

UNIVERSITA' DI CATANIA

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

**DOTTORATO DI RICERCA
IN DIRITTO COMMERCIALE**

**L'ASSEGNAZIONE DI AZIONI IN MISURA
NON PROPORZIONALE AL CONFERIMENTO**

**Tutor:
Chiar.mo Prof. ANTONIO SERRA**

**Dottoranda:
Dott. FABRIZIA FIANDACA**

Coordinatore: Chiar.mo Prof. PIERPAOLO SANFILIPPO

XXI CICLO

INDICE

INTRODUZIONE

1. La novità della assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento.....p. 1
2. I problemi.....p. 3
3. Limiti dell'approccio tradizionale.....p. 8
4. La assegnazione non proporzionale come regola organizzativa: necessità di un inquadramento sistematico dell'istituto.....p. 11

CAPITOLO PRIMO

1. La assegnazione non proporzionale nell'ambito della riforma delle società di capitali del 2003.....p. 14
2. Linee generali della riforma.....p. 18
3. La derogabilità della rigida proporzionalità come conseguenza del processo storico di "normalizzazione" della responsabilità limitata: la responsabilità limitata come concessione eccezionale del sovrano ed il controllo di merito di cui alla codificazione del 1865.....p.21
4. (segue) Il controllo di legittimità del tribunale ed il moltiplicarsi delle norme imperative nella disciplina della società per azioni: la codificazione del 1882..... p. 23
5. (segue) Dall'omologa necessaria e preventiva all'omologa eventuale e successiva: il controllo del notaio come indizio della normalizzazione della responsabilità limitata.....p. 26
6. (segue) L'ultima fase della normalizzazione della autonomia perfetta come modo del fare impresa, l'abdicazione delle norme imperative a favore della autonomia dei soci: la riforma del 2003.....p. 30
7. L'autonomia statutaria nella riforma.....p. 34
8. Rilevanza interna e (ir)rilevanza esterna della distribuzione del capitale: la effettività del capitale sociale (anche alla luce delle disposizioni comunitarie).....p. 36

CAPITOLO SECONDO

1. Il problema della qualificazione della assegnazione non proporzionale: regola costitutiva o regola corporativa?.....p. 41
2. L'assegnazione non proporzionale tra contrattualismo ed istituzionalismo: breve digressione su un antico dibattito.....p. 43

3. La assegnazione non proporzionale tra contratto sociale e profili corporativi	p.49
4. La posizione giuridica dell'azionista rispetto all'operazione di assegnazione non proporzionale.....	p. 52
5. L'assegnazione non proporzionale rispetto al principio di necessaria correlazione tra rischio e potere e di parità di trattamento tra i soci.....	p. 56
6. I due casi di applicazione del nuovo istituto prospettati dalla Relazione di accompagnamento: l'apporto di utilità non diversamente conferibili, e la diversa assegnazione in esito alla revisione della stima.....	p. 62
7. Considerazioni riepilogative.....	p. 67

CAPITOLO TERZO

1. Alla ricerca della causa della assegnazione non proporzionale	p. 73
2.1 Alcune ricostruzioni “tipiche”: il sovrapprezzo.....	p. 76
2.2. (segue) il contratto a favore del terzo e l'adempimento del terzo.....	p. 82
3. Una nuova “tipicità”: dalla regola organizzativa alla <i>causa societatis</i>	p. 88
4. Le concrete differenze della configurazione della causa come <i>causa societatis</i> , ovvero della non utilizzabilità della assegnazione non proporzionale al fine di porre in essere una attribuzione indiretta.....	p. 90
5. L'assegnazione non proporzionale in sede di aumento di capitale: fattibilità dell'operazione e <i>quorum</i> necessario per la approvazione della deliberazione.....	p. 96
6. L'introduzione della clausola statutaria di aumento di capitale con assegnazione non proporzionale: fattibilità dell'operazione e <i>quorum</i> necessario per l'approvazione della deliberazione.....	p. 104
7. L'assegnazione non proporzionale ai suoi estremi: il socio non conferente, il conferente non socio ed il divieto del patto leonino.....	p. 108

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La novità della assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento. 2. I problemi. 3. Limiti dell'approccio tradizionale. 4. La assegnazione non proporzionale come regola organizzativa: necessità di un inquadramento sistematico dell'istituto.

1. La novità della assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento.

Il presente lavoro ha per oggetto il disposto del quarto comma dell'art. 2346 c.c., da più parti individuato quale una delle più rilevanti novità introdotte dalla riforma delle società di capitali attuata per decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6¹.

La norma in parola, infatti, nella misura in cui importa – pur, come si vedrà, nel necessario rispetto del principio della effettività del capitale sociale – la possibilità di

¹ Trattasi, come è noto, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, recante “Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366”, in Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 8, emanato, appunto, sulla scorta della legge n. 366 del 2001, contenente “*Delega al Governo per la riforma del diritto societario*”, in Gazzetta Ufficiale n. 234 dell'8 ottobre 2001.

Per una prima bibliografia sul diritto delle società di capitali riformato, si vedano, tra i tanti: AA.VV., *Il nuovo diritto societario, Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, a cura di A. Genovese, Giappichelli, Torino, 2004; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali, Lezioni di diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2006; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti, F. Vella, Il Mulino, Bologna, 2004; A. BASSI, V. BUONOCORE, S. PESCATORE, *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Giappichelli, Torino, 2003; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2003; F. GALGANO, *Diritto commerciale*, Zanichelli, Bologna, 2005; GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale di diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2004; MARASÁ G., *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*, Scritti, CEDAM, Padova, 2005, AA. VV. *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, UTET, 2007; AA.VV. *Diritto delle società. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2006; nonché, per un commento alle singole disposizioni normative: AA.VV., *La riforma delle società, Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. Sandulli e Vittorio Santoro, Giappichelli, Torino, 2003; AA. VV., *Il nuovo diritto societario, Commento al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art. 1)*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Zanichelli, Bologna, 2004; AA. VV. *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, aggiornato al d. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di A. Maffei Alberti, CEDAM, Padova, 2005; AA. VV., *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Egea, Giuffrè, Milano, 2005.

prevedere statutariamente una assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento, costituisce, senza dubbio alcuno, un significativo punto di rottura rispetto alla precedente disciplina della società per azioni, tradizionalmente improntata al rispetto dell'obbligo di rigida corrispondenza tra l'entità della partecipazione assegnata al socio ed il valore del conferimento dallo stesso effettuato in favore della società².

² In realtà, è bene fin da subito sottolineare che la possibilità di porre in essere una assegnazione di partecipazioni in misura non proporzionale al conferimento è innovazione che non concerne unicamente la società per azioni, essendosi provveduto, nel contesto della medesima riforma delle società di capitali, ad introdurre tale facoltà anche nell'ambito della società a responsabilità limitata. In tal senso, infatti, il secondo comma dell'art. 2468, dettato appunto in tema di s.r.l., che, nella sua nuova formulazione, oggi dispone che *“se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento”*, salvo comunque anche in questo caso il limite – qui dettato dal primo comma dell'art. 2464 c.c. – per cui il valore dei conferimenti *“non può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale”*. È noto, infatti, per essere stato osservato fin dai primi commentatori al d. lgs. 17 gennaio 2003 n.6, come la riforma delle società di capitali abbia coinvolto in maniera particolarmente invasiva la società a responsabilità limitata, oggetto di un gran numero di disposizioni, *“nella direzione di una integrale revisione di tale modello societario”*, per *“offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa ed accentuata elasticità (...) che, imperniato fondamentalmente su una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali, si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell'ambito del settore delle piccole e medie imprese”* (così, la Relazione di accompagnamento al testo della riforma, al n. 11). Dunque, nella società a responsabilità limitata, l'istituto della assegnazione di partecipazioni non proporzionale al conferimento si pone quale alternativa alla possibilità – pure di nuova introduzione – della attribuzione, a favore di alcuni soci, di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili, oggi prevista dal terzo comma dell'art. 2468 c.c.

Il presente lavoro si limiterà, comunque, all'analisi dell'istituto della assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento, come introdotto nell'ambito della società per azioni, mentre l'ipotesi di attribuzione di quote in misura non proporzionale dovrà rimanere necessariamente estranea alla trattazione. Ciò in quanto, si ritiene, una trattazione congiunta delle due disposizioni normative potrebbe infine rivelarsi poco congrua, oppure eccessivamente complessa ed estesa.

Da un lato, infatti, a sommosso avviso di chi scrive, peccherebbe di eccessiva approssimazione e sarebbe, dunque, inevitabilmente poco congrua, un'analisi che si limitasse ad estendere, *sic et simpliciter*, alla società a responsabilità limitata le risultanze ottenute in tema di società per azioni. Una siffatta operazione, se pure eventualmente prospettabile prima della riforma del 2003, risulterebbe oggi, in effetti, assolutamente inadeguata, e metodologicamente non corretta, non tenendo in adeguato conto proprio quella ritrovata autonomia tipologica della s.r.l., di cui si è appena detto. Ed infatti, come è stato osservato, *“se, fino all'entrata in vigore di questa legge, la società a responsabilità limitata veniva considerata e disciplinata in modo residuale, e cioè alla stregua di una sorella minore della società per azioni”*, essa appare oggi, invece, collocata *“al centro dell'intero sistema societario come il modello base dell'esercizio collettivo e individuale dell'impresa con il beneficio della responsabilità limitata”*, caratterizzata non solo dalla *“concessione ai soci di una reale autonomia statutaria”*, ma anche dall'essere divenuta *“un tipo di società che ridimensiona la più classica delle distinzioni dottrinali (...), e cioè quella tra società di persone e società di capitali”*, anche attraverso *“la « personalizzazione » della società a responsabilità limitata”*, intesa sia quale *“valorizzazione del ruolo che la persona del socio ha nella vita della società”*, che quale *“introduzione di regole finora riservate alle cc.dd. società di persone”* (V. BUONOCORE, *La riforma*, op. cit. (nt. 1), pp. 136 – 139).

D'altra parte, però, un'analisi che prenda le mosse dalla difformità tipologica del modello della società a responsabilità rispetto a quello della società per azioni, e che pertanto abbia ad oggetto un esame dettagliato di entrambe le fattispecie, per eventualmente evidenziarne le analogie, comporterebbe

L'istituto della assegnazione non proporzionale si pone, per questa via, al centro di numerosi interrogativi, che coinvolgono tanto i concreti aspetti applicativi dell'operazione, quanto anche, in via più generale, le conseguenze che, da un punto di vista sistematico, potrebbero eventualmente farsi discendere dalla introduzione legislativa di una siffatta possibilità.

Scopo della presente trattazione vuol essere, dunque, da una parte, l'analisi – tra le molteplici questioni aperte dalla nuova norma – dei principali quesiti concretamente posti dall'istituto della assegnazione non proporzionale, e dall'altra, il tentativo di proporre, relativamente ad essi, un'ipotesi di soluzione.

