garantito.

L'ipotesi dei conferimenti asimmetrici o non proporzionali (istituto introdotto dalla riforma) si ha, invece, quando non vi sia proporzionalità tra conferimenti effettuati dai soci ed entità della loro quota, ipotesi espressamente consentita tanto nelle s.p.a. quanto nelle s.r.l. (cfr. artt. 2346 e 2468 c.c.). Ad esempio in una società di due soci di capitale 100 si può stabilire che uno conferisca 70 e l'altro trenta, ma che ad essi siano attribuite quote di eguale valore. In tal caso, però, se i conferimenti promessi debbono essere liberati in danaro bisogna chiedersi quale siano l'entità degli obblighi di versamento gravanti su ciascuno di essi o meglio, per il caso che a noi interessa, l'entità delle garanzie che ciascuno deve prestare per la costituzione della società.

Non sembra che ci siano dubbi sul fatto che il socio che ottenga una quota maggiore del conferimento promesso deve prestare una garanzia pari al 25% del valore del conferimento: il versamento o la sua sostituzione mediante fideiussione bancaria o polizza assicurativa sono una percentuale dell'obbligo di conferimento non del valore della quota<sup>85</sup>.

Il problema si pone per il socio che conferisce più del valore della sua quota. E' stato sostenuto<sup>86</sup>, infatti, che questo surplus viene acquisito dalla società a titolo di sopraprezzo e, dunque, deve essere versato o garantito per intero. Secondo quest'impostazione nell'esempio sopra fatto il socio che promette 30, dovrà prestare una garanzia per un valore di 7,5 (il 25% di 30), mentre il socio che promette 70

---

<sup>85</sup> Spolidoro, I conferimenti in danaro, in Trattato Colombo-Portale, cit in nt. 10, 1\*\*, 309 e ss.

<sup>86</sup> Così sembrerebbe sostenere Busi, S.p.a. e s.r.l.. Operazioni sul capitale, Milano, 2004, 46

dovrà prestare una garanzia di 32,5 (il 25% di 50, più il 100% di 20 che è il sopraprezzo rispetto alla sua quota).

E' preferibile a mio parere l'impostazione della dottrina prevalente<sup>87</sup> che ritiene che il versamento ulteriore del socio che conferisce un valore superiore alla propria quota non avvenga a titolo di sopraprezzo: il sopraprezzo, infatti, non è imputato a capitale, mentre il conferimento ulteriore copre il capitale attribuito ad altri soci e da questi non sottoscritto integralmente. Essendo un versamento che forma il capitale sociale, come tutti gli altri di questo tipo, in caso di società pluripersonale deve essere versato o garantito per il 25%: ne consegue che nell'esempio da noi fatto il socio che ha promesso 70, deve prestare una garanzia pari a 17,5 (il 25% di 70).

La tesi opposta incorre anche nell'insormontabile ostacolo di non spiegare perché per una costituzione di società con il medesimo capitale sociale, l'obbligo di versamento o di garanzia cambia se i conferimenti non sono proporzionali.

---

<sup>87</sup> Cfr per tutti Spolidoro, op.ult.loc.cit.

## *2. LA NATURA GIURIDICA DELLA FATTISPECIE*

Un aspetto del nuovo istituto che è parte imprescindibile dei primi contributi dottrinali sui conferimenti in s.r.l. è relativo all'inquadramento della fattispecie, in relazione soprattutto alle conclusioni già raggiunte a proposito del già esaminato precedente della L. 18 ottobre 2001, n. 383.

Mentre la natura giuridica dell'istituto era, però, utile alla dottrina che si occupò di quella legge per valutarne la legittimità alla luce della disciplina comunitaria, questo problema non si pone per l'attuale disciplina; sicchè insistere sull'inquadramento teorico della sostituzione del versamento immediato della parte di conferimenti in danaro richiesto dalla legge con la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa potrebbe risultare un esercizio di sterile dogmatismo, una forma di concettualismo senza alcuna portata applicativa.

A mio parere, però, la ricostruzione della natura giuridica della fattispecie può consentire, qualora sia effettuata con rigore e rispetto del dato normativo, di pervenire alla soluzione di molti casi non disciplinati dal legislatore. E', infatti, evidente che la disciplina delle garanzie in questione è estremamente lacunosa e foriera di innumerevoli problemi concreti: si pensi, ad esempio, alle modalità d'iscrizione in bilancio del conferimento in danaro, al momento ed alle modalità di escussione della polizza, alla cessione di quote non liberate in presenza di garanzia etc.

L'individuazione di una disciplina richiede all'interprete l'imbocco del presente iter logico e ricostruttivo: 1) esame delle norme dettate in materia societaria e

riconduzione ad altro istituto del nostro ordinamento, che qualifichi la fattispecie; 2) applicazione delle norme dettate per l'istituto suddetto per risolvere i problemi concreti non disciplinati direttamente nelle regole della s.r.l.; 3) conferma operativa dell'inquadramento dommatico di cui al punto 1) attraverso la valutazione delle conseguenze dell'applicazione della disciplina richiamata.

A proposito la prima valutazione che conviene fare riguarda la rilevanza giuridica della condizione della costituzione che viene sostituita: bisogna cominciare col chiedersi come si è inquadrato in dottrina e giurisprudenza l'obbligatorio versamento di una parte del conferimento in danaro ( di tutto per le società unipersonali), prima dell'introduzione della sostituzione.

Questo può contribuire all'individuazione della natura giuridica dell'istituto che può sostituirlo (cioè le garanzie bancarie o assicurative) e viceversa è possibile trovare nelle nuove regole anche una chiarificazione delle precedenti controversie dottrinali.

#### A) Il problema della natura reale del contratto di sottoscrizione

Il proposito di valutare la rilevanza del versamento preventivo (in parte o in toto) del conferimento in natura non può non concretarsi nell'esame della *vexata quaestio* della natura consensuale o reale del contratto di sottoscrizione del capitale sia in sede di costituzione che in sede di aumento.

A favore della tesi della realtà del contratto di sottoscrizione in dottrina<sup>88</sup> sono stati avanzati molti argomenti, che si esamineranno brevemente qui di seguito.

---

<sup>88</sup> A favore della realtà tra gli altri Belviso, *Realtà e consensualità nel contratto di sottoscrizione delle azioni di nuova emissione*, nota a T. Bari, 5 marzo 1975 ed App. Bari, 9 maggio 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, 319 e ss.; Paciello, *Considerazioni sulla struttura del contratto di sottoscrizione*, nota a T. Napoli, 5 maggio 1981, in *Banca e borsa*, 1983, II 96; Galgano, *Aumento di capitale solo parzialmente eseguito*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 499.

La prima norma che viene citata a sostegno della tesi della realtà è l'art. 2329 c.c. n.2 che prevede il versamento dei conferimenti in danaro quale condizione per la costituzione: nei contratti reali l'esecuzione immediata della prestazione da parte del *tradens* configura condizione per la perfezione del contratto.

Quest'argomento era rinforzato, peraltro, prima della riforma, dall'art. 2332 n. 6 c.c. che espressamente sanzionava con la nullità il mancato rispetto dell'art. 2329 n.2: la sanzione non esiste più, attesa la drastica riduzione delle cause di nullità (da 8 a 3) contenute nel citato art. 2332 c.c.

Si argomenta, poi, a favore della realtà sulla base dell'art. 2328 n.4 c.c. che richiede l'inserimento nell'atto costitutivo dell'indicazione della parte di conferimento versato, facendo propendere per la sua necessità.

E' altresì citato a sostegno della tesi in esame l'art. 2330 c.c. che, imponendo al notaio per l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese le prove del rispetto delle condizioni dell'art. 2329 n.2, in pratica subordina l'efficacia costitutiva dell'iscrizione al comprovato versamento. In sede di aumento nota

Altra dottrina preferibile e la giurisprudenza di legittimità e di merito<sup>89</sup>, già prima della riforma, hanno sostenuto la natura consensuale del contratto di sottoscrizione mediante conferimento in danaro.

In particolare una nota sentenza della Suprema corte di Cassazione<sup>90</sup> ha evidenziato che "allorquando la fase di sottoscrizione delle azioni assume più marcata autonomia

---

<sup>89</sup> A favore della consensualità Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, 187; Spolidoro, *I conferimenti cit.*, 298 e ss; Salafia, *Sottoscrizione del capitale e correlativo versamento*, in *Società*, 1993, 316 e soprattutto Cass., 26 gennaio 1996, n. 611 in *Giur. comm.*, 1996, 651 e ss. con nota di Maltoni

<sup>90</sup> Cass. n. 611/1996 citata nella nota precedente.

di subprocedimento (cosiddetta costituzione mediante pubblica sottoscrizione), è ipotizzata una vera e propria mora nel versamento dei tre decimi (al tempo della pronuncia questa era l'entità quantitativa del versamento richiesto) all'art. 2334, secondo comma, c.c., il che rimanda a un negozio di sottoscrizione ovviamente non reale”.