D'altronde, il successo (o l'insuccesso), in termini di utilizzo e di diffusione, dell'istituto di nuova introduzione passa certamente per la fissazione delle modalità esecutive ed, ancor prima, dei limiti di legittimità dell'operazione medesima; modalità e limiti che, nel silenzio della norma, sarà, inevitabilmente, compito dell'interprete individuare.

2. I problemi.

In primo luogo, dunque, bisognerà analizzare quali siano i margini di fattibilità dell'operazione di assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento: se cioè, oltre al limite del necessario rispetto del principio della effettività del capitale sociale (l'unico legislativamente sancito, perché testualmente imposto dal quinto comma dello stesso art. 2346 c.c.), altri confini imperativamente stabiliti siano ricavabili dalla disciplina complessiva della società per azioni, o delle società di capitali, o dai principi del diritto societario in generale.

Trattasi, in particolare, di valutare: *in primis*, se l'istituto possa essere utilizzato per l'apporto in società di utilità non conferibili, quale, soprattutto, il conferimento

un'opera ermeneutica ampia ed articolata, ed un vasto sforzo di ricostruzione sistematica che travalica, inevitabilmente, i limiti di questo lavoro.

Ci si limiterà, dunque, allo studio dell'istituto della assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento, come introdotto dal quarto comma dell'art. 2346 c.c., salvo, naturalmente, ove eventualmente occorra, richiamare la diversa ipotesi della assegnazione non proporzionale di quote di s.r.l., nella sola misura in cui un esame di questa seconda fattispecie possa rivelarsi utile ai fini di una migliore comprensione della prima.

d'opera, ancora oggi interdetto nella società per azioni, o se siano invece rinvenibili nel sistema norme imperative che ostino ad una tale soluzione; in secondo luogo, fin dove sia possibile spingere il testo della norma, ovvero se sia concepibile giungere a configurare un socio non conferente, od un conferente non socio, qualora, rispettivamente, un soggetto ottenga una partecipazione sociale senza aver conferito alcunché, od i conferimenti vengano effettuati da un terzo estraneo alla compagine sociale, in favore di un socio beneficiario.

Inoltre, poiché la disposizione in discorso si limita unicamente a statuire la possibilità di decretare “*nello statuto*” una modalità di assegnazione di azioni diversa da quella proporzionale, si pone, con tutta evidenza, il problema di individuare se – e, in ipotesi, a quali condizioni – una tale opzione possa essere utilizzata anche nel corso della vita della società.

In altri termini, ritenuto pacifico che, a seguito della riforma del 2003, i soci di società per azioni possano optare, in sede di costituzione della società – e salva comunque l'osservanza della effettività del capitale sociale e degli altri limiti che verranno eventualmente individuati nel corso della trattazione – per una distribuzione delle azioni non direttamente correlata al valore del conferimento da ciascuno di essi effettuato, resta da chiedersi se tale scelta possa essere realizzata successivamente, ed in particolare: a) se la clausola che prevede la possibilità di assegnazione non proporzionale possa essere introdotta nello statuto in una fase successiva a quella costitutiva, attraverso apposita modificazione dello statuto medesimo; b) qualora si propenda per la legittimità di una tale soluzione, quale sia il *quorum* necessario per l'approvazione della delibera di modificazione statutaria in parola (ovvero se, per modificare lo statuto sociale nel senso di permettere una eventuale futura assegnazione non proporzionale delle azioni, sia sufficiente l'osservanza della regola generalmente prevista per l'approvazione delle modifiche dello statuto di società per azioni dall' art. 2368, secondo comma, c.c. e dall'art. 2369, terzo comma, c.c., o se invece sia necessario, sul punto, il consenso della unanimità dei soci); c) nel caso in cui lo statuto, originariamente o per effetto di successiva modificazione, preveda la possibilità di assegnazione non proporzionale delle azioni, quale sia il *quorum* necessario per l'approvazione della delibera assembleare che realizza la facoltà prospettata dalla

clausola (ovvero, anche in tal caso, se possa ritenersi sufficiente il raggiungimento della maggioranza generalmente prevista dall'art. 2368, secondo comma, c.c. e dall'art. 2369, terzo comma, c.c. per l'approvazione delle delibere assembleari di società per azioni, o se sia imprescindibile il consenso di tutti i soci) ³.

³ È superfluo, perché assolutamente ovvio, sottolineare che, in difetto di apposita clausola statutaria in tal senso disponente, una delibera di assegnazione non proporzionale comunque adottata sarebbe da ritenersi illegittima. Ciò quale diretta conseguenza del dettato normativo di cui al quarto comma dell'art. 2346 c.c., che sul punto, con indubbia chiarezza, fa riferimento al dato che tale possibilità sia accordata dallo statuto (*“Lo statuto può prevedere una diversa assegnazione delle azioni”*).

Così pure, evidentemente illegittima dovrà ritenersi una delibera di assegnazione non proporzionale a seguito della quale il valore totale dei conferimenti non sia tale da coprire quello del capitale sociale, essendo tale ipotesi palesemente difforme da quanto letteralmente statuito dal quinto comma del citato articolo (*“In nessun caso il valore dei conferimenti può essere complessivamente inferiore all'ammontare del capitale sociale”*), peraltro in osservanza dell'obbligo di integrità del capitale sociale, da considerarsi, come si avrà in seguito modo di rilevare, alla stregua di un principio generale del diritto societario.

In particolare, è da ritenersi – ad avviso di chi scrive – che la delibera da ultimo citata, ovvero quella che eluda l'obbligo della corrispondenza tra il valore dei conferimenti e quello del capitale, vada considerata come radicalmente nulla, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2379 c.c.

Ciò almeno per due ordini di ragioni, diverse, ma comunque consequenziali.

Da un lato, infatti, appare ragionevole ritenere che una delibera di tale contenuto, violando un principio di ordine generale ed immanente al diritto societario, risulti viziata per illiceità dell'oggetto, ai sensi, appunto, del primo comma dell'art. 2379 c.c., e dunque nulla.

Dall'altro, inoltre, una diversa soluzione non risulterebbe appagante, poiché, valutando come annullabile, ex art. 2377 e seguenti, la delibera in discorso, finirebbe in pratica con il rimettere la sorte della stessa alla valutazione dei soci in merito alla opportunità, o meno, della impugnazione, con l'effetto di far divenire sostanzialmente derogabile, perché aggirabile con l'accordo dei soci stessi (e, peraltro, con lo sbarramento del limite minimo del possesso del cinque per cento del capitale sociale per la legittimazione ad agire), una norma certamente imperativa, il cui rispetto sarebbe allora, in questo caso, solamente affidato all'ipotesi di impugnativa da parte degli amministratori o del collegio sindacale.

Appare, invece, decisamente più soddisfacente, perché in linea con la lettura – generalmente accolta – che vuole il principio della integrità ed effettività del capitale sociale come regola dettata, in primo luogo, a presidio di interessi “esterni”, ovvero a tutela dei terzi che vengano in contatto con la società, la qualificazione in termini di nullità della delibera di assegnazione non proporzionale che non osservi la corrispondenza tra il valore complessivo dei conferimenti e quello del capitale, nella misura in cui essa importa la possibilità che il vizio sia fatto valere *“da chiunque vi abbia interesse”* e, comunque, anche *“d'ufficio dal giudice”* (art. 2379, primo e secondo comma, c.c.).

Più controversa, invece, potrebbe rivelarsi la configurazione del vizio che affliggerebbe la delibera del primo tipo citato, ovvero la delibera di assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento adottata in mancanza di una clausola statutaria diretta a riconoscere ai soci la possibilità di addivenire ad una tale distribuzione, come espressamente richiesto dal quarto comma dell'art. 2346 c.c.

Infatti, posta certamente la illegittimità, per i già espressi motivi, della stessa, il propendere per l'ipotesi della nullità ex art. 2379 c.c. o per quella, alternativa, della annullabilità ai sensi dell'art. 2377 c.c., implica una presa di posizione sul tipo di patologia configurabile: se, cioè, una tale delibera sia da ritenersi illegittima per illiceità dell'oggetto, e dunque nulla, o se invece essa vada ritenuta annullabile, in quanto adottata difformemente a quanto disposto dalla legge, ovvero dal quarto comma dell'art. 2346 c.c. (e, si potrebbe dire, anche dallo statuto, poiché questo, non disponendo alcunché in merito alla facoltà di procedere ad una assegnazione non proporzionale, che invece dovrebbe essere espressamente prevista, statuisce, in pratica, la non possibilità, per quella determinata società per azioni, di addivenire ad una siffatta deliberazione).

Sul punto, è bene formulare, fin da subito, una ulteriore considerazione che, sebbene certamente non risolutiva, merita di essere comunque, almeno menzionata, prendendo infatti le mosse direttamente dal dettato normativo nel suo dato strettamente testuale.

Potrebbe infatti essere di non secondaria importanza, nell'ambito del delicato compito di ricostruzione sistematica che ci si propone, l'osservazione per cui la prima stesura della norma in questione, licenziata nel testo originario della riforma societaria, e dunque nel d. lgs. n. 6/2003, disponeva, in effetti, che *“L'atto costitutivo può prevedere una diversa assegnazione delle azioni”*.

Così scritta la norma, già da parte dei primi commentatori si era, non infondatamente, dubitato della possibilità di operare la assegnazione non proporzionale in una fase successiva a quella, iniziale, di costituzione della società.

Cioè a dire, che ad una lettura che si fosse limitata al tenore letterale della norma, ben si poteva ritenere che soltanto i primi soci costituenti potessero profittare della nuova opportunità, e che non se ne potesse invece fare utilizzo successivamente, in sede di aumento del capitale sociale.

Interpretazione, questa, che, pur peccando, in un certo senso, di eccessivo rigore, nella misura in cui essa limitava, più o meno inopinatamente, l'istituto in parola ad una

Aderire alla soluzione della annullabilità significherebbe, come peraltro si è appena visto nel citato caso di delibera in spregio del limite della effettività del capitale sociale, ammettere che la declaratoria di illegittimità della delibera in parola dipenda, concretamente, dalla scelta dei soci in merito alla necessità di impugnativa della delibera, oltre che, in ipotesi, del consiglio di amministrazione o del collegio sindacale.