Altro argomento presentato nella sentenza in esame atteneva al fatto che la nullità allora conseguente al mancato versamento ai sensi del già citato art. 2332 n. 6 c.c. non eliminava l'obbligo del socio di versare i conferimenti in danaro per soddisfare i creditori (cfr. art. 2332, terzo comma, c.c.); questo obbligo non poteva non ritenersi esteso anche ai versamenti iniziali non effettuati: se il contratto continua ad obbligare il socio anche in caso di mancato versamento non può dirsi reale.

A questi due argomenti sono state presentate molte obiezioni basate soprattutto sull'osservazione della specialità del procedimento di costituzione mediante pubblica sottoscrizione e della disciplina della nullità della società di capitali, che potrebbero spiegare la persistenza degli obblighi in mancanza di versamento<sup>91</sup>.

In realtà nonostante le acute osservazioni a sostegno della realtà, rimangono altri seri ostacoli di carattere sistematico alla configurazione del contratto di sottoscrizione quale contratto reale.

Sembra, ad esempio, difficilmente configurabile un contratto che sia reale solo per una parte della prestazione imposta al *tradens*: il socio conferente in danaro, infatti, escluso il caso della società unipersonale, è tenuto a versare solo il 25% del

---

<sup>91</sup> Belviso, op. ult. loc. cit.; Busi, op. cit., 201.

conferimento; in tutti i contratti reali la consegna che perfeziona l'operazione riguarda l'intera attribuzione a carico di una delle parti.

La consegna immediata è normalmente disposta a tutela delle parti: per il *tradens* essa manifesta la serietà dell'impegno, tanto che in dottrina viene considerata la forma imposta per i contratti reali; per l'*accipiens* essa permette l'immediata attuazione della causa del contratto.

Nel caso di società l'obbligo di versamento è funzionale non alla tutela delle parti, ma all'effettività del capitale sociale: è, dunque, disposizione che persegue il prioritario interesse della società ad avere nella sua immediata disponibilità mezzi sufficienti per l'attività; ed inoltre l'interesse dei creditori ad avere un patrimonio sociale non composto solo di crediti nei confronti dei soci, ma anche di beni aggredibili. Si tratta di finalità proprie del diritto delle società che mal si conciliano con le funzioni della realtà nei contratti di scambio<sup>92</sup>.

E, poi, venuto meno l'argomento fondamentale a favore della natura reale del conferimento in danaro, cioè la citata disposizione di cui all'art. 2332 n. 6 c.c. che disponeva la nullità in caso di mancato versamento richiesto dalla legge. Esso rimane una condizione per la costituzione che deve sussistere prima della stipula dell'atto costitutivo e di cui il notaio deve controllare l'esistenza sotto la propria responsabilità, ma se dovesse essere iscritta una società senza i versamenti richiesti dalla legge, il contratto rimane valido e perfezionato; esso, anzi, impone (agli

---

<sup>92</sup> Il ragionamento è di Simonetto, Ritardato versamento dei tre decimi negli apporti in danaro e conservazione della garanzia, Dir. fall., 1981, I, 147.

amministratori di chiedere ed) ai soci di eseguire il versamento: si tratta, perciò, di contratto consensuale con effetto obbligatorio.

D'altro canto mancano nelle disposizioni in esame le formule sacramentali relative ai contratti reali che, nella loro nozione, fanno riferimento alla consegna: come ha fatto notare la sentenza della Suprema Corte esaminata esistono, invece, disposizioni che fanno chiaro riferimento all'obbligo del socio come effetto del contratto di sottoscrizione (cfr. art. 2334 c.c.).

Rimane, però, da inquadrare giuridicamente il versamento effettuato: esso è sicuramente anche adempimento parziale o totale dell'obbligo di conferimento; ma è come condizione per la costituzione che esso richiede un diverso inquadramento: si potrebbe, ad esempio, ritenere che si tratti di onere imposto per la costituzione, il cui mancato perfezionamento impedisce l'iscrizione.

A mio parere, però, come ha correttamente rilevato autorevole dottrina<sup>93</sup> si tratta di una cautela, una tutela preventiva del credito (come, d'altro canto, molte norme che impongono la corretta formazione del capitale sociale).

Un interessante pronuncia del Tribunale di Napoli<sup>94</sup> ha evidenziato il rapporto del versamento con la disciplina del socio moroso (artt. 2344 e 2466 c.c.), che consente agli amministratori di sciogliere il socio dal contratto sociale trattenendo quanto riscosso; si tratta di un meccanismo simile a quello della caparra confirmatoria (cfr. art. 1386 c.c.) e che persegue le stesse funzioni: manifesta la serietà dell'impegno, anticipa l'adempimento della prestazione, in quanto è ad essa imputabile, e garantisce

---

<sup>93</sup> Simonetto, Ritardato versamento, op. ult. loc.cit.

<sup>94</sup> T. Napoli, 5 maggio 1981, Banca e borsa, 1983, II, 91.



per l'inadempimento, permettendo di sciogliersi dal vincolo trattenendo quanto versato.

Secondo questa impostazione accanto all'obbligo di conferimento il legislatore imporrebbe una garanzia riconducibile alla caparra: ad essa e non alla realtà del contratto di sottoscrizione sarebbe riconducibile il preventivo versamento dei conferimenti in danaro.

Quanto si è detto è in qualche modo confermato dalla sostituzione del versamento con la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa: in primo luogo la possibilità di non versare il conferimento in questi casi esclude in maniera definitiva la riconducibilità del contratto di sottoscrizione mediante conferimento in danaro al *genus* dei contratti reali.

Evidenza, invece, come la condizione per la costituzione imposta dalla legge per i conferimenti di tal fatta è una forma di garanzia: il legislatore, in luogo della garanzia assimilabile alla caparra, imposta ai soci, consente di prestare una garanzia a carico di soggetto diverso; questa, a differenza della caparra, non svolge anche una funzione anticipatoria, ma, attesa l'autonomia del contratto e la solvibilità del garante, consente in qualsiasi momento di recuperare la liquidità ed al contempo impone ai soci minori costi per l'accesso al tipo della s.r.l..

Quest'impostazione sembra confermata anche dalla disciplina dei conferimenti d'opera o di servizi che, in luogo della fideiussione bancaria o della polizza assicurativa, possono essere sostituiti da un deposito cauzionale del socio; anche in

tal caso si tratta di garanzia molto sicura, in quanto il danaro è depositato presso la società.

Emerge, perciò, un quadro in cui la garanzia dell'effettiva formazione del capitale può essere attuata con strumenti diversi, più o meno dispendiosi per il socio, ma egualmente funzionali allo stesso risultato nell'ottica del legislatore.

#### B) Le tesi sulla sostituzione del versamento

Per un esame più completo delle tesi sulla natura giuridica della sostituzione del versamento con la fideiussione bancaria e la polizza assicurativa è opportuno seguire il metodo sopra enunciato ed iniziare dal dato normativo.

Esso si compone delle seguenti disposizioni:

- 1) l'art 2464 c.c., quarto comma, consente la “sostituzione” del versamento dei conferimenti in danaro ed imposti dalla legge con “fideiussione bancaria o polizza assicurativa”;
- 2) in ogni momento il socio può “sostituire” la polizza o la fideiussione con il versamento del corrispondente importo in danaro;
- 3) l'art. 2466, ultimo comma, c.c. permette di applicare la disciplina del socio moroso al caso in cui per qualsiasi motivo siano scadute o divengano inefficaci la polizza assicurativa o la garanzia bancaria prestate ai sensi dell'art. 2464 c.c.. Resta salva in tal caso la possibilità del socio di sostituirle con il versamento dell'importo in danaro.

Il continuo riferimento alla sostituzione della prestazione pecuniaria con la garanzia può far pensare alla loro alternatività e, dunque, alla figura delle obbligazioni alternative di cui agli artt. 1286 e ss c.c.. E' noto che esse sono caratterizzate da una parziale indeterminatezza oggettiva (*duae sunt res in obligatione,...*) che si risolve al momento della concentrazione attraverso il potere di scelta attribuito al debitore o al creditore (*...una autem in solutione*). Nel caso di specie il contratto di società consentirebbe al socio di scegliere tra il versamento e la polizza per liberare il conferimento in danaro, potere di scelta che risulta confermato dal punto 2) relativo alla disciplina di cui sopra.

A me sembra che ostino a questo inquadramento alcuni evidenti dati letterali e sistematici. *In primis* più che un'alternatività oggettiva sembra al massimo configurabile un'alternatività soggettiva: la società, infatti, sempre danaro deve ricevere e questo rimane l'unico oggetto della prestazione; il problema semmai è se lo deve ottenere dal socio o dal garante.

Né si può considerare oggetto dell'obbligazione la garanzia: non tanto e non solo, perché è curioso che alternativa ad un obbligo pecuniario possa considerarsi la garanzia del suo adempimento; ma soprattutto perché il socio non mi sembra che si liberi dall'obbligo pecuniario con la garanzia: lo dimostra il fatto che in caso essa sia in qualsivoglia modo inefficace è applicabile la disciplina del socio moroso; ma soprattutto il fatto che egli possa sostituire la garanzia con il versamento anche dopo che questa è stata prestata: se l'obbligo di conferire fosse estinto, questo versamento non avrebbe alcuna giustificazione, configurando indebito arricchimento.