E tuttavia, quest'ultima sembrerebbe forse apparire la soluzione più corretta. Infatti il legislatore, prevedendo comunque come alternativa possibile, *ex art. 2346 c.c.*, la assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento, ha sottratto dall'area della illiceità la fattispecie in parola, che pareva porsi, prima della riforma del 2003, in contrasto con un vero e proprio principio generale del diritto commerciale. È vero che tale opzione è stata concessa dal legislatore a condizione che essa sia recepita nello statuto, e quindi che, nel caso di una delibera che non sia supportata da tale clausola statutaria, la assegnazione non proporzionale torni a configurarsi come illegittima; e però, ciò non sembrerebbe sufficiente a caratterizzare come addirittura illecito l'oggetto della delibera, configurandosi comunque la norma violata come norma derogabile, e stante anche l'importanza residuale riconosciuta, nell'ambito del diritto delle società di capitali a seguito della riforma del 2003, alla nullità, intesa quale vizio riservato ad ipotesi di eccezionale gravità. Pertanto, la delibera *de qua* non sarebbe impugnabile da parte di chiunque ne abbia interesse, né l'illegittimità della stessa potrà essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma essa potrà essere impugnata dai soci assenti, dissenzienti o astenuti (che posseggano almeno il cinque per cento delle azioni aventi diritto di voto), dal consiglio di amministrazione o dal collegio sindacale, da cui la non irrilevante conseguenza per cui, ad esempio, una delibera di assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento adottata all'unanimità, se non impugnata dal consiglio di amministrazione o dal collegio sindacale, sarà destinata a produrre i suoi effetti come se essa fosse stata legittimamente adottata.

singola fase della vita sociale, aveva certamente il vantaggio di evitare l'annoso problema delle maggioranze richieste per approvare la deliberazione di assegnazione non proporzionale, per il caso in cui la stessa fosse intervenuta successivamente.

Si consacrava, così, l'assegnazione non proporzionale alla sacra regola dell'unanimità, naturalmente sussistente in fase di costituzione, alla stipula del contratto sociale; si eliminava, perciò, già in radice, ogni più complicato problema di eventuale mancato assenso di alcuni soci.

Certo, nonostante il tenore letterale della norma, ad una soluzione più aperta si sarebbe comunque potuti arrivare per altra via, sulla scorta della considerazione che atto costitutivo e statuto hanno da sempre, nella considerazione del legislatore, costituito concettualmente un *unicum*.

E però, a ben vedere, se, da una parte, alcuni elementi (quali la durata, le regole di ripartizione degli utili, sovente addirittura lo stesso oggetto sociale) possono pacificamente far parte, indifferentemente, dell'atto costitutivo e/o dello statuto – che, come è noto, “*anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo*” (art. 2328, ultimo comma, c.c.), dall'altra, invece, i conferimenti dei soci costituenti, insieme alle generalità dei medesimi, hanno da sempre trovato la loro sede tipica proprio nell'atto costitutivo – e giammai nello statuto – attenendo gli stessi alla genesi della società, e cioè, già logicamente, alla “dotazione” della medesima, ciò per cui, anche da un punto di vista concettuale, essi costituiscono un *prius* logico per la stessa venuta ad esistenza di essa⁴.

Questa vaga certezza, in ogni caso, ha però avuto, per così dire, vita breve.

⁴ Ed inoltre, pur oggi che il confine fra atto costitutivo e statuto è notevolmente sfumato – ed anzi si è addirittura dubitato che esista ancora uno statuto nelle società a responsabilità limitata, dove il nuovo art. 2463 c.c. non riproduce più una disposizione analoga a quella sopra riportata in tema di statuto delle società per azioni – resta pur sempre vero che mai l'indicazione dei conferimenti potrebbe, allo stato attuale, trovare spazio nella parte del documento che, vuoi contenuta nello stesso atto costitutivo, vuoi a questo allegata, costituisca, più o meno esplicitamente lo “statuto” o, secondo la nuova indicazione normativa, le “norme di funzionamento della società”, col rischio poi di doversi porre il problema - come pure qualche primo commento dopo la riforma, in particolare appunto con riferimento al nuovo 2463 per le società a responsabilità limitata, aveva segnalato - se anche le modifiche delle quote dei singoli soci, a seguito della loro cessione, potessero essere intese come vere e proprie modifiche dello statuto, e dunque dovessero passare attraverso il procedimento per le stesse appositamente previsto.

Infatti, il decreto legislativo n. 310/2004⁵ (cd. decreto correttivo alla riforma del diritto societario) ha, all'art. 7, infatti sostituito, proprio nell'inciso in questione, le parole "*l'atto costitutivo*" con le parole "*lo statuto*", per cui la nuova lettura dell'inciso stesso, come infatti riportato all'inizio del presente lavoro, è "*Lo statuto può prevedere una diversa assegnazione delle azioni*".

Scelta, questa, che – va detto – ha riguardato anche numerosi altri riferimenti a "*l'atto costitutivo*" precedentemente rinvenibili nel testo della riforma del 2003, e che però, almeno secondo parte della dottrina, non si può, per ciò solo, rassegnarsi a ritenere del tutto priva di significato, traducendo la stessa, comunque, una presa di posizione del legislatore nel senso di precisare, con il proprio intervento modificativo, quale debba essere la sede deputata a contenere la previsione in parola⁶.

Le argomentazioni precedenti ne risultavano, così, capovolte, in un rovescio per cui quel riferimento al dato letterale che era, prima, portato a suffragio di una tesi, viene, ora, portato a sostegno della tesi contraria: i dubbi che prima erano stati manifestati in ordine all'applicabilità dell'istituto in una fase successiva a quella genetica, potrebbero oggi addirittura, per assurdo, porsi con egual rilievo per la fase stessa della costituzione.

In particolare, ritenendo che il riferimento allo statuto voglia intendersi come l'espresso riconoscimento, per l'istituto in parola, di operare (anche) nella fase dinamica della società in divenire, si finisce, di fatto, con il riproporre, in tutta la sua importanza, il problema della misura del consenso necessaria alla approvazione di una tale operazione.

3. Limiti dell'approccio tradizionale.

⁵ Decreto legislativo 28 dicembre 2004 n. 310, recante "*Integrazioni e correzioni alla disciplina del diritto societario ed al testo unico in materia bancaria e creditizia*".

⁶ Si interroga, infatti, sulla ragione di tale correzione legislativa, valutando che l'assegnazione non proporzionale delle azioni sembrerebbe "*una delle massime espressioni della libertà contrattuale di coloro che costituiscono una società, e la sede elettiva delle relative pattuizioni è senza dubbio l'atto costitutivo*", G. LO IACONO – G. MARCOZ, *Assegnazione non proporzionale e sottoscrizione di azioni di s.p.a.*, in *Riv. Not.*, 2008, p. 310.

È dunque di estrema evidenza come i cennati quesiti involgano una vasta serie di istituti della fattispecie societaria, di talché ogni ipotesi di soluzione che per essi si voglia proporre presuppone, necessariamente, una presa di posizione su alcuni dei più tradizionali interrogativi del diritto commerciale.

In particolare, l'innovazione legislativa *de qua*, insistendo direttamente sull'atteggiarsi del rapporto partecipazione sociale – conferimento – capitale, incide immediatamente sugli elementi caratterizzanti del tipo società per azioni, diversamente modulando, con l'eccezione, anche la portata dei fondamentali principi che, in precedenza, erano sottesi alla inderogabilità della regola.

Si rende allora indispensabile un'analisi di tali principi, nell'ambito di un inquadramento sistematico che evidenzi quali di tali regole possano ritenersi ancora attuali, e di quali altre, invece, debba essere ragionevolmente posta in dubbio la resistenza, stante la portata sovvertitrice della nuova norma.

Al vertice, affrontare il tema della assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento esige, preliminarmente, un'opera di contestualizzazione dell'istituto medesimo, che consenta di tenere nella corretta considerazione il quadro entro il quale lo stesso dovrà realizzarsi, che è quello, appunto, della società per azioni, quale organismo deputato all'esecuzione del progetto economico deciso dai soci.

Cioè a dire, che punto centrale per lo svolgimento della tematica in oggetto appare essere – e pare corretto metterlo in luce fin dal principio – la lettura della disposizione in discorso quale regola societaria, ciò che potrà portare a superare quelle ricostruzioni dottrinarie dell'istituto che, partendo da supposti dogmi del diritto, e forse nella *“gattopardesca convinzione che tutto sia cambiato solo per restare com'era prima”*⁷, hanno cercato di ricondurlo a più noti e rassicuranti istituti di diritto civile (*i.e.* contratto a favore di terzo, adempimento del terzo, etc.) minimizzando, così, la

⁷ L'immagine è mutuata da F. D'ALESSANDRO, «*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*». Ovvero: esiste ancora il diritto societario? in *Rivista delle Società*, I, 2003, p. 36., il quale, evidenziando *“il desiderio di richiamare con forza l'attenzione sui profili che potrebbero dimostrarsi più fecondi di innovazione”*, dichiara di voler evitare il *“pericolo che l'inerzia della grande nave del diritto societario vigente veli la loro importanza e l'ampia estensione delle loro virtualità applicative”*, precisando che, qualora ciò avvenisse, *“sarebbe male”*, poiché *“chi assegna un valore alla fedeltà dell'interprete deve augurarsi che egli si guardi (...) dal pericolo di rimanere «prigioniero del passato»”*, dovendo invece auspicare *“che i nuovi testi siano accolti e letti per quello che dicono e che vogliono, senza pregiudizi derivanti da abitudini mentali sorte sotto l'impero di norme non più in vigore, né remore o impacci causati dall'incapacità di emanciparsi dalla tradizione”*.

fondamentale circostanza per la quale la novità di cui si discorre sarà destinata ad operare – esclusivamente – nell’ambito del contratto di società, quale contratto di genesi di un rapporto dinamico sviluppato come attività di impresa in divenire.

Come infatti si avrà modo di evidenziare più ampiamente in seguito, la prima dottrina intervenuta in argomento, probabilmente ispirata dalla concreta esigenza di trovare immediata risposta agli interrogativi posti dagli operatori del diritto chiamati ad applicare la novità della norma, si è orientata in una prospettiva estremamente tradizionalista, esaminando la assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento alla luce di istituti del diritto civile ad essa affini per la comunanza del risultato (che è quello, appunto, di assicurare ad uno o più soci l’ottenimento di una partecipazione sociale ulteriore e diversa rispetto alla contribuzione effettuata a favore della società)⁸.

Tale ricostruzione, di per sé certamente valida, risulta però manchevole nel momento in cui, limitandosi a fotografare la assegnazione non proporzionale nel suo aspetto negoziale, finisce con l’isolare la fattispecie, considerandola in maniera avulsa dal contesto societario in ragione del quale essa è, invece, prevista.

⁸ In tal senso, in particolare, il contributo di F. MAGLIULO, *L’assegnazione di partecipazioni sociali in misura non proporzionale al conferimento*, in *Notariato*, n. 6/2003, p. 638 ss., dove si afferma che “*il fenomeno in esame si inquadra nel più vasto ambito delle attribuzioni patrimoniali indirette, le quali, prima dell’avvento della riforma del diritto societario, non erano certamente sconosciute non solo all’ordinamento privatistico nel suo complesso, ma anche a quello societario in particolare. Basti in questa sede ricordare gli istituti del contratto a favore di terzo e dell’adempimento del terzo, i quali si prestano per l’appunto a realizzare ipotesi di attribuzione patrimoniale indiretta caratterizzate dalla mancanza di corrispondenza tra l’oggetto del depauperamento del patrimonio dell’attribuente e quello dell’arricchimento del patrimonio del beneficiario*”. L’Autore, infatti, osserva come, già in precedenza, “*la dottrina e la giurisprudenza non dubitavano che detti istituti potessero essere applicati anche nell’ambito del diritto societario*”, all’uopo citando l’ipotesi in cui, in sede di sottoscrizione di un aumento di capitale, un socio disponga che le partecipazioni da lui sottoscritte siano emesse a favore di un terzo (contratto a favore di terzo), e la eventualità in cui, in sede di sottoscrizione di un aumento di capitale o di sottoscrizione del capitale in sede di costituzione della società, un terzo si presti ad adempiere all’obbligo di liberazione delle partecipazioni sottoscritte dal terzo (adempimento del terzo). Per questo motivo, si afferma, “*la novità portata dalla riforma del diritto societario consiste dunque a ben vedere nella previsione di uno specifico istituto di diritto societario per far fronte alle medesime esigenze cui in passato attendevano i tradizionali istituti del contratto a favore di terzo e dell’adempimento del terzo*”, e ciò sebbene, come lo stesso Autore evidenzia nel prosieguo della sua analisi, l’istituto in parola non debba essere del tutto inquadrato in uno degli schemi tradizionali suddetti, ma rappresenti invece comunque un istituto *sui generis* di diritto societario, con la conseguente applicazione di regole proprie (e ciò soprattutto al fine di impedire che le vicende inerenti alla cd. causa esterna dell’attribuzione patrimoniale, e cioè quelle inerenti i rapporti tra soggetto conferente e beneficiario, possano coinvolgere la società, riversandosi sulla validità o sull’efficacia del conferimento effettuato).

Il punto è di non secondaria importanza, risultando anzi centrale ai fini della connotazione causale della attribuzione in parola, che andrà inevitabilmente a risentire della qualificazione che allora all'operazione si ritenga di dare in termini di negozio giuridico⁹.

Da ciò la necessità di porsi, rispetto a tali ricostruzioni, in termini dubitativi, per vagliare l'ipotesi – invero non peregrina, stante anche la sempre più accentuata autonomia del diritto commerciale rispetto al diritto civile in generale – di una differente qualificazione del fenomeno che prenda invece le mosse dal dato oggettivo della collocazione della norma nel contesto societario, anche e soprattutto al fine di comprendere se sia possibile tracciare, in questo senso, una configurazione diversa e “tipica” del momento causale dell'attribuzione.

4. La assegnazione non proporzionale come regola organizzativa: necessità di un inquadramento sistematico dell'istituto.

La complessa opera ermeneutica che ci si propone è, pertanto, logicamente antecedente alla risoluzione di ogni quesito inerente le concrete modalità operative della assegnazione.

Essa involge, in verità, il diritto societario fin dalla sua storia, rilevando appunto la assegnazione non proporzionale proprio quale più recente approdo di quella storia, nella misura in cui l'istituto in parola appaia essere frutto di quell'*iter* evolutivo che ha interessato, nel tempo, la società per azioni, quale soggetto dotato di responsabilità limitata.

Lo sviluppo della responsabilità limitata, da eccezionale privilegio, concesso attraverso un vero e proprio *interventum principis*, a caratteristica “normale” (o, come si

⁹ Sulla connotazione causale dell'operazione, osserva F. MAGLIULO, *cit.*, p.641, che “*in ossequio ai principi generali dell'ordinamento, l'attribuzione patrimoniale che viene a determinarsi in favore del beneficiario delle partecipazioni in forza dell'assegnazione effettuata in suo favore a fronte di conferimento posto in essere da terzi, deve trovare una propria giustificazione causale alla stessa stregua di quanto avviene per ogni altra forma di attribuzione patrimoniale indiretta, ove pure assume rilevanza a vario titolo la c.d. causa esterna*”, e dunque “*nei rapporti tra il beneficiario delle partecipazioni e colui che effettua il relativo conferimento, l'attribuzione sarà gratuita o onerosa sulla base del concreto assetto di interessi diviso tra le parti, rimanendo solo da definire gli effetti che la mancanza, i vizi o le vicende di tale rapporto causale dispiegano sull'attribuzione patrimoniale*”.

avrà modo di sottolineare, “neutrale”) della società per azioni, quale elemento strutturale, e perciò organizzativo, della stessa, si ricollega strettamente, infatti, alla introduzione della opzione della assegnazione non proporzionale, e ciò, si ritiene, per almeno due ordini di ragioni.

Da una parte, infatti, la possibilità di addivenire ad una assegnazione delle azioni diversa da quella proporzionale ben potrebbe inquadrarsi – come si dirà – nel generale, sempre maggiore disinteressamento del legislatore per le vicende della società per azioni che si profilino come meramente interne, ovvero che non abbiano effetti diretti nei confronti dei terzi (ciò che spiegherebbe, *a contrario*, il permanere del limite del rispetto della effettività del capitale sociale), a tutto vantaggio della autonomia privata, e dunque della libertà dei soci di modulare l’entità delle proprie partecipazioni in misura non strettamente correlata al valore dei singoli apporti.

Dall’altra – ma ciò è, invero, immediatamente connesso a quanto appena detto – la possibilità, legislativamente ammessa, di prevedere con clausola statutaria una assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento, gravando, per un verso, direttamente sulle posizioni dei singoli soci, ed inerendo, per altro verso, alla organizzazione della società, è disposizione che si pone a cavallo tra l’esigenza di una tutela contrattuale forte (secondo una interpretazione che configuri in termini di diritto soggettivo la pretesa del socio ad ottenere una assegnazione proporzionale), ed una lettura diversa – soprattutto in punto di conseguenze pratiche – che, privilegiando l’aspetto organizzativo della clausola stessa, ne proponga una interpretazione che valorizzi il momento della disciplina strutturale dell’organismo societario come soggetto dell’agire economico privato¹⁰.

¹⁰ L’affermazione è di non secondaria importanza, e dovrà essere necessariamente approfondita. Ciò anche perché, in realtà, proporre una lettura in punto di attività e di organizzazione della fattispecie in parola, se appare certamente utile, in questa sede e soltanto per adesso, a tracciare in via di prima approssimazione quelle che saranno le linee di sviluppo della trattazione, non è però di per sé sufficiente alla comprensione del fenomeno, stante anche l’ondivaga percezione che si attesta, in dottrina, su tali due termini, entrambi relativi a categorie concettuali di significativa complessità. Ed invero, come è stato in effetti osservato, *“tanto il concetto di attività quanto quello di organizzazione (...) sono ancora ben lungi dall’essere punti di riferimento del tutto chiari”*, occorrendo fornire di essi *“una configurazione che sia coerente a un tempo sia con il generale ambito teorico da cui derivano, sia con gli specifici scopi che (...) muovono verso una loro utilizzazione”*, da cui potrà giungersi alla conclusione per cui *“tanto l’attività come fattispecie, quanto l’organizzazione come forma di relazione esprimono, ciascuno nel suo, un punto di passaggio obbligato per tentare di razionalizzare e tradurre in termini di piena consapevolezza la diffusa sensazione che in materia societaria vigano criteri di governabilità dell’agire*

Da ciò, il senso di un'indagine che, nel proporre le possibili soluzioni ai quesiti eminentemente pratici che il nuovo istituto pur naturalmente pone, non trascuri di vagliare le rilevanti implicazioni di principio che l'eventuale preferenza per ciascuna delle ridette opzioni comporta, poi anche evidenziando, volta a volta, le conseguenze che alla adesione alle diverse ipotesi sono inevitabilmente sottese.

degli individui e delle loro relazioni diversi rispetto ad altri più tradizionali e sedimentati"; M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2000.

CAPITOLO PRIMO

SOMMARIO: 1. La assegnazione non proporzionale nell'ambito della riforma delle società di capitali del 2003; 2. Linee generali della riforma; 3. La derogabilità della rigida proporzionalità come conseguenza del processo storico di "normalizzazione" della responsabilità limitata: la responsabilità limitata come concessione eccezionale del sovrano ed il controllo di merito di cui alla codificazione del 1865; 4. (segue) Il controllo di legittimità del tribunale ed il moltiplicarsi delle norme imperative nella disciplina della società per azioni: la codificazione del 1882; 5. (segue) Dall'omologa necessaria e preventiva all'omologa eventuale e successiva: il controllo del notaio come indizio della normalizzazione della responsabilità limitata; 6. (segue) L'ultima fase della normalizzazione della autonomia perfetta come modo del fare impresa, l'abdicazione delle norme imperative a favore della autonomia dei soci: la riforma del 2003; 7. L'autonomia statutaria nella riforma; 8. Rilevanza interna e (ir)rilevanza esterna della distribuzione del capitale: la effettività del capitale sociale (anche alla luce delle disposizioni comunitarie).

1. La assegnazione non proporzionale nell'ambito della riforma delle società di capitali del 2003.

L'art. 2346 c.c. che, nella parte che principalmente qui interessa, al quarto e quinto comma, oggi così recita:

“4. A ciascun socio è assegnato un numero di azioni proporzionale alla parte del capitale sociale sottoscritta e per un valore non superiore a quello del suo conferimento. Lo statuto può prevedere una diversa assegnazione delle azioni.

5. In nessun caso il valore dei conferimenti può essere complessivamente inferiore all'ammontare del capitale sociale”.

Complesso censire i numerosi problemi rimessi all'interprete dalla disposizione in parola: in uno alla lacuna delle concrete modalità applicative (di immediata percezione, stante la sinteticità del dettato normativo¹¹), non possono infatti non intuirsi

¹¹ È appena il caso di sottolineare come, assai di frequente, e specialmente nell'ambito del diritto commerciale, la mancata specificazione delle modalità applicative di un istituto costituisce una scelta assolutamente consapevole del legislatore, e ciò in quanto “una tecnica normativa fondata, almeno in parte, su principi e clausole generali risulta sostanzialmente più consona al diritto delle società e ciò

i più ampi risvolti che, da un punto di vista sistematico, ben potrebbero scaturire dalla norma medesima¹².

L'art. 2346 c.c., infatti, riguardando direttamente la misura delle partecipazioni sociali (e, per questa via, dei diritti e degli obblighi del socio all'interno della società) rispetto alla entità del conferimento (e dunque alla contribuzione del socio alla formazione del capitale sociale), coinvolge tutti gli elementi essenziali della fattispecie societaria, mutando in via definitiva la precedente regolazione degli equilibri tra i medesimi.

E d'altronde, la molteplicità delle questioni che, in relazione a detto articolo, sono state dalla più attenta dottrina sollevate, e la varietà delle soluzioni che ne sono state prospettate, rendono plausibile affermare come la nuova disciplina della cosiddetta assegnazione non proporzionale costituisca, senza dubbio alcuno, uno degli argomenti più controversi del sistema giuridico societario ridisegnato.

Se poi sol si consideri che lo stesso art. 2346 c.c. introduce, altresì, gli istituti delle azioni senza valore nominale e degli strumenti finanziari anche partecipativi, allora ben potrà essere percepita la entità della trasformazione avente ad oggetto l'articolo in parola che, nel suo testo previgente, si limitava invero a prevedere, in un unico comma, che: *“Le azioni non possono emettersi per somma inferiore al loro valore nominale”*.