Inoltre questo potere di sostituzione successivo è incompatibile con la disciplina delle obbligazioni alternative; per esse, infatti, una volta effettuata la scelta e avvenuta la concentrazione, non è possibile poi effettuare l'altra prestazione non scelta<sup>95</sup>. Così non sarebbe nel caso del socio che, pur scegliendo la garanzia del conferimento, può sempre versare il conferimento: ciò testimonia che non c'è alternatività tra il versamento e la garanzia rispetto all'obbligo di conferire.

Discorso analogo può farsi per le obbligazioni con facoltà alternativa, in cui unico è l'oggetto del rapporto obbligatorio, ma esistono diverse possibilità di adempimento (*una res est in obligatione, duae autem in facultate solutionis*). Se questo tipo di obbligazioni, infatti, presenta il vantaggio di spostare dal piano dell'oggetto al piano dell'adempimento il problema della sostituzione del versamento, rimane comunque inspiegabile il potere del socio di tornare indietro dopo aver prestato le garanzie ed adempiere mediante il versamento in danaro.

In realtà entrambi questi inquadramenti scontano lo stesso errore di prospettiva: non distinguono l'obbligo di conferire dalla condizione per la costituzione. Questo dipende dal fatto che, fino alla riforma, la condizione richiesta per costituirsi non poteva che essere anche una parziale o totale estinzione di quest'obbligo.

Con la sostituzione del versamento tramite garanzie bancarie ed assicurative si evidenzia in maniera netta la distinzione tra obbligo di conferimento e condizione per la costituzione e non si deve cercare, perciò, di riportare la sostituzione nell'alveo dell'estinzione dell'obbligo di conferimento.

---

<sup>95</sup> Dato assolutamente pacifico per tutti in dottrina cfr. Gazzoni, Manuale di diritto privato, 1998, 581 e ss.

Lo stesso problema presenta altra tesi che riconduce la prestazione della garanzia bancaria o assicurativa all'adempimento: si sostiene che essa è un'ipotesi legale di sostituzione dell'adempimento. L'obbligazione pecuniaria, infatti, trova il suo mezzo di estinzione nella dazione di danaro (cfr. art. 1277 c.c.), ma la legge o gli usi possono consentire fatti estintivi diversi (ad esempio com'è noto le obbligazioni di valore superiore a 12500 euro non possono essere liquidate in danaro, ma solo con pagamenti bancari; oppure invalso è l'uso commerciale di estinguere le obbligazioni pecuniarie mediante utilizzo di carta di credito): di solito si tratta di pagamenti a mezzo banca.

La tesi in esame sostiene che le garanzie bancarie o assicurative svolgerebbero una funzione monetaria e l'obbligo di conferimento sarebbe estinto in tutto o in parte dalla moneta bancaria. Non si tratterebbe della stipula di contratti di garanzia, bensì di una vera e propria apertura di credito irrevocabile a favore della società, con cui si crea una disponibilità a cui essa può sempre attingere.

Vi sarebbe una equivalenza tra deposito in banca (in tutto o in parte) dei conferimenti in danaro al fine di farli acquisire dopo l'iscrizione dagli organi sociali e creazione di una disponibilità presso la banca che permanga anche dopo l'iscrizione per l'utilizzazione solo in caso di bisogno.

La tesi è suggestiva e potrebbe trovare una conferma nella disciplina dell'art. 2466 c.c.: la norma prevede il potere di sciogliere il socio che ha prestato la garanzia solo nell'ipotesi di inefficacia della fideiussione o della polizza; essa sarebbe, dunque, un

vero e proprio adempimento atteso che non è possibile aggredire il socio o scioglierlo dal rapporto sociale se la garanzia è efficace.

Questa notazione è importante, ma non decisiva: in particolare rimane difficile spiegare 1) la facoltà di sostituzione del socio con il versamento in danaro: se il suo obbligo fosse estinto, come detto, esso non avrebbe giustificazione causale, costituendo indebito arricchimento; 2) il dato letterale dell'art. 2464, quarto comma, c.c.: esso, infatti, fa riferimento a figure socialmente tipiche di contratti di garanzia (fideiussione bancaria e polizza assicurativa), che solo a patto di una stravolgimento della disposizione possono ricondursi al pagamento bancario o all'apertura di credito a favore di terzi.

In effetti questa tesi, pur ripresa da molti autori dopo la riforma del diritto societario, è stata presentata per l'inquadramento dell'istituto della L. n. 383/2001, che espressamente equiparava le garanzie alla sottoscrizione<sup>96</sup>: il fine di essa era individuare tipologie di contratti bancari che potessero consentire un'equiparazione alla sottoscrizione, senza violare la disciplina comunitaria per le società azionarie. La stessa dottrina che ha sostenuto la tesi in esame, valutando l'allora progetto di riforma di diritto delle società di capitali, a proposito della disposizione che è divenuta l'attuale testo dell'art. 2464 c.c., ha concluso per la non conciliabilità con la sua prospettiva: la mancata equivalenza con la sottoscrizione e la sostituzione del solo versamento lo lasciava propendere in tal caso per la configurazione in termini di vera e propria garanzia.

---

<sup>96</sup> La tesi nasce dalla citata opera di Ferri jr sul conferimento documentario, ma è stata ribadita in dottrina da Rosapepe, op.ult.loc.cit; Tassinari, op. ult.loc. cit. in nt.2.

Si tratta, perciò, di tesi non condivisibile per l'attuale disciplina, nonostante alcune contrarie posizioni, così come si è detto a proposito della tesi del conferimento di garanzia che, valida per la l. n.383/2001 citata<sup>97</sup>, non può essere riproposta di fronte al dato letterale dell'art. 2464, quarto comma, c.c., che si riferisce con chiarezza alla sostituzione del versamento di conferimento in danaro.

L'istituto in esame è, perciò, a mio parere vera e propria garanzia, dotata di notevole autonomia dal rapporto garantito, al fine di preservare l'integrità ed effettività del capitale sociale.

L'obbligo del socio di conferire in danaro può, perciò, essere garantito o dal versamento a titolo di caparra (o altra cautela assimilabile) di parte del conferimento in danaro o dalle garanzie suddette: in ogni caso la società potrà ottenere sicuramente la parte richiesta dalla legge.

Rimane da spiegare la corretta considerazione a proposito dell'art. 2466 c.c., che permette l'applicazione della disciplina del socio moroso solo per il caso dell'inefficacia della polizza: essa, a mio parere, non è dovuta all'estinzione dell'obbligo del socio, ma all'onere di preventiva escussione della garanzia imposto dal legislatore.

La natura di garanzia a prima richiesta e la sicura solvibilità del garante, nonché l'esigenza che la somma garantita venga comunque acquisita al patrimonio sociale, impedisce di sciogliere il socio dal rapporto senza escutere la polizza.

---

<sup>97</sup> Trattasi della tesi del Portale, Dal capitale assicurato, op.ult.loc.cit.

Di solito il garante non è l'obbligato su cui grava il peso del debito e, quindi, o è tenuto solidalmente o sussidiariamente (cioè dopo l'escussione cfr. art. 1944 c.c.).

Nel caso di specie è, invece, il garantito che è tenuto dopo l'escussione del garante, perché il legislatore è convinto in tal modo di assicurare l'effettività del conferimento: quella parte garantita sarà comunque acquisita in tempi rapidi, attesa la solvibilità della banca e la limitata proponibilità di eccezioni propria di un rapporto autonomo (ma sulle eccezioni opponibile vedi 4.3).

Non sembra, perciò, esperibile il procedimento di esclusione di cui all'art. 2466 c.c. del socio moroso prima di aver escusso la polizza, altrimenti si perderebbe il valore garantito. Se, perciò, la garanzia riguarda solo il 25% dei conferimenti in danaro, la società prima di sciogliere il socio deve escuterla: una volta ottenuta la somma garantita, può chiedere al socio il versamento degli ulteriori centesimi e, in caso di inadempimento, avviare il procedimento di diffida e vendita della sua quota (ovvero di esecuzione coattiva).

Se, invece, l'intero conferimento in danaro è garantito, il vantaggio del socio è nel fatto che il procedimento di cui sopra non può mai essere avviato se la garanzia è efficace, in quanto l'onere di preventiva escussione a carico della società consentirà di ottenere l'intero versamento dal garante.

Quando la polizza non è efficace, e dunque non può essere escussa, si può eseguire il socio ovvero scioglierlo dal rapporto tramite la disciplina del socio moroso.



Per quanto detto credo che a questa ipotesi vada equiparata quella della mancata escussione della garanzia per insolvenza dell'istituto di credito o assicurativo che deve effettuare il pagamento.

In conclusione a me sembra che la sostituzione del versamento con le garanzie bancarie o assicurative non incida sull'esistenza dell'obbligo del socio di conferire, ma, come il versamento preventivo, ne garantisce parzialmente o totalmente l'esecuzione.

Esistono, peraltro, altri casi nell'ordinamento in cui la conclusione di un contratto è subordinata a garanzie di questo tipo: si pensi alla citata l. 10 giugno 1982, n.348 a proposito della cauzione in favore dello Stato o di altri enti pubblici; ovvero alla l. n.109/1994 (cd. legge Merloni) per l'esecuzione di appalti pubblici ; oppure ancora al recentissimo D. lgs. 20 giugno 2005, n. 122 a tutela degli acquirenti di immobili da costruire.