La profonda diversità di testo e, per questa via, di concetto, che vede contrapporsi il vecchio e nuovo dettato dell'art. 2346 c.c. rende allora necessario approfondire, in primo luogo, il carico teleologico ed assiologico delle innovazioni apportate dal legislatore alla disposizione in parola, soltanto possibile attraverso l'esame

in quanto più adeguata a ricomprendere ed a regolamentare una realtà complessa ed in continua evoluzione come quella dell'impresa e poi dell'impresa globalizzata”; così, in merito alla disciplina dei gruppi, U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Il nuovo diritto societario, Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, a cura di A. Genovese, Torino, 2004, p. 45.

¹² Sul punto, F. D'ALESSANDRO, *«La provincia*, cit. (nt. 4), p. 36., il quale, commentando la riforma all'indomani stesso della sua introduzione, rileva, infatti, l'importanza primaria di una analisi della stessa che si ponga non dal punto di vista della singola regola specifica, *“ma da quello del cd. sistema”*, chiedendosi allora *“se il sistema (inteso come matrice di principi e concetti, dalla quale si procede per ricostruire il tessuto delle soluzioni agli innumerevoli problemi non affrontati testualmente) sia cambiato e, nell'affermativa, in quale direzione e con quali prevedibili risultati”*.

del mutato contesto economico e sociale in cui la nuova norma (*rectius*: l'intero apparato di nuove norme, come trasformate e modificate) è calata¹³.

In altre parole, si ritiene, una effettiva analisi del dato normativo non può prescindere dall'esame dei fini e dei valori di cui il legislatore – nella sua opera squisitamente politica di valutazione, comparazione e selezione degli interessi in gioco – ha scelto di farsi portatore, trasponendone in norma la primazia rispetto, naturalmente, a quel determinato momento storico ed a quelle determinate esigenze, particolari e collettive.

Se è vero, infatti, che una riforma altro non è che l'intervento del legislatore sul sistema normativo previgente per trasformarlo e, possibilmente, migliorarlo, nel senso di renderlo maggiormente idoneo ai (nuovi e diversi) bisogni rappresentati dalla collettività, è certamente altrettanto vero che essa rappresenta anche, assai di frequente, la traduzione nel dato positivo dello spostamento dell'ago della bilancia nel giudizio di valore sui contrapposti interessi in rilievo ed, in particolare, nella scelta dell'interesse preminente, rappresentando ogni istituto giuridico la composizione del conflitto degli interessi in gioco nella insindacabile, ma pur cronologicamente ancorata, valutazione del legislatore.

L'operazione in parola, pertanto, lungi dal costituire un esercizio di stile, è invero densa di conseguenze anche pratiche, affinché l'impegno interpretativo non si risolva in una sterile parafrasi del dettato normativo, ma invece in una esaltazione del medesimo, attraverso una contrapposizione dialettica della norma e del dato reale nel quale la stessa è chiamata ad operare ed in cui, ancor prima, la stessa ha la sua genesi, poiché, come è stato autorevolmente osservato, *“il rapporto tra la legge e la sua interpretazione non è quello che corre tra una realtà e il suo specchio, ma quello che corre tra il seme e la pianta, e perciò la legge vive solo con la sua interpretazione e applicazione, che d'altra parte non è affatto mera sua dichiarazione, ma creazione di*

¹³ Rileva C. FOIS come *“per trovare la razionalità bisogna superare l'astrattezza degli schemi, e ritornare al dialogo tra l'economia e la politica, che attraverso il diritto ne interpreta le mutevoli esigenze. Dialogo che si traduce nella costruzione degli istituti giuridici non come dispiegamento di una logica giusnaturalistica, ma come strumenti che possono costituire uno dei fattori fondamentali del progresso economico, a condizione che sappiano essere interpreti dei problemi sempre nuovi che lo studio della realtà pone facendo confluire la storia nel diritto”* (così, C. FOIS, *L'autonomia statutaria e i suoi limiti*, in *Le grandi opzioni*, op.cit., p. 115, ove riferimento a T. ASCARELLI, *Per uno studio della realtà giuridica effettuale*, in *Problemi giuridici*, Tomo II, Milano, 1959).

*diritto, tuttavia caratterizzata dalla sua continuità col dato dal quale prende le mosse*¹⁴.

È necessario ai nostri fini allora, prima di tutto, individuare quali siano state queste esigenze di cui il legislatore del 2003 ha ritenuto di doversi fare carico per innovare, migliorandolo, lo stato di diritto previgente.

In tal senso, la riforma del 2003, quale più recente intervento avente ad oggetto la disciplina delle società di capitali, si pone naturalmente nel solco del lungo *iter* storico – economico che, prendendo le mosse dalla nascita della società con beneficio della responsabilità limitata, ha portato la società per azioni alla conformazione attuale, forgiandone nel tempo il modello al mutare delle esigenze delle diverse epoche.

Cioè a dirsi che la assegnazione non proporzionale, nella misura in cui stravolge (*rectius*: capovolge) il previgente principio inderogabile della proporzionalità tra assegnazione e conferimento del socio di società per azioni, sfugge per ciò solo ad una lettura che ometta di calare l'innovazione nel contesto che le è proprio, e che è quello, appunto, della società per azioni, persona giuridica funzionalizzata, perché creata allo scopo dello svolgimento di una attività economica, ed al fine caratterizzata da autonomia patrimoniale perfetta.

Se ciò è vero, l'apertura del legislatore alla possibilità della deroga statutaria alla regola della assegnazione proporzionale, rappresenterebbe invece – nei termini di cui si dirà – proprio il momento ulteriore di questa funzionalizzazione.

In questo senso, essa si inserirebbe compiutamente nella evoluzione di cui si è poc'anzi accennato, e cioè quella che, con l'emancipazione del beneficio della responsabilità limitata da concessione graziosa del sovrano e poi dello Stato a modello organizzativo del fare impresa, ha visto, da un lato, la progressiva quanto drastica diminuzione dei vincoli “interni”, con correlativa espansione degli spazi di autonomia dei soci nel regolare i propri rapporti in ambito sociale, e, dall'altro, il crescente

¹⁴ Così, T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Problemi Giuridici*, Tomo I, Milano, 1959, p. 14. Afferma infatti il Maestro che “*l'interpretazione appunto è e non è il dato interpretato; ne è una costruzione e una ricostruzione che spiega, sviluppa, restringe, sostanzialmente modifica; sempre riconducendosi al dato interpretato eppur sempre modificandolo. (...) Ché ogni norma si esprime in parole e ogni norma si riferisce a una fattispecie. Perciò l'interprete continuamente costruisce una tipologia della realtà sociale, in funzione dell'applicazione della norma, così come ordina gerarchicamente le norme in funzione della loro applicazione*”.

affermarsi dell'importanza, tra le molteplici regole che disciplinano la società, di regole, appunto, organizzative, rivolte a disciplinare la vita della società nel suo svolgimento dinamico.

2. Linee generali della riforma.

Il decreto legislativo n. 6/2003 ha apportato, come è noto, rilevanti modifiche al codice civile in tema di diritto societario e, precisamente, di diritto delle società di capitali¹⁵.

¹⁵ In argomento, è stato in effetti osservato come, già secondo le fonti ufficiali, l'obiettivo principale della riforma delle società di capitali consisterebbe nella necessità di adeguare la legislazione italiana ai modelli vigenti in altri ordinamenti, al dichiarato scopo di assicurare alle imprese nazionali più forza e competitività sui mercati internazionali, e che però il provvedimento di riforma, da un lato *“colma lacune antiche”*, e, dall'altro, *“dà un senso alle differenze tipologiche nell'ambito delle tre società di capitali”*; così, V. BUONOCORE, *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 4 e ss. Secondo l'Autore, il provvedimento di riforma si snoderebbe, dunque, secondo sei punti fondamentali: 1) *“l'attribuzione di funzioni differenziate ai tipi tradizionalmente inquadrati nella categoria delle società di capitali”* e *“la conseguente introduzione di una disciplina (...) ampiamente e realmente differenziata, della società a responsabilità limitata, rispetto a quella dettata per la società per azioni e soprattutto non limitata, come è avvenuto finora, alla sola statuizione di una differente misura minima del capitale sociale”*. In tal modo, secondo l'A., si sarebbe giunti a soddisfare una esigenza importante, relativa non solo al *“profilo quantitativo-dimensionale”*, ma, soprattutto, al *“profilo qualitativo e funzionale”* rendendo la società a responsabilità limitata il tipo più idoneo per la costituzione di società, anche importanti dal punto di vista dell'impegno patrimoniale, ma comunque caratterizzate da pochi soci, e concependo la società per azioni *“non come un monolito”*, per cui la stessa, quando faccia appello al pubblico risparmio, dovrà osservare puntuali regole a tutela dell'azionista risparmiatore e dei terzi; 2) *“la valorizzazione dell'autonomia privata applicata allo statuto”*, secondo il criterio generale per cui *“nei limiti del consentito, di norma l'autonomia privata fa premio sulla disciplina legale quando ad essere coinvolti sono solo gli interessi dei soci, mentre i ruoli si invertono quando in primo piano emergono gli interessi dei terzi”*; 3) *“l'introduzione di opzioni statutariamente esercitabili per il governo della società, consistenti per le società per azioni nella scelta fra tre modelli”*. Per quanto concerne la società per azioni, infatti, accanto al modello di amministrazione cosiddetto tradizionale o all'italiana (basato sui due organi del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale), è prevista infatti la possibilità di scegliere il modello cosiddetto dualistico, di derivazione germanica (che si articola in un consiglio di gestione, cui è affidata la amministrazione, ed un consiglio di sorveglianza, che nomina i membri del consiglio di gestione e che, oltre ai poteri tipici del collegio sindacale, provvede anche all'approvazione del bilancio di esercizio e alla deliberazione della azione di responsabilità nei confronti degli amministratori), o il modello cosiddetto monistico, già vigente in Gran Bretagna (fondato su un consiglio di amministrazione e su un comitato di controllo costituito al suo interno). Per quanto concerne la società a responsabilità limitata, invece, viene prevista la possibilità di avvalersi delle firme di amministrazione già previste per le società di persone; 4) *“il nuovo volto della società a responsabilità limitata”*, relativamente al quale, si osserva, le commistioni tra disciplina delle società di capitali e disciplina delle società di persone porterebbero a constatare l'accentuamento del processo di svuotamento dell'art. 2249 c.c. sui tipi di società; 5) l'introduzione di una *“disciplina dei gruppi”*, basata sul principio della responsabilità del soggetto che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agisce nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, nei confronti dei soci delle società oggetto di tale attività, qualora, nell'esercitarla, siano stati violati i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, con

Le nuove norme, che si inseriscono sul precedente impianto del 1942, hanno introdotto significative novità nella materia del diritto delle società¹⁶.

Il complesso normativo previgente ne è risultato profondamente mutato: ciò non solo e non tanto per i singoli – pur altamente innovativi – istituti di nuova introduzione¹⁷, ma soprattutto per la differente concezione della società di capitali che a tali innesti sembra essere sottesa.