Nel caso di specie l'opinione di chi scrive è che, allo scopo di garantire i principi di integrità ed effettività del capitale sociale, la cui inderogabilità è enunciata anche nella legge delega, la fideiussione bancaria e la polizza assicurativa che sostituiscono il versamento in danaro:

- 1) devono essere garanzie autonome, cioè a prima richiesta (escutibili anche senza aver chiesto il pagamento al debitore principale) e senza eccezioni (senza, cioè, che il garante possa opporre le eccezioni che può opporre il garantito)<sup>98</sup>: questi concetti verranno approfonditi nell'ultimo capitolo del presente lavoro;

---

<sup>98</sup> Su questa necessità si rinvia alla nota 2 del presente lavoro ove i relativi approfondimenti dottrinali.

2) sono garanzie in cui il creditore ha un onere di preventiva escussione del garante, fissato eccezionalmente non tanto a favore del socio, ma per far acquisire alla società nel tempo più rapido possibile i mezzi necessari a coprire il capitale sociale.

*3. LA DISCIPLINA APPLICABILE ALL'ISTITUTO:  
A) L'ISCRIZIONE IN BILANCIO; B) IL POTERE DI  
SOSTITUZIONE DEL SOCIO; C) MOMENTO DI  
ESCUSSIONE DELLE GARANZIE.*

Individuata la natura della sostituzione dei versamenti in danaro disciplinati dall'art. 2464, quarto comma, c.c., è opportuno risolvere i principali problemi concreti che l'istituto comporta, individuando a proposito la disciplina applicabile.

Le fonti delle conclusioni in merito si traggono dalla disciplina della s.r.l. e dall'inquadramento della fattispecie in termini di garanzia autonoma (a prima richiesta e senza eccezioni): è così possibile una ricostruzione esaustiva dell'istituto in attesa di ulteriori elementi che potranno trarsi dal regolamento emanato dal Presidente del Consiglio dei ministri, dalla prassi operativa e dall'interpretazione giurisprudenziale.

I principali nodi interpretativi che si affronteranno riguardano: a) l'iscrizione in bilancio del conferimento in danaro, il cui versamento è sostituito dalla polizza; b) la disciplina del potere di sostituzione della polizza con il versamento da parte del socio; c) il momento di escussione della polizza; d) i rapporti tra socio, creditori sociali e società; e) i mezzi di estinzione diversi dall'adempimento in rapporto all'ipotesi di garanzie bancarie o assicurative; e) le vicende circolatorie della quota nella fattispecie in esame.

## A) Iscrizione in bilancio

Il primo problema che si può porre in ordine all'istituto *de quo* attiene all'iscrizione in bilancio della fattispecie.

E' noto che in caso di versamento del 25% del conferimento in danaro, residueranno crediti verso i soci per conferimenti, che ai sensi dell'art. 2424 c.c. devono essere inseriti alla lettera A) dell'attivo; se, invece, il versamento è avvenuto per intero, in quanto la s.r.l. è unipersonale, la suddetta voce non viene appostata o meglio è pari a zero.

Il fatto che il legislatore parli di sostituzione del versamento potrebbe far pensare che anche dal punto di vista contabile si verifichi una situazione perfettamente coincidente a quella appena descritta, che consente di inserire il credito verso il socio per conferimento nella posta del bilancio all'uopo prevista solo per la parte non garantita.

Questa ricostruzione, però, non risponde all'inquadramento che abbiamo dato in precedenza dell'istituto in esame: si potrebbe, infatti, giungere alla conclusione dell'estinzione del credito verso il socio per la parte garantita, solo ove si considerasse la fideiussione equivalente all'adempimento; essa, invece, è mera garanzia che come tale non estingue il credito verso il socio, che va iscritto in bilancio nella sua integrità.

Le garanzie a favore della società, di qualsiasi tipo, vengono secondo una prassi<sup>99</sup> inserite nei conti d'ordine in calce al bilancio, ai sensi dell'art. 2424, ultimo comma,

---

<sup>99</sup> La prassi viene considerata accettabile da Superti Furga, *Il bilancio di esercizio italiano*, Padova, 68.

c.c. e si potrebbe così operare anche per quelle di cui all'art. 2464 c.c.. Si tratta, peraltro, di prassi non considerata suffragata da obbligo di legge, attesa la mancanza di ogni rischio per la società: secondo alcuni<sup>100</sup> sarebbe più opportuno inserire le garanzie a favore nella nota integrativa nella parte relativa alle chiarificazioni sulle valutazioni delle singoli voci (art. 2427 n. 1) c.c.).

Questa impostazione è peraltro più convincente di quella opposta, secondo cui la parte garantita non deve essere iscritta nell'attivo patrimoniale fra i crediti, in quanto in tal caso la società comincerebbe già con una perdita di bilancio<sup>101</sup>.

Si pensi schematicamente ed in via semplificativa ad una s.r.l. unipersonale il cui patrimonio iniziale sia corrispondente al conferimento di 10000 euro dell'unico socio: in caso di versamento integrale, inizialmente l'attivo sarà composto da una voce di 10000 nelle disponibilità liquide (il danaro in cassa o depositato ottenuto dopo l'iscrizione dagli amministratori), mentre il passivo da una voce di 10000 euro di capitale sociale (nell'ambito del patrimonio netto); se, invece, non ci fosse versamento per la sua sostituzione con la garanzia e non venisse indicato il credito verso soci per conferimento, nell'attivo non ci sarebbe appostamento, mentre al passivo continuerebbero a risultare i 10000 euro di capitale. Per convenzione contabile prima dell'inizio dell'esercizio dell'attività, nel rispetto delle regole dei

---

<sup>100</sup> Si tratta di garanzie a favore che rafforzano i crediti e da cui non può derivare rischio per la società come per quelle prestate e pertanto non vanno iscritte nei conti d'ordine. Così Colombo, *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato Colombo-Portale*, cit., 7\*,380; Trib. Milano, 29 settembre 1988, in *Società*, 1989, 255.

<sup>101</sup> Evidenzia il rischio per una corretta misurazione delle perdite e degli utili di esercizio di un mancato inserimento all'attivo di poste corrispondenti ai conferimenti iniziali al momento della costituzione Di Sabato, *Capitale*, op. cit., 251.

conferimenti, non possono risultare perdite di bilancio, sicchè è necessaria l'iscrizione all'attivo di una posta di 10000 euro<sup>102</sup>.

Secondo l'impostazione che si preferisce essa deve indicare il credito verso il socio per il conferimento, in quanto nei confronti del garante vi è appunto solo un rapporto di garanzia. Non è, però, da escludere che per prassi contabile si possa decidere di appostare il credito nei confronti del garante per l'intero valore della garanzia, in luogo del credito verso il socio (ovviamente per la sola parte garantita).

Questa modalità sembra meno fedele all'inquadramento della fattispecie (non si tratta di conferimento di credito, ma di danaro<sup>103</sup>) e non proprio rispondente in pieno alle regole di valutazione dei crediti, ma idonea a rappresentare la natura autonoma della garanzia e la necessità di richiedere l'adempimento prima al garante.

Mi sembra, inoltre, che questa prassi possa essere utile a manifestare l'equivalenza al versamento anche ai fini del rispetto dell'art. 2438 c.c.: nonostante la mia preferenza per l'appostamento nei crediti verso i soci per versamenti ancora dovuti anche in relazione alla somma garantita, non ci si può stracciare le vesti se la fattispecie verrà iscritta in bilancio nel diverso modo appena descritto. La sola prospettiva inaccettabile è quella della mancanza di ogni appostamento per la parte garantita, quasi si trattasse di avvenuto adempimento e la società avesse soddisfatto il suo

---

<sup>102</sup> Proprio in ragione della necessaria copertura del capitale i crediti verso soci sono valutati non al presumibile valore di realizzo, ma al valore nominale; essi hanno un "Doppelcharakter" (doppio carattere), in quanto oltre ad essere crediti sono Korrekturposten (poste correttive) del capitale sociale: impediscono perdite di bilancio per il solo fatto di non versare immediatamente il conferimento : cfr. Portale, Mancata attuazione del conferimento in natura, in Trattato Colombo-Portale, cit., vol. 1\*\*\*, 643, nt. 158 ove ulteriori citazioni di diritto comparato in merito. Anche in caso di conferimenti garantiti sono necessarie, perciò, Korrekturposten.

<sup>103</sup> Ricordiamo che quando si conferisce un credito di un terzo esso deve essere valutato ai sensi dell'art. 2343 o dell'art. 2465 c.c. e deve essere inserito al valore di realizzo e non a quello nominale.

interesse: si è, infatti, dimostrato che tale soluzione comporterebbe un'immediata perdita di bilancio, senza che l'attività sia neanche iniziata.

#### B) Il potere di sostituzione della polizza

Dalle norme esaminate in tema di s.r.l. ed in particolare dal tenore letterale degli artt. 2464, quarto comma, e 2466, ultimo comma, c.c., si evince che il socio può in ogni momento sostituire la garanzia prestata con il relativo versamento.

Si tratta di una facoltà concessa anche se la garanzia è inefficace, per evitare il procedimento del socio moroso di cui all'art. 2466 c.c.

L'inquadramento di questo potere può essere duplice: a) adempimento parziale eccezionalmente consentito per legge, che, dunque, non consente alla società possibilità di rifiuto (cfr. art. 1181 c.c.); b) sostituzione della garanzia del conferimento, consentita normativamente: passaggio dalla polizza assicurativa alla garanzia del versamento assimilabile alla caparra.

A mio parere, invece, non ci sono dubbi che, quando la sostituzione riguardi l'intero conferimento (ipotesi di s.r.l. unipersonale), sia configurabile solo un adempimento dell'ancora sussistente obbligo derivante dalla sottoscrizione del capitale, atteso l'effetto estintivo sul rapporto.

In verità il riferimento alla sostituzione da parte del legislatore farebbe pensare per il caso del versamento parziale all'ipotesi sub b) sopra descritta; peraltro al contrario l'esigenza di un inquadramento unitario del diritto del socio farebbe propendere per

l'opposta soluzione: non sembra, però, che dal diverso inquadramento discendano particolari differenze di disciplina.

Non è, invece, possibile l'ipotesi inversa rispetto a quella disciplinata, cioè la sostituzione dei versamenti effettuati con la polizza; ciò non sembra consentito non tanto e non solo per la mancanza di espressa previsione, ma soprattutto per la contrarietà al divieto penalmente sanzionato di restituzione dei conferimenti (cfr. art. 2626 c.c.).

Sul momento in cui effettuare il versamento sostitutivo il legislatore non pone limiti al diritto del socio, consentendolo anche in caso di inefficacia della polizza.

E' necessario, però, a mio parere mettere in condizione il socio di esercitare questo diritto nel caso specifico dell'escussione della polizza. Essendo la garanzia in esame a prima richiesta e, dovendo la società chiedere l'adempimento in primis al garante, il socio non può essere richiesto del pagamento; mi sembra, però, che in attuazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto<sup>104</sup> (cfr. art. 1375 c.c.) gli amministratori devono dare comunicazione al socio dell'intenzione di escutere la polizza.

Egli, infatti, potrà liberamente decidere se esercitare il diritto di sostituire la garanzia con il versamento; ovvero non farlo e rischiare il regresso del garante che lo espone ad un sacrificio maggiore, in quanto comprensivo di spese ed interessi (cfr. art. 1950 c.c.) nota su rilievo ex art. 1953 c.c.

---

<sup>104</sup> L'obbligo di eseguire il contratto con l'utilizzo del parametro della buona fede impone il canone della salvaguardia (cfr. Bianca, Diritto civile 3. Il contratto, 1987, 472): se, perciò, non sussiste un apprezzabile sacrificio è necessario preservare l'interesse della controparte a non subire decurtazioni patrimoniali ulteriori nell'esecuzione.



Questa conclusione non inficia la validità della tesi dell' onere di preventiva escussione della polizza a carico della società: il socio, infatti, non può essere obbligato dalla società al versamento (se non in caso di infruttuosa escussione), ma viene solo messo in condizione di esercitare un suo diritto al fine di evitargli maggiori danni.

### C) Momento dell'escussione della garanzia e disciplina

In relazione al momento di escussione della polizza manca una disciplina specifica, che renda certa l'acquisizione di conclusioni operative per l'interprete.

La sua ricostruzione non può prescindere dalla notazione che è possibile che parte di questa disciplina potrà essere contenuta nella normativa secondaria di attuazione (decreto del Presidente del Consiglio dei ministri). In particolare si ritiene che esso potrà prevedere la necessità di determinazione della durata della polizza<sup>105</sup>, che potrebbe anche essere pari alla durata della società: si può porre il problema se essa possa durare a tempo indeterminato o meglio fin quando il rapporto garantito non sia esaurito per escussione della polizza, per esercizio da parte del socio del potere di sostituzione tramite versamento ovvero per scioglimento del rapporto sociale: a mio parere per un corretto funzionamento dell'istituto ciò dovrebbe essere consentito.

La funzione delle garanzie sostitutive del versamento è, infatti, evitare l'esborso del conferimento anche fino allo scioglimento della vicenda sociale e l'individuazione di un termine pregiudicherebbe il raggiungimento di questo scopo.

---

<sup>105</sup> Così Miola, I conferimenti in s.r.l., ult. loc. cit. in nt. 2; è appena il caso di specificare che anche il caso della scadenza rende attuale l'obbligo del socio e consente nei suoi confronti il procedimento di cui all'art. 2466 c.c. In ogni caso la mancata escussione della garanzia prima della scadenza può configurare una responsabilità degli amministratori. Ma su ciò si veda infra.

In ogni caso anche in presenza di un termine finale di efficacia della polizza o della fideiussione resta fondamentale porsi il problema del momento dell'escussione: quando, prima della scadenza di questo termine, la garanzia può essere escussa?

Per risolvere la questione mi sembra che possa essere utile partire dalla considerazione che la polizza o la fideiussione garantiscono un obbligo di conferimento non versato e, dunque, devono seguire la disciplina dei versamenti non effettuati: si tratta, in particolare, di un'ipotesi eccezionale in cui i versamenti non effettuati possono riguardare l'intero conferimento, perché di questo risponde a prima richiesta e senza eccezioni un garante qualificato.

Come è noto si esclude che per i versamenti ancora dovuti sia necessaria l'indicazione di un termine nell'atto costitutivo: questo era espressamente previsto per l'abrogato codice di commercio (art. 89 n.4). Nulla vieta di fissare questo termine anche sotto la vigenza della disciplina attuale con l'indicazione di una data precisa, ma nella prassi operativa è disposizione che non viene mai inserita nello statuto<sup>106</sup>.

Ciò potrebbe far pensare all'immediata esigibilità del credito a norma dell'art. 1183 c.c., norma che è felicemente riassunta nel brocardo latino *quod sine die debetur, statim debetur*.

Quest'impostazione non è, però, condivisa dalla dottrina preferibile<sup>107</sup> che ritiene giustamente non immediatamente esigibili i versamenti non dovuti: essi, infatti, non

---

<sup>106</sup> Così Spolidoro, I conferimenti, op. cit., 391

<sup>107</sup> Simonetto, Prestazione del socio e compensazione, in Riv. dir. comm., 1955, I, 248; Spolidoro, op.ult.loc.cit.

producono interessi di pieno diritto<sup>108</sup>, attesa la possibilità di richiamare solo i decimi ex artt. 2344 e 2466 c.c.; mentre i debiti scaduti, per il principio di naturale fecondità del danaro, producono tali interessi (cfr. art. 1282 c.c.). Inoltre il socio può essere richiesto solo del versamento dei decimi e non del risarcimento del maggior danno per il ritardo<sup>109</sup>.

Ciò vuol dire che un termine per il versamento esiste, anche se non indicato: in dottrina si è parlato di somma non disponibile, ma esigibile e cioè di un termine nell'interesse del creditore<sup>110</sup>. A mio parere si può parlare di un termine rimesso alla volontà del creditore, ai sensi dell'art. 1183, ultimo comma, c.c.: ciò in pratica vuol dire che il creditore può in qualsiasi momento far scattare il termine con formale richiamo scritto del conferimento non versato.

Non ritengo, invece, che si possa applicare la parte della norma appena citata relativa alla richiesta giudiziale di un termine da parte del debitore al fine di liberarsi, perché questa si riferisce all'ipotesi più diffusa che il termine rimesso alla volontà del creditore sia in suo favore; in tal caso prima della scadenza del termine egli non è tenuto a ricevere il pagamento del debitore.

La particolarità del caso societario consiste nel fatto che il termine è rimesso alla volontà del creditore, ma rimane a favore del debitore: solo così si può spiegare perché fino alla richiesta che fa scadere il termine, esso non sia esigibile (si ricordi,

---

<sup>108</sup> Così gli autori della nota precedente e conformemente Frè e Sbisà, Società per azioni, in Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Bologna, 1997, 151; contrario Graziani, Variazioni sul tema delle società di capitali.

Ripartizione degli utili fra azioni liberate e non liberate, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1953, 747.

<sup>109</sup> Ricordiamo, poi, che la mora delle obbligazione querables come quelle pecuniarie è automatica alla scadenza del termine (cfr. art. 1219, n.3 c.c.), mentre per gli ulteriori versamenti è richiesta per la mora il procedimento con la diffida ad adempiere di cui agli art. 2344 e 2466 c.c.

<sup>110</sup> Così Spolidoro, op.ult.loc.cit.

infatti, che se il termine fosse in favore del solo creditore, cioè della società, come pure si è sostenuto in dottrina<sup>111</sup>, esso sarebbe esigibile: cfr. art. 1185, primo comma, c.c.); ciò spiega anche perché il socio può sempre liberarsi adempiendo all'obbligo di conferimento: ciò lo si ricava, secondo la dottrina prevalente, dalla sua facoltà (pur mortificata dalle leggi speciali) di scegliere per le azioni al portatore che necessitano un'integrale liberazione al momento dell'emissione<sup>112</sup> (cfr. art. 2354 c.c.); a mio parere ancora a maggior ragione lo si ricava dal fatto che condizione per la costituzione sia il versamento preventivo in banca di *almeno* il 25% del conferimento in danaro: almeno significa che il socio ha anche la facoltà di versare più del 25% fino alla totalità e se lo può fare al momento della sottoscrizione, lo può fare anche dopo.