Per quanto specificamente qui interessa, e salvo quanto verrà più ampiamente precisato in seguito, in via di primissima approssimazione può osservarsi come la riforma del 2003 ci consegna infatti una società per azioni diversa, caratterizzata da una spiccata vocazione competitiva, la cui realizzazione si snoda attraverso la previsione di numerosi strumenti potenzialmente idonei ad attrarre alla società stessa la liquidità adeguata ed ogni altra utilità necessaria alla realizzazione del progetto economico che le è sotteso¹⁸.

pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione stessa; 6) “la nuova disciplina delle cooperative”, nell’ambito della quale, rileva l’A., viene formulata “una sorta di definizione di società cooperativa”, viene data “una certa rilevanza ai settori di attività cooperativa”, viene dettata a tutela dell’aspirante socio “una disciplina del c.d. principio della porta aperta”, si dà ingresso “ad un istituto classico della società cooperativa quale è il ristorno”, viene per la prima volta “menzionato lo «scambio mutualistico»”, viene introdotta la distinzione tra cooperative «a mutualità prevalente» e cooperative «diverse».

¹⁶ In verità, già nei primissimi commenti alla riforma è stato autorevolmente sottolineato come si possa “parlare di novità solo in senso relativo, e cioè se si prende come punto di riferimento esclusivamente la preesistente situazione normativa italiana, mentre il termine novità sarebbe parzialmente improprio se si varcassero i confini nazionali e se si guardasse alle legislazioni vigenti nelle altre democrazie industriali, dove la disciplina di certi istituti (...) ha data antica”; V. BUONOCORE, *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, pp. 4 – 5.

¹⁷ Basti pensare, a tacer d’altro: alla nuova ed articolata disciplina degli strumenti di finanziamento, del diritto di recesso, dei patti parasociali; alla moltiplicazione delle possibilità di godere di autonomia patrimoniale perfetta attraverso l’introduzione della possibilità di porre in essere patrimoni separati destinati ad un unico affare e finanche finanziamenti destinati; alla nuova disciplina dell’invalidità delle delibere assembleari; alla “rivoluzionaria” normazione della trasformazione; alla introduzione di una specifica disciplina dei gruppi di società.

¹⁸ Come è stato prontamente rilevato anche dalla più attenta manualistica, infatti, “in un contesto come quello italiano dove predominano imprese di piccola e media dimensione occorre proprio per favorire la crescita e la competitività dell’apparato produttivo, regole più flessibili e meno onerose: di qui la scelta di una nuova e ambiziosa disciplina, emanata nel 2003, al cui interno si realizza un tendenziale arretramento delle norme imperative e trova invece grande spazio il riconoscimento dell’autonomia dei soci (o del socio) del potere di adattare i diversi modelli societari alle specifiche esigenze dell’iniziativa intrapresa”; così ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti e F. Vella, Bologna, 2006, p. 9 e ss., dove si evidenzia, in effetti, la funzione economica del diritto societario in generale, citando, sul punto, quanto affermato da alcuni esperti europei in un rapporto recentemente pubblicato (*Rapporto Winter*), ove si legge che “funzione principale del diritto societario è di offrire un quadro normativo per chi intende intraprendere un’attività imprenditoriale in modo efficiente, nel modo ritenuto più adatto per conseguire risultati efficienti”, ciò

In tale contesto, la società per azioni appare dunque, ora assai più che in passato, il duttile involucro di quella attività economica di impresa, che è causa unica ed, al tempo, fine ultimo della sua costituzione¹⁹, e che si evidenzia come vero e proprio filo conduttore di ogni aspetto della sua disciplina²⁰.

Lo svolgimento dell'attività di impresa, motivo fondante della fattispecie societaria, ne scandisce infatti oggi più che mai la normazione, orientandone la relativa disciplina secondo una prospettiva fortemente dinamica (dove il dinamismo è d'altronde, già ontologicamente, caratteristica della attività), e generalmente improntata alla messa a punto di una pluralità di opzioni organizzative statutariamente fruibili e tutte comunque finalizzate al raggiungimento di una conformazione della società che sia il più possibile congrua al programma lucrativo contenuto nel contratto sociale.

La lettura della fattispecie societaria da un punto di vista dinamico, e cioè a dire dalla prospettiva della attività di impresa, in uno alla valorizzazione della autonomia statutaria quale momento di modulazione del tipo alle esigenze di efficienza concretamente perseguite dai soci attraverso l'organismo societario, comprovano la centralità – già precedentemente rilevata, ma oggi più consapevolmente riconosciuta dallo stesso legislatore – della organizzazione, che si configura ed assume proprio rilievo come forma dello svolgimento di quella attività.

per cui *“il diritto societario dovrebbe anzitutto facilitare la gestione di imprese efficienti e competitive, senza ignorare la protezione di azionisti e creditori”*.

¹⁹ Rappresenta la necessità di superare l'approccio – assai diffuso nella attuale cultura giuridica – che analizza i problemi della società in funzione dei problemi organizzativi del soggetto che esercita l'impresa, invece di individuare nell'impresa e nei suoi problemi l'*a priori* sulla cui base ricostruire la disciplina delle società, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali, Lezioni di diritto commerciale*, seconda ed., Padova 2006, p. 213 ss., il quale, al termine della analisi dei principali istituti riformati, suggerisce come nel nostro ordinamento possa essere *“proprio la categoria dell'impresa a poter fornire lo schema concettuale sulla cui base costruire il diritto societario”*.

Per una ricostruzione in punto di attività del sistema della società per azioni, M. CASTELLANO, *Riserve e organizzazione patrimoniale della società per azioni*, Milano, 2000.

²⁰ A tal proposito, coerentemente con la proposta (re)visione della società in termini di “esercizio in comune di attività economica”, si è, in effetti, osservato che anche la posizione del socio deve essere valutata in termini di *“partecipazione (...) alla società, quindi non in termini di liquidazione (...) ma di produttività dell'investimento. Alla partecipazione in atto corrisponde l'interesse reddituale, mentre puntare sull'interesse al disinvestimento (Paciello), per la realizzazione dell'eventuale aumento di valore, contraddice il senso del rapporto sociale in atto”*; così, G.OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e del diritto societario*, in *Le grandi opzioni della riforma e del diritto societario*, a cura di G. Cian, per *I Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2004, p. 16 e ss.

In questo senso, il modello organizzativo della società per azioni, quale impianto strutturale dell'attività nel suo divenire, pare presentarsi oggi – come si vedrà – quale veste “neutrale” della attuazione del progetto economico scelto dai soci.

Cioè a dirsi, che l'insieme di norme indirizzate alla disciplina del modo della attività assumono rilievo, *ex se* considerate, quali norme di relazione, tese a delineare una pluralità di ulteriori atti, fatti, rapporti giuridici, ad estrema conseguenza di quell'opera di normalizzazione della responsabilità limitata che, avviata secoli or sono, trova probabilmente nella riforma delle società di capitali del 2003 il suo più alto punto di compimento.

3. La derogabilità della rigida proporzionalità come conseguenza del processo storico di “normalizzazione” della responsabilità limitata: la responsabilità limitata come concessione eccezionale del sovrano ed il controllo di merito di cui alla codificazione del 1865.

Come è noto, infatti, la limitazione di responsabilità nell'impresa collettiva nacque storicamente per consentire agli imprenditori – in origine, i commercianti che intraprendevano lunghi ed insidiosi viaggi per vendere e scambiare le proprie mercanzie in paesi lontani – di poter reperire i capitali occorrenti facendo ricorso al finanziamento di altri soggetti estranei, per il loro *status*, al mondo dell'impresa (nobili, proprietari terrieri). Questi ultimi, infatti, pur disponendo dei cospicui capitali necessari, non avevano alcun interesse a rischiare tutto il proprio patrimonio nell'affare, e dunque subordinavano la partecipazione all'iniziativa alla espressa garanzia di esenzione dal rischio di impresa per il caso denegato in cui le perdite avessero ecceduto i limiti del loro apporto²¹.

²¹ Nasce, così, la società in accomandita, dove il beneficio della responsabilità limitata, è accordato soltanto ad una categoria di soci, ovvero a quei soci – gli accomandanti, appunto – esclusi dalla direzione dell'impresa, a fronte della obbligatorietà della responsabilità illimitata per quei soci che invece assumevano la direzione dell'impresa; in particolare, il beneficio era, in quell'epoca definita “*proto-capitalistica*”, interdetto ai membri della classe mercantile, sempre e comunque esposti a responsabilità illimitata, essendo, invece, concesso ai membri delle altre classi detentrici di ricchezza mobiliare, e alle classi fondiari; F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, IV ed., Bologna, 2001.

Questa matrice improntò poi, nel diciassettesimo secolo, la nascita del tipo della società anonima.

Nell'interesse della classe mercantile, in uno con quello dello Stato – il cui potere economico e politico era ovviamente accresciuto dal migliore andamento dei commerci – la società dei mercanti era, così, ammessa al beneficio della responsabilità limitata²²: ciò attraverso un intervento *principis*, concesso di volta in volta ed in relazione ad ogni specifico affare da intraprendersi²³.

Con ciò, altre ed ulteriori innovazioni: così, il capitale investito assumeva, nel tempo, la caratteristica di (poter) essere, da un lato, polverizzato²⁴ – avendo peraltro la ricchezza iniziato a trasferirsi dalle mani di pochi ad una borghesia sempre più ampia – e, dall'altro, di (poter) circolare²⁵.

La limitazione di responsabilità, dall'essere di volta in volta oggetto di graziosa concessione in relazione all'affare particolare, divenne quindi, progressivamente, norma generale al fine di consentire il moltiplicarsi delle iniziative economiche con beneficio dell'intera collettività.

²² L'avvento del tipo della società per azioni rappresenta, storicamente, il momento del riconoscimento per tutti i soci (e non solo per alcuni di essi, come già nella società in accomandita) della possibilità della responsabilità limitata: in particolare, essa è ora configurabile anche in capo alla stessa classe mercantile. Il fenomeno mantiene, però, i caratteri di un fenomeno eccezionale: infatti, da un lato, *“esso appare circoscritto alle compagnie coloniali di volta in volta costituite (...) per lo sfruttamento delle risorse economiche delle Terre d'Oriente e del Nuovo mondo”*, dall'altro *“ciascuna compagnia coloniale si formava per atto di concessione sovrana; e questa speciale «carta» promulgata dal sovrano era, per ciascuna compagnia, la fonte dello specifico «privilegio» della responsabilità limitata, oltre che di quello di dividere il capitale in azioni”*; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, op.cit., p. 79.

²³ Si trattava, in pratica, *“di una sorta di «patto» di volta in volta concluso da gruppi imprenditoriali con il sovrano”*: i primi si preparavano *“ad intraprendere colossali iniziative economiche, quali la colonizzazione delle terre d'oltremare, dalle quali il sovrano si attende l'accrescimento della potenza politica ed economica dello Stato, ed alle quali la nobiltà guarda come una nuova e proficua fonte di rendite, ma che per la classe mercantile importano ingenti rischi”*, richiedendo, per contro, la concessione del beneficio della responsabilità limitata; così, ancora, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, op.cit., p. 79.