Mi sembra, perciò, che si tratti di termine a favore del socio, pur se la sua determinazione è rimessa alla volontà del creditore<sup>113</sup>.

A me sembra che anche la garanzia sostitutiva del versamento sia caratterizzata da questo termine rimesso alla volontà della società creditrice: essa può chiedere liberamente al garante facendo scadere il termine dal momento in cui manifesta la volontà di riscossione. Il potere, però, di pagare per estinguere il debito prima della richiesta dell'escussione spetta solo al socio, cui è attribuita la facoltà di sostituzione della polizza con il versamento: d'altro canto il garante non ha alcun interesse a pagare prima della richiesta del creditore.

---

<sup>111</sup> Ancora Spolidoro, op.ult.loc.cit. che ritiene altrimenti praticato uno sconto sulle azioni e violata la discipline dell'integrità del capitale.

<sup>112</sup> Spolidoro, op.ult.loc.cit..

<sup>113</sup> Ciò non inficia la disponibilità e l'integrità del capitale sociale, poiché essendo il termine rimesso alla volontà del creditore la società può in qualsiasi momento far scadere l'obbligazione: mi sembra proprio il perfetto inquadramento del concetto di "disponibile, ma non esigibile" dello Spolidoro senza che venga intaccata l'integrità del capitale.

Si sostiene in dottrina e giurisprudenza che il potere della società relativo alla richiesta degli ulteriori decimi e, dunque, nel caso di specie relativo anche all'escussione della garanzia sia discrezionale ed insindacabile<sup>114</sup>: se è rimesso il termine al creditore, egli non ha obblighi nella sua fissazione.

In realtà, però, bisogna tener presente che: 1) ogni creditore nel rapporto obbligatorio e nell'esecuzione del contratto (cfr. artt. 1175 e 1375) deve rispettare i fondamentali principi di correttezza e buona fede; 2) nel caso di specie la titolarità del potere di richiamo spetta all'organo amministrativo, che, nell'esercizio del suo potere, deve rispettare l'obbligo generale di agire con diligenza e quello concreto di conservare l'integrità patrimoniale della società.

E', perciò, escluso che ad esempio il giorno dopo l'avvenuta iscrizione o in presenza di una situazione patrimoniale florida venga escussa la garanzia del versamento: lo impedisce l'obbligo di buona fede suddetto; il rimedio potrebbe essere l'azione da parte del socio ex art. 2476, sesto comma, (omologo all'art. 2395 c.c.) c.c. per il danno subito direttamente nel suo patrimonio a causa del regresso (in particolare maggiori spese ed interessi). Non vi è, invece, possibilità di restituzione al socio: la sua tutela è di natura risarcitoria nei confronti di chi ha violato l'obbligo di correttezza e buona fede<sup>115</sup>.

Più rilevante è la possibilità di abuso del potere di richiamo a favore del socio, in quanto risulterà più frequente, atteso il fatto che l'organo amministrativo è

---

<sup>114</sup> Così Spolidoro, op.ult.loc.cit.

<sup>115</sup> In particolare è mio parere che la vera funzione dell'art. 2395 c.c. è evitare l'imputazione alla società di danni cagionati dagli amministratori in violazione dei doveri imposti dalla legge: sul problema della sovrapposizione tra 2395 e 2043 c.c. vedi Monelli, Gli amministratori, in Trattato Colombo-Portale, cit., vol. 4, 458

espressione dei soci ( e non è escluso che possa coincidere in tutto o in parte con i soci conferenti in danaro).

Sembra, perciò, doveroso escutere la polizza o la fideiussione, quando ciò è necessario per la corretta gestione societaria ed in particolare per il pagamento di crediti sociali scaduti; ovvero quando la polizza ha un termine e si è in prossimità della sua scadenza; ovvero in luogo di richiedere finanziamenti che graverebbero troppo il patrimonio della società, sbilanciando il rapporto tra capitale proprio e capitale di terzi investito nell'esercizio dell'attività. In tali casi in mancanza si può far valere la responsabilità nei confronti della società da parte degli amministratori ex art. 2476 c.c. per i danni cagionati al patrimonio sociale per la ritardata escussione della garanzia.

Esistono, poi, i casi in cui la valutazione discrezionale è ancora più limitata: ad esempio i liquidatori, se mancano in sede di liquidazione della società mezzi per pagare i creditori, devono immediatamente escutere la polizza.

L'art 2491 c.c. dispone, infatti, che essi possono chiedere proporzionalmente ai soci i versamenti ancora dovuti, in caso di insufficienza dei fondi disponibili. E' noto che quel "possono" viene dalla dottrina interpretato come "devono"<sup>116</sup>: nel caso di presenza di garanzie bancarie e assicurative, per quanto detto, è necessario prima di chiedere al socio, l'escussione del garante con le modalità suddetta. Come la richiesta al socio ex art. 2491 c.c., anche tale escussione pare, di conseguenza, doverosa.

---

<sup>116</sup> Sulla discussione dottrinale della portata di quest'obbligo cfr. Spolidoro, op.ult.cit.,397.

In caso di necessità di ridurre il capitale per perdite, può essere opportuna l'escussione della polizza: come è ovvio essa non è in grado di ripianare la perdita, in quanto si limita a sostituire all'attivo di bilancio ad un credito (nei confronti del socio o del garante, secondo l'impostazione che si preferisce: cfr lett A) del presente paragrafo) denaro in cassa nell'attivo circolante.

Con la polizza, però, non si possono estinguere i debiti, mentre con il danaro ciò può avvenire; inoltre in presenza di perdite una maggiore liquidità può essere utile a rilanciare l'attività sociale. Sembra, perciò, che in tali casi la sicura utilità dell'escussione limiti fortemente la discrezionalità degli amministratori ed in mancanza di richiesta di pagamento al garante ne individui una sicura responsabilità.

Per quanto riguarda il fallimento, nella nuova disciplina delle procedure concorsuali (art. 151 l. fall. come modificato dal progetto) è espressamente previsto il potere del giudice delegato di autorizzare il curatore ad escutere le garanzie di cui all'art. 2464 c.c., quando ciò sia possibile. Con quest'ultimo inciso il legislatore ha, a mio parere, voluto precisare che non si tratta di nuovo potere, bensì del potere spettante originariamente agli organi sociali e da questi non esercitato; esso, perciò, è subordinato agli stessi limiti gravanti sugli organi<sup>117</sup> (si tratta delle cause di estinzione di cui all'ultimo comma dell'art. 2464 c.c.).

---

<sup>117</sup> Così correttamente per il richiamo dei decimi prima della riforma Campobasso, Fallimento della società ed esecuzione dei conferimenti in danaro, cit. 536 e ss.

*4. segue: D) I RAPPORTI TRA SOCIO, CREDITORI SOCIALI E SOCIETA'; E) MEZZI DI ESTINZIONE DIVERSI DALL'ADEMPIMENTO E GARANZIE EX ART. 2464 C.C.; F) VICENDE DELLA QUOTA.*

D) I rapporti tra socio, società e creditori sociali

In relazione al rapporto tra società e garante nella fattispecie di cui all'art. 2464, quarto comma, c.c. si è già analizzata la modalità di escussione della polizza e la sua disciplina.

Un ulteriore approfondimento merita, invece, il **rapporto tra società e socio** che sostituisca al versamento in danaro la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa.

Si è già precisato che egli rimane obbligato al pagamento del debito da conferimento, ma è obbligato sussidiario: cioè il suo debito rimane subordinato all'escussione della polizza e, come detto, ciò si evince dalla disciplina dell'ultimo comma dell'art. 2466 c.c. che, per l'ipotesi di garanzia, sembra applicare la disciplina del socio moroso solo all'ipotesi di inefficacia della polizza. A mio parere questa conclusione è valida anche per i versamenti ancora dovuti: in pratica qualora la garanzia sostituisca il versamento del 25% del conferimento, egli non può essere richiesto del versamento dell'ulteriore 75% prima di aver escusso la polizza; in particolare senza dubbio non si può sciogliere il vincolo sociale con il procedimento del socio moroso.



Se, infatti, si potesse escludere il socio moroso, a differenza dell'ipotesi del versamento non si potrebbero trattenere i centesimi già versati, con una loro definitiva perdita; né si potrebbe dopo chiedere più al garante, attesa l'estinzione del rapporto garantito. Quando si escute prima la polizza, invece, i centesimi sono definitivamente acquisiti alla società e si può successivamente (anche nell'immediatezza) chiedere l'ulteriore versamento al socio trattenendo quanto si è riscosso tramite l'escussione.

Ciò non toglie che il socio possa volontariamente versare la parte del conferimento non garantita: se, infatti, egli può in qualsiasi momento farlo per la parte garantita, sostituendo la polizza, credo che possa farlo anche per quella non garantita (nota su dubbi).

Esistono, poi, casi<sup>118</sup> in cui il credito nei confronti del socio diviene immediatamente esigibile: si tratta dei casi in cui la polizza scada o divenga inefficace, che permette alla società di chiedere immediatamente il versamento anche coattivamente o di sciogliere il socio moroso dal vincolo sociale.

A mio parere in questi casi la società è obbligata a farlo e per l'intero valore del conferimento, essendo venuta meno una condizione per la costituzione ed essendo irragionevole esperire una procedura esecutiva per una sola parte del credito. Si tratta, perciò, di uno di quei casi in cui gli amministratori sono obbligati a procedere ex art. 2466 c.c. ed in mancanza è configurabile una loro responsabilità.

---

<sup>118</sup> Per un'elencazione più puntuale dei casi si confronti Miola, op.ult.loc.cit.

Così si spiega anche il nuovo richiamo alla sostituzione del socio con il versamento che elimina, a mio parere, questo dovere: la società può accontentarsi della sostituzione con il versamento del 25% del conferimento senza dover necessariamente eseguire il socio per l'intero conferimento o scioglierlo per la disciplina del socio moroso. Ritorna, perciò, solo una facoltà della società quella di chiedere gli ulteriori centesimi non riscossi, per i quali il socio conserva il beneficio del termine fino a richiesta. (nota 1186).

Qualora il socio non sostituisca il versamento dei decimi e rimanga inadempiente e la società scelga, in luogo della procedura esecutiva, di vendere la sua quota, a mio parere gli amministratori devono anche chiedere al socio il risarcimento del danno: nel caso di preventivo versamento questa richiesta è preclusa secondo la dottrina preferibile<sup>119</sup> dal fatto che si trattengano i decimi riscossi che sostituiscono la pretesa risarcitoria, assimilati, come detto, alla caparra o, dalla suddetta dottrina, ad un'ipotesi di penale legale. Nel caso di specie la mancanza di ogni versamento non preclude la richiesta del risarcimento e, anzi, la necessità di preservare l'integrità del patrimonio sociale integra un vero e proprio obbligo in tal senso degli amministratori.

In ordine ai casi di inefficacia della polizza, è appena il caso di ricordare che il garante non può opporre le invalidità del rapporto garantito, per l'autonomia delle garanzie in esame (di cui si dirà meglio in seguito), ma, in ogni caso, può opporre

---

<sup>119</sup> Sull'assimilazione della possibilità di trattenere i decimi ad una penale legale ed sulla conseguenza di non poter chiedere ulteriori danni (su cui si veda Trib. Roma 19 aprile 1995, in Gius, 1995, 1646) cfr. Marini, La clausola penale, Napoli, 1984, 58; Mazzaresse, Clausola penale e pena privata, in Le pene private, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1984, 225.

l'invalidità della garanzia: ad esempio la sua nullità o annullabilità o risoluzione per mancato pagamento della commissione o del premio (nota su garanzie).

Sono questi i casi di inefficacia cui si riferisce la norma, cui va aggiunto, a mio parere, l'ipotesi in cui l'escussione del garante è impedita dalla sua insolvenza.

Diverso problema riguarda i rapporti tra creditori sociali e società in presenza della fideiussione bancaria o della polizza assicurativa in sostituzione del versamento. Già si avuto modo di dire che, nonostante il riferimento a garanzie, non aumenta nel caso di specie la tutela dei creditori e la funzione di garanzia del capitale sociale: solo la società, infatti, può escutere la polizza o la fideiussione che sono prestate nei suoi confronti; si tratta, perciò, di beni non suscettibili di esecuzione forzata che pure coprono il capitale sociale.

Si è, però, detto della recuperabilità di tali valori al patrimonio sociale, azionando la pretesa derivante dalla garanzia: in caso di inerzia idonea a danneggiare i creditori sociali si può anche pensare ad un'escussione della fideiussione bancaria o della polizza assicurativa mediante l'azione surrogatoria.

A proposito si può sostenere che in tutti quei casi in cui sussiste un dovere di escussione degli amministratori in specificazione del più generale obbligo di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (cfr. al proposito il precedente paragrafo), si configurano, se essi non provvedano, i presupposti dell'inerzia e del pericolo di pregiudizio necessari per l'esperimento dell'azione surrogatoria.

### E) Mezzi di estinzione diversi dall'adempimento

In presenza della sostituzione del versamento in danaro con le garanzie bancarie ed assicurative bisogna porsi il problema dell'estinzione dell'obbligazione pecuniaria di conferimento con mezzi diversi dal pagamento. Si è già specificato che il socio, nonostante l'obbligazione del garante, può estinguere il rapporto in tutto o in parte sostituendo i versamenti alla garanzia; bisogna chiedersi se abbia il potere di provocare la suddetta estinzione con mezzi diversi.

In primo luogo si può escludere che la società possa accettare in luogo del versamento una diversa prestazione ai sensi dell'art. 1197 c.c.: mi sembra che non sia consentita la c.d. *datio in solutum* nel nostro caso<sup>120</sup>.

Essa, infatti, fa acquisire alla società un bene diverso dal danaro a titolo di conferimento, ma senza il rispetto della disciplina dei conferimenti in natura ed in particolare la valutazione a norma dell'art. 2465 c.c.; né il rispetto può avvenire successivamente, cioè al momento della prestazione, attesa la sua previsione quale condizione per la costituzione.

Tale opinione, prevalente in dottrina, viene rafforzata nel caso della presenza di garanzia, attesa la facilità di escussione e liberazione della parte garantita proprio a tutela dell'integrità ed effettività del capitale sociale.

Non mi pare che possa essere consentita né la **novazione** né la **remissione** dell'obbligo di conferimento: trattandosi, infatti, di mezzi di estinzione

---

<sup>120</sup> Così in genere per il versamento degli ulteriori decimi Spolidoro, op.ult.cit., 384.

dell'obbligazione non soddisfatti impingerebbero nel divieto di restituzione dei conferimenti dettato dal già citato art. 2626 c.c.<sup>121</sup>. In particolare, poi, provocando anche l'estinzione della garanzia bancaria ed assicurativa farebbero venir meno la richiesta condizione per la costituzione. Bisogna, infatti, ricordare che effetto naturale della novazione è, ai sensi dell'art.1232 c.c. l'estinzione delle garanzie che assistono il rapporto obbligatorio<sup>122</sup>.

In caso di remissione, poi, l'art. 1239 c.c. specifica che la remissione accordata al debitore libera tutti i fideiussori.

Non è configurabile, poi, un'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta, trattandosi di obbligazione pecuniaria, che per sua natura non è soggetta a questo modo di estinzione (*genus numquam perit*).

Il problema dell'estinzione per **confusione** nel caso di conferimento in s.r.l. ha una portata molto relativa, atteso il divieto per questo tipo sociale di operazioni sulle proprie quote<sup>123</sup> (cfr. art. 2474 c.c.). L'unico caso astrattamente configurabile è quello della società conferente che incorpori per fusione la società conferitaria: in tal caso la relativa confusione patrimoniale estingue l'obbligo di conferimento, e la relativa garanzia. D'altro canto, però, essa era condizione per la costituzione e presidio del capitale sociale della società incorporata che, per effetto della fusione, si estingue: non mi sembra, perciò, che in tal caso vi sia lesione dei principi d'integrità ed effettività del capitale sociale.

---

<sup>121</sup> Ancora Spolidoro, op.ult.loc.cit.

<sup>122</sup> Anche nel caso di obbligazioni plurisoggettive (come il garantito in un'obbligazione di garanzia), la novazione del rapporto di uno degli obbligati comporta l'estinzione dell'obbligazione (art. 1300 c.c.): cfr. Bianca, Diritto civile 4. L'obbligazione, Milano, 1993, 720

<sup>123</sup> Per un'analisi nella s.p.a. di queste fattispecie cfr. Spolidoro, op.ult.cit., 434 e ss.

Più complesso è il caso della **compensazione**, che ha interessato la dottrina anche molto risalente per gli ulteriori versamenti sui conferimenti del socio: può questi opporre al richiamo di questi versamenti l'eccezione di compensazione?

E' noto come la dottrina, pur minoritaria, e parte della giurisprudenza abbiano provato ad escludere l'utilizzo di tale eccezione ed in genere dell'effetto compensatorio ora facendo riferimento ad un rischio di annacquamento del capitale sociale ora, invece, riconducendo il credito di conferimento ad uno di quelli per cui sussiste il divieto di compensazione ai sensi dell'art. 1246<sup>124</sup> c.c.

L'opinione che ha prevalso è esattamente opposta<sup>125</sup>: l'annacquamento del capitale sociale è scongiurato dall'eliminazione di una posta del passivo (il debito verso il socio) che si traduce in un sicuro incremento patrimoniale; non esiste, poi, alcun divieto ai sensi del citato art. 1246 c.c. di estinguere per compensazione il debito di conferimento. Sembra, anzi, diffusa l'opinione secondo cui l'aumento di capitale può essere liberato mediante compensazione senza necessità di una perizia di stima ai sensi dell'art. 2343 c.c., attesa la certezza dell'incremento patrimoniale anche da un punto di vista quantitativo per l'eliminazione di una posta del passivo.