²⁴ Da cui, in effetti, come è noto, lo stesso nome di società “anonima”, ovvero di società nella quale – diversamente dagli altri tipi, caratterizzati da una compagine societaria ristretta – il capitale era suscettibile di essere parcellizzato in una moltitudine di partecipazioni, e le stesse persone dei soci erano destinate ad una ripetuta modificazione, essendo la possibilità di circolare liberamente un elemento naturalmente connaturato alla partecipazione stessa.

²⁵ Se la concessione della responsabilità limitata, con l'avvento della società per azioni, rappresentò il più forte incentivo per la classe mercantile ad intraprendere nuove e rischiose imprese, con la divisione del capitale in azioni si volle invece massimizzare la raccolta del capitale tra i soggetti estranei alla classe mercantile; con la incorporazione della partecipazione sociale nel titolo, ed il riconoscimento della possibilità, per il titolo stesso, di circolare liberamente, l'azione diventa essa stessa ricchezza, potendo essere agevolmente trasferita ad altri verso il suo controvalore in danaro.

Tanto secondo un procedimento graduale, che ha visto, comunque, l'ordinamento nazionale assai in ritardo rispetto all'analogo *iter* già completatosi nell'ambito di altre esperienze europee, dove la vigilanza governativa sulle società risultava ormai, già alle porte dell'800, definitivamente superata²⁶.

Ciò perché, come è noto, la codificazione italiana del 1865 registrò il mantenimento dell'ingerenza amministrativa sulle anonime, con la costituzione di un unico ufficio preposto al controllo in parola, i cui poteri risultavano, peraltro, notevolmente ampliati, sottoponendosi, per questa via, al vaglio dei commissari del governo non solo la bontà dell'affare e l'opportunità dell'iniziativa economica della costituenda società, ma anche la correttezza dell'agire della anonima nel corso della sua vita, secondo un penetrante, ma soprattutto costante, controllo di merito sull'operazione economica in via di svolgimento²⁷.

4. *(segue) Il controllo di legittimità del tribunale ed il moltiplicarsi delle norme imperative nella disciplina della società per azioni: la codificazione del 1882.*

Il venir meno del controllo del governo sulle anonime si realizzò, infine, circa trenta anni dopo, con il codice di commercio del 1882, attraverso il passaggio dal

²⁶ Sul punto, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, op. cit., p. 145 ss.

²⁷ In argomento, è stato evidenziato come il codice del 1865 abbia visto il prevalere della corrente di pensiero che voleva una razionalizzazione e, al tempo, un ampliamento del controllo governativo. Infatti, "ritenuta (...) insufficiente l'azione del governo quando questa si fosse limitata alla verifica della bontà dell'affare al momento della concessione dell'autorizzazione, tramite valutazione degli elementi ricavabili dall'atto costitutivo, si riconobbe ai commissari il potere di vigilare sull'interesse degli azionisti e dei terzi, di assistere alle adunanze, di garantire il rispetto della legge e dello statuto, di intervenire nella emissione delle obbligazioni, di revocare l'autorizzazione quando la società fosse minacciata da gravi perdite"; così, M. CASTELLANO, *Riserve*, op. cit., p. 30 ss., che rileva anche come, per questa via, si l'intervento in parola traducesse "l'aspirazione ad un controllo anche sulla conduzione dell'affare, sulla osservanza della legge e dello statuto durante lo svolgimento del rapporto e non solo, così come era precedentemente, limitato al momento iniziale, all'atto della costituzione della società". Tale aspirazione risultò, comunque, presto castigata: infatti, da un lato, la crescita esponenziale del numero delle anonime da controllare, ciò che si risolse, inevitabilmente, in una perdurante inefficienza dei controlli stessi; dall'altro, il rafforzarsi delle correnti in disaccordo con una tanto invasiva ingerenza, portarono, dopo soli quattro anni, alla soppressione dell'ufficio in parola, ed alla attribuzione al prefetto e a due delegati delle camere di commercio, del potere ispettivo "che poteva però essere azionato, per violazione della legge o dello statuto o per inesattezza delle prescritte pubblicità, esclusivamente su richiesta degli interessati"; IBIDEM., p. 31.

controllo del potere amministrativo al controllo dell'organo naturalmente deputato alla verifica del rispetto delle leggi, il tribunale²⁸.

Ciò che realmente mutava era, però, la natura stessa del controllo: si abbandonava, infatti, il controllo di merito, in favore di un più neutrale, e meno invasivo, controllo di legittimità²⁹: il passaggio della limitazione della responsabilità da momento straordinario ad elemento peculiare dell'agire economico in forma societaria rappresentava, in questo senso, il passaggio dall'analisi del "se" all'analisi del "come" dell'iniziativa economica privata nelle forme e nei modi della società di capitali.

La novità era, evidentemente, di non poco momento, e tuttavia, come è stato in effetti osservato, essa risultava concretamente calmierata dalla circostanza per cui, quale contrappeso del venir meno del potere del rappresentante del governo, l'impianto normativo di disciplina delle anonime si arricchiva di numerose disposizioni imperative, atte in una certa maniera a codificare, attraverso comandi e divieti, quella che fino ad allora era stata la prassi del vaglio di merito dell'autorità amministrativa³⁰.

Si assisteva, allora, alla nascita di quel complesso sistema di normazione che avrebbe caratterizzato, per i secoli a venire, il tipo della società per azioni.

La società anonima, riconosciuta in via definitiva quale congrua modalità di attuazione dell'iniziativa economica dei privati, veniva infatti affrancata dal vaglio di

²⁸ Infatti, secondo quanto statuito dal combinato disposto degli artt. 90 e 91 del codice di commercio, l'atto costitutivo e lo statuto delle società in accomandita per azioni e delle società anonime dovevano essere, a cura e sotto la responsabilità del notaio rogante e degli amministratori, depositati, entro quindici giorni dalla data della stipula, nella cancelleria del tribunale della giurisdizione in cui era stabilita la sede della società; detto tribunale, quindi, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge per la legale costituzione della società, ordinava, con provvedimento deliberato in camera di consiglio, ed anche a seguito dell'intervento del pubblico ministero, la trascrizione dell'atto costitutivo e dello statuto nel registro delle società, e l'affissione dei medesimi nella sala del tribunale, nella sala del comune e nei locali della borsa più vicina.

²⁹ Sul punto, A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, p. 626 ss.

³⁰ Sull'importanza di tale ampliamento del paradigma normativo delle anonime, si è osservato come "se è vero (...) che la codificazione del 1882 realizzava le istanze di affrancamento dell'agire dei privati dal controllo dell'autorità governativa, pure modellava in sostituzione di questo "un ampio sistema di garanzie obiettive di legge che consolidava stabilmente criteri e massime sperimentati nella pratica dell'autorizzazione e della vigilanza pubbliche"; così, M. CASTELLANO, *Riserve*, op. cit., p. 31 ss., che anche riporta, sul punto, quanto a suo tempo rilevato da P. UNGARI, *Ricerca sulle società commerciali*, in Quaderni di studi e legislazione della Camera dei Deputati, Roma, 1968, p. 34; l'Autore rileva dunque come, in pratica, in tal modo, "l'autorità giudiziaria, e – in via di principio – solo su istanza degli interessati, poteva conoscere soltanto della violazione di legge (e dell'atto costitutivo), ma nello stesso tempo si moltiplicarono i diretti interventi del legislatore, il cui contenuto si disegnava, ampliandolo, sul tipo di intervento sperimentato, pur nei limiti suddetti, dall'autorità amministrativa".

opportunità, secondo un giudizio di meritevolezza espresso *ex ante*, a monte ed una volta per tutte, dal legislatore in sede codicistica.

E però, allo stesso tempo, l'attenzione dell'ordinamento si trasferiva sul *modus operandi* della società stessa, non solo e non tanto attraverso la previsione di un controllo "esterno", e cioè sottoponendo alla approvazione del tribunale alcune particolari fasi della vita della società, ma, soprattutto, agendo "dall'interno", con la fissazione di regole eteronome, e dunque conformando la vita stessa della società, durante l'intero suo svolgimento, ad una moltitudine di norme imperative che, come paletti, valevano a confinare la legittimità dell'operazione economica in discorso.

In tal modo, il beneficio della responsabilità limitata, non più oggetto di straordinaria concessione, ma più semplicemente connesso alla mera presenza dei requisiti di legge, finiva con il perdere quella valenza di eccezionalità che pure aveva caratterizzato la sua nascita e i primi secoli della sua storia; d'altra parte, al riconoscimento della autonomia patrimoniale, e cioè a dire alla scelta del tipo, conseguiva per legge, ed inderogabilmente, la necessaria trasposizione, nella società costituita, delle regole – sostanziali e procedurali – fissate per il tipo stesso, ovvero di tutti gli obblighi e di tutti gli oneri dettati dal legislatore a presidio della serietà dell'iniziativa economica.

Il sacrificio – inteso come la significativa limitazione – della autonomia dei soci, compiuto con il codice di commercio del 1882 e mantenuto, in varia misura, con il codice civile del 1942³¹, rappresenta dunque l'evidenza del permanere di una certa diffidenza, da parte del legislatore storico, nei confronti della società dotata di quella limitazione di responsabilità, il cui riconoscimento valeva a spostare tanto significativamente il punto di equilibrio tra proprietà e rischio, a tutto beneficio dei soci stessi, ed a potenziale scapito dei terzi, privati, per l'effetto, della garanzia generica.

Per questa via, in ogni caso – ciò che rende poi questa pur breve ricostruzione storica importante ai nostri fini – si andava realizzando quella lenta ma costante

³¹ È stato rilevato in dottrina come le norme in parola, nella misura in cui andavano a determinare l'azione dei membri della società nella sostanza, e non solo – o non tanto – nella forma, si ponessero in contrasto con quella funzione della norma, tradizionalmente accolta negli ordinamenti liberali, per la quale essa dovrebbe limitarsi a "*forgiare dei limiti estrinseci dell'agire, formulando divieti che mirano a proteggere e garantire un ordine spontaneo nelle relazioni tra individui*"; M. CASTELLANO, *Riserve*, op. cit., p. 35 – 36.

trasformazione della responsabilità limitata da privilegio straordinario a forma “normale” dell’agire economico dei privati.

Normalizzazione, questa, che, con il tempo, ed anche a causa del sempre più esteso utilizzo del tipo in parola per l’esercizio dell’attività di impresa, avrebbe visto il modello acquisire, via via, una propria dignità sociale, parimenti, d’altronde, alla progressiva (ma pur parallela) acquisizione di una propria dignità sociale da parte della libertà economica dei privati rispetto alla proprietà individuale, coronata con la carta costituzionale del 1948.

Si attutiva, così, quella originaria alea di sospetto riservata alla società dotata di autonomia patrimoniale perfetta; i presupposti, anche sociologici e culturali, della necessità di una così puntuale e penetrante regolazione imperativa di ogni vicenda della società, ne risultavano progressivamente travolti.