Con la presenza della garanzia mi pare che possa dirsi che il discorso non cambia per l'aumento del capitale con compensazione volontaria; non si verifica, invece, l'effetto

---

<sup>124</sup> Simonetto, Prestazione del socio e compensazione, in Riv. dir. comm., 1955, I, 237; Ferri, Manuale di diritto commerciale, Torino, 1996, 339; Ferro Luzzi, i contratti associativi, Milano, 1971, 317 nt.31, Montesano, Illegittimità del c.d. conferimento in compensazione, in Società, 1995, 1200; contraria anche Cass., 20 dicembre 1992, n13025, in Giur. it, 1994, I,1, 1983 con nota di Massironi

<sup>125</sup> Campobasso, Diritto commerciale, cit. in nt. 10, 194, Ferrara-Corsi, op. cit., 384; Frè-Sbisà, op. cit., 152; Martorano, Debito per conferimento in società e compensazione; Angelici, Appunti sull'art. 2436 c.c., con particolare riferimento al conferimento mediante compensazione, in Giur. comm. 1998, I, 175 e ss; Pisani Massamormile, op. cit. in nt. 6, 270 e ss; Farena, La compensazione del credito del socio etc., in riv. dir. comm., 1994, II, 230 e molti altri; favorevole all'aumento mediante compensazione, ma non all'opponibilità per i conferimenti in sede di costituzione Cass. 5 febbraio 1996, n. 936, in Giur. comm., 1997, II, 23 nota di Colucci. Favorevole in ogni caso Spolidoro, op.ult. cit., 411 e ss. ove in nota 126 si possono ritrovare riferimenti degli opposti orientamenti sulla giurisprudenza di merito.

di compensazione legale nei confronti del socio eventualmente creditore della società, perché, per quanto detto, il suo debito da conferimento non è esigibile prima dell'escussione della polizza: manca, perciò, uno dei presupposti richiesti dall'art. 1243 c.c.

Peraltro il garante non può a mio parere opporre la compensazione a favore del debitore garantito, come pure avviene per l'ordinaria fideiussione (cfr. art. 1945 c.c.): le garanzie bancarie e assicurative si caratterizzeranno, infatti, per la loro autonomia che impedisce di opporre eccezioni relative al rapporto di valuta (sono c.d. a prima richiesta e senza eccezioni): ma di ciò meglio si dirà in seguito.

Un'ultima notazione deve esser fatta a proposito della **prescrizione**: essa è relativa a diritti derivanti da rapporti sociali di società iscritta nel registro delle imprese e, dunque, si verifica dopo cinque anni<sup>126</sup> (cfr. art. 2949 c.c.).

Non si può accettare la tesi pur sostenuta in dottrina e in qualche pronuncia della giurisprudenza<sup>127</sup> secondo cui il particolare rapporto tra socio e società impedisce il decorso della prescrizione; in particolare l'approvazione del bilancio secondo questa impostazione equivarrebbe a riconoscimento del debito e, dunque, farebbe ripartire la decorrenza del termine di prescrizione. In ogni caso, peraltro, questo ragionamento non potrebbe mai essere applicato alle garanzie bancarie o assicurative che sostituiscono il versamento, poiché il garante non approva alcunché.

---

<sup>126</sup> E' questa la posizione prevalente in dottrina: cfr. per tutti Frè e Sbisà, op. cit., 153.

<sup>127</sup> Cfr. Lordi, Imprescrittibilità del debito di conferimento del socio, in Riv. dir. comm., 1938, II, 312 e ss; Cass. 5 maggio 1998, n. 3324 in Il fallimento, 1988, 1965, che si occupa di una s.a.s. ma estende il ragionamento a tutte le società.

Il *dies a quo* della prescrizione quinquennale, però, non è il momento della costituzione della società, bensì il momento della richiesta per iscritto dei conferimenti da parte degli amministratori: si è, infatti, ricordato che l'obbligo di conferimento in danaro, come quello del garante, è sottoposto ad un termine rimesso alla volontà del creditore che, dunque, impedisce l'immediata decorrenza della prescrizione. In ogni caso fino all'acclarata inefficacia della polizza non decorre neanche il termine di prescrizione per l'obbligo del socio, attesa la sua subordinazione all'escussione del garante (*contra non valentem agere non currit praescriptio*: cfr.art. 2935 c.c.).

Queste conclusioni non mutano per la citata escussione in sede di fallimento, in quanto non si aderisce alla tesi<sup>128</sup> secondo cui è rapporto del tutto nuovo derivante dal fallimento la cui prescrizione comincia a decorrere dalla sentenza dichiarativa (ragionamento simile, per intenderci a quello fatto in tema di revocatoria fallimentare).

#### F) Vicende della quota

Un interesse notevole desta il problema del trasferimento della quota attribuita a fronte di conferimenti in danaro il cui versamento iniziale è sostituito da garanzia: problema meno complesso di quello relativo alla circolazione delle quote del socio d'opera in s.r.l., che sarà trattato nel capitolo successivo , ma egualmente utile per vagliare l'esattezza dell'inquadramento della fattispecie finora presentato.

---

<sup>128</sup> Per la confutazione ed ulteriori citazioni cfr. Campobasso, op.ult.loc.cit.



A mio parere non essendo la garanzia equivalente all'adempimento del conferimento per tutto quanto si è detto finora, è applicabile per l'intero valore di esso l'art. 2472 c.c.: l'alienante è obbligato solidalmente con l'acquirente per il periodo di tre anni dall'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci per i versamenti ancora dovuti. Il pagamento non può essere domandato all'alienante se non quando la richiesta al socio moroso è rimasta infruttuosa<sup>129</sup>.

Non è, però, possibile perdere la facoltà di escutere la garanzia, che è condizione per la costituzione e presidio per l'integrità ed effettività del capitale sociale; la liberazione al termine dei tre anni dell'alienante presenta questo rischio: l'ipotesi in esame è, infatti, configurata come un accollo ex lege<sup>130</sup> e nei casi di liberazione conseguente a delegazione, espromissione o accollo, le garanzie annesse al credito si estinguono, se colui che le ha prestate non consente espressamente a mantenerle (cfr. art. 1275 c.c.). Per cui delle due l'una: o il garante consente a mantenere la sua garanzia anche a tutela dell'acquirente e, quindi, anche oltre i tre anni di responsabilità dell'alienante; ovvero, a tutela dell'integrità del capitale e per non perdere il relativo diritto e quella che era una condizione per la costituzione, gli amministratori devono escutere la polizza.

Nel caso il garante mantenga la garanzia, per la parte garantita egli sarà obbligato principale, mentre in caso di inefficacia della polizza bisogna prima chiedere all'acquirente e solo qualora questi divenga socio moroso si può nei tre anni

---

<sup>129</sup> Per la parte garantita non è applicabile la disciplina di pegno ed usufrutto d'azioni (cfr. comb disp. artt. 2371bis e 2352 c.c.) sugli ulteriori versamenti fin quando la garanzia è efficace, perché deve prima avvenire l'escussione del garante

<sup>130</sup> In particolare sulla natura di accollo vedi Cicala, Saggi, Napoli, 1976, 81 e ss.

dall'iscrizione nel libro soci dell'alienazione chiedere anche all'alienante (cfr. art. 2472, ultimo comma, c.c.). Se, invece, il garante non consente a mantenere la garanzia anche per l'acquirente e si deve, perciò, escutere la polizza, fermo restando il regresso nei confronti del socio alienante garantito, i rapporti tra questo e l'acquirente dipendono dal contratto di trasferimento della quota.

Il problema in esame non si pone se il trasferimento avviene a titolo di eredità: l'erede, infatti, subentra in tutti i rapporti attivi e passivi del de cuius, ivi compreso il debito di conferimento e la relativa garanzia<sup>131</sup>; non si applica, perciò, l'art. 2472 c.c. e il rapporto tra socio e società rimane identico come se si trattasse ancora del defunto dante causa. Non è così per il caso di legato avente ad oggetto la quota: il legatario, infatti, non subentra nei debiti e, perciò, risponde della liberazione della quota solo in ragione dell'art. 2472 c.c.. Si pongono, perciò, le stesse esigenze del caso dell'alienazione della quota.

In caso di recesso del socio che ha sostituito il conferimento in danaro con la garanzia, bisogna analizzare cosa succeda se, al momento del recesso, la garanzia non è ancora stata escussa, né il socio si sia avvalso della facoltà di sostituirla con il versamento in danaro.

Sembra opportuno a chi scrive distinguere a proposito in ragione della modalità di liquidazione della quota del socio receduto: se, infatti, essa verrà effettuata cedendolo a soci o a terzi (cfr. art. 2473, quarto comma, c.c.) si pongono gli stessi problemi presentati per l'alienazione. Se, viceversa, bisogna utilizzare il patrimonio della

---

<sup>131</sup> Sull'argomento con posizioni non troppo coincidenti Spolidoro, op.ult.cit., 378

società, si può direttamente decurtare dal valore della quota i conferimenti ancora dovuti: in caso contrario, infatti, la società escussa la garanzia, non potrebbe ritenerne l'ammontare, (che farebbe parte del valore di mercato della quota comunque dovuto al socio receduto: cfr. art.2473, terzo comma c.c.) e dovrebbe liquidarlo al socio; si tratterebbe di una inutile partita di giro, non vantaggiosa per la società e addirittura svantaggiosa per il socio, in quanto con il regresso del garante dovrà anche pagare le spese e gli interessi a suo carico.