5. (segue) Dall’omologa necessaria e preventiva all’omologa eventuale e successiva: il controllo del notaio come indizio della normalizzazione della responsabilità limitata.

Si è fin qui osservato come, in linea generale, l’ordinamento abbia, nel tempo e con l’affermarsi del modello della responsabilità limitata quale modulo comune del fare impresa, gradatamente rinunciato all’esercizio di un controllo penetrante sul merito dell’iniziativa economica perseguita dai soci, abdicando all’esercizio di un controllo di merito, in favore di un mero controllo dei requisiti di legge, riservato all’organo tradizionalmente deputato alla verifica del rispetto delle norme, e dunque al tribunale.

Anche il procedimento di omologazione del tribunale, legislativamente previsto per la fase di costituzione della società, per le deliberazioni comportanti modificazioni statutarie e per quelle relative all’emissione di obbligazioni, è stato, però, recentemente superato, a seguito dell’abrogazione intervenuta a mezzo della legge n. 340 del 24 novembre 2000³².

³² Legge 340/2000 (cd. legge Bassanini), recante “*Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi*”, che ha abrogato il terzo ed il quarto comma dell’art. 2330.

Detta legge, infatti, ha, all'art. 32, radicalmente abolito l'omologazione del tribunale con riguardo alla fase costitutiva, all'uopo modificando il terzo ed il quarto comma dell'art. 2330 del vigente codice civile; con la modifica del primo comma dell'art. 2411 del codice civile si è, invece, mantenuta l'omologazione relativamente alle altre due fattispecie, degradandola, però, ad ipotesi meramente eventuale³³.

Tale controllo è stato, inoltre, trasferito al notaio, nella sua veste di pubblico ufficiale, quale rappresentante dell'autorità dello Stato.

È stata perciò ritenuta sufficiente, in fase costitutiva, la verifica di legittimità già normalmente compiuta dal pubblico ufficiale rogante in sede di redazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico³⁴, mettendo da parte, anche in ossequio alle esigenze di celerità imposte dai ritmi dei traffici economici, il vaglio precedentemente eseguito dell'autorità giudiziaria.

³³ L'omologazione del tribunale permane, infatti, per le ipotesi di deliberazioni che comportino modificazioni statutarie o emissione di obbligazioni, al fine di risolvere l'impasse si venga a creare tra la società ed il notaio verbalizzante, quando quest'ultimo ritenga che la delibera assembleare non sia conforme a legge e, quindi, rifiuti l'iscrizione della stessa nel registro delle imprese. In tal caso, il notaio dovrà dare tempestiva comunicazione del proprio giudizio negativo in merito alla deliberazione, così che questi – o, per il caso di loro inerzia, ciascun socio – possano, entro i trenta giorni successivi, ricorrere al tribunale, dando avvio, appunto, al procedimento di omologazione. Il tribunale, investito, per questa via, della questione, opererà dunque una verifica della conformità alla legge della delibera, non solo da un punto di vista strettamente formale ed estrinseco, ma anche sotto l'aspetto contenutistico. Resta assolutamente esclusa, in ogni caso, pacificamente, un'indagine di merito, e dunque sui presupposti di convenienza o di opportunità della delibera assembleare, né il tribunale potrà, in questa fase, spingersi ad imporre ai soci la modificazione di clausole ritenute non conformi alla legge, dovendosi questo soltanto limitare ad omologare, o meno, la delibera stessa, e rimanendo ogni altra decisione nella facoltà esclusiva dei soci. Sulla dubbia validità delle clausole statutarie che, sotto la vigenza del procedimento di omologazione del tribunale sull'atto costitutivo, attribuivano agli amministratori di società per azioni la facoltà di apportare all'atto costitutivo medesimo quelle modificazioni che fossero eventualmente richieste dall'organ giurisdizionale, si veda, ampiamente, L. SALVATO, *Osservazioni sulla «rettifica» da parte dei contraenti o dell'assemblea degli atti societari soggetti ad omologazione*, in Riv. soc., 1995, pp. 940 ss.

³⁴ In tema, e per l'analisi di alcuni profili problematici: F. SALVATO, *Dalla omologazione giudiziaria alla «omologazione» notarile: profili problematici della nuova disciplina del controllo di legalità degli atti societari*, in AA.VV., *Il controllo notarile sugli atti societari*, Milano, 2001; V. SALAFIA, *I limiti della funzione omologatoria del Tribunale dopo la novella della L. n. 340*, in *Società*, 2001, p. 1244 ss.; U. MORERA, *Dall'«omologazione» del Tribunale all'«omologazione» del notaio: prime riflessioni sull'art. 32, L. n. 340 del 2000*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 292 ss.; S. FORTUNATO, *Dall'omologazione alla verifica notarile*, in *Giur. Comm.* 2001, I, p. 539 ss.; C. IBBA, *Il controllo sull'iscrivibilità degli atti d'impresa dopo la legge 340 del 2000*, in *Riv. Not.*, 2001, I, 323; A. PAVONE LA ROSA, *Il controllo degli atti societari per l'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, II, 101 ss.

Oggetto del controllo è la verifica dell'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge, e dunque l'aderenza alla struttura di società per azioni profilata dal sistema³⁵.

Ed invero, l'interpretazione della novità legislativa, recante l'eliminazione della cosiddetta "omologazione"³⁶ da parte del tribunale per i più importanti atti che venivano ad incidere sulla vita delle società di capitali, è risultata, come è noto, nulla affatto univoca.

La natura effettivamente abrogativa dell'intervento legislativo sul punto, è stata infatti revocata in dubbio da certa parte della dottrina, che ha invece ritenuto trattarsi di una mera modificazione della sede e del procedimento in parola.

Secondo tale lettura, dunque, il notaio sarebbe oggi, *sic et simpliciter*, subentrato al tribunale nell'esercizio della medesima funzione di adeguamento (per gli atti costitutivi) e di controllo successivo (per i verbali) precedentemente svolta dalla autorità giurisdizionale, che dapprima vi provvedeva nelle forme del procedimento camerale.

Sul punto, va incidentalmente rilevato come questo processo (che per pura semplificazione terminologica e senza voler con questo accedere ad alcuno degli orientamenti citati) può comunque chiamarsi di eliminazione della omologazione, sia avvenuto in due fasi successive.

Il primo intervento – determinante per porre fine ad una *querelle* che si trascinava da anni, circa l'utilità stessa della omologazione societaria a fronte dell'enorme carico di lavoro che essa comportava per i tribunali – è avvenuto, infatti, con l'emanazione della citata legge n. 340/2000, che, introducendo la nuova disciplina, specificava, in ogni caso, che *"in attesa della riforma del diritto societario, la fase costitutiva e la fase modificativa delle società di capitali sono regolate dalle*

³⁵ Già relativamente al controllo svolto dal tribunale in sede di omologazione, si era rilevato, infatti, come realmente rilevante fosse il significato di schema organizzativo dello statuto societario, ciò per cui la verifica fosse da ritenersi particolarmente incentrata sulla compatibilità della costituenda società con il modello strutturale proprio delle società per azioni nel sistema codicistico. Sul punto, C. ANGELICI, *La costituzione della s.p.a.*, in Trattato di diritto privato, a cura di Rescigno, Torino, 1985, p. 260 ss.; U. MORERA, *L'omologazione degli statuti di società*, Milano, 1988.

³⁶ "Cosiddetta" perché in realtà, come è stato attentamente osservato, il termine "omologazione" non ricorre né ricorreva nella precedente disciplina, e nel codice civile è invece utilizzato soltanto in riferimento all'efficacia della separazione consensuale (art. 158 c.c.) e della trascrizione nei giudizi civili di falso (art. 1968 c.c.). In tal senso, M. DIFABIO, *Il procedimento di omologazione dopo la riforma del diritto societario e l'intervento del Notaio*, in *Riv. Not.*, 2008, p. 237, in nt. 1.

disposizioni del presente articolo". Si lasciava intendere, con ciò, la provvisorietà della soluzione adottata, effettivamente volta a risolvere la situazione contingente, ma comunque destinata ad essere in breve tempo riconsiderata, con l'obiettivo di trovare una sistemazione più compiuta in un disegno complessivo di rivisitazione dell'intero impianto societario, aspettativa che peraltro sarebbe stata successivamente ribadita, quantomeno con riferimento al tipo della società per azioni, anche nel corpo della legge delega della riforma del diritto societario³⁷.

L'impianto della legge n. 340/2000 è stato, invece, poi totalmente confermato dalla riforma, quando si è evidentemente ritenuto di *"considerare sufficiente, come consentito dalla prima direttiva comunitaria, il controllo del notaio che ha rogato l'atto al fine di verificare la sussistenza delle condizioni di legittimità per la costituzione della società"*, limitandosi dunque a rilevare *"che tale sistema, già operativo da quasi due anni"* avesse dato *"buona prova di sé"* e perciò considerando *"coerente con gli obiettivi di semplificazione della riforma confermarlo integralmente"*, salvo chiarire in una apposita dichiarazione di attuazione che *"il procedimento di iscrizione ad opera del notaio presuppone la sussistenza di tutte le condizioni richieste dalla legge per la costituzione della società"*³⁸.

Ciò potrebbe probabilmente indicare la soluzione – almeno dal punto di vista della *voluntas legis* – relativamente alla questione che innanzi si accennava, nel senso di poter in effetti affermare che quello notarile sembrerebbe inteso come un vero e proprio

³⁷ La natura assolutamente provvisoria della opzione legislativa è sembrata infatti confermata dalla legge delega della riforma societaria, laddove, da un lato, per le società a responsabilità limitata, essa indirizzava espressamente il nuovo impianto normativo verso la conferma della disciplina "transitoria" (in proposito il secondo comma dell'art. 3, alla lettera a, richiedeva infatti di: *"semplificare il procedimento di costituzione, eliminando il giudizio di omologazione, nonché gli adempimenti non necessari, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi e di tutela dei creditori sociali precisando altresì le modalità del controllo notarile in relazione alle modifiche dell'atto costitutivo"*), ma dall'altro lato, con riferimento alle società per azioni, sembrava al contrario indicare la necessità di un almeno più approfondito ripensamento sul tema (così, il secondo comma dell'art. 4, alla lettera c, dove si impone la *"determinazione dei limiti, dell'oggetto e dei tempi del giudizio di omologazione"*). Ciò, d'altronde, in assoluta coerenza con la considerazione, pure contenuta nella medesima legge delega, per cui le società in forma di società per azioni sono *"imprese a compagine sociale potenzialmente ampia, caratterizzate dalla rilevanza centrale dell'azione, dalla circolazione della partecipazione sociale e dalla possibilità di ricorso al mercato del capitale di rischio..."* per cui la relativa disciplina avrebbe dovuto prevedere *"un modello di base unitario e le ipotesi nelle quali le società saranno soggette a regole caratterizzate da un maggiore grado di imperatività in considerazione del ricorso al mercato dei capitali"*.

³⁸ Così, testualmente, la Relazione di accompagnamento al testo del decreto legislativo n. 6/2003.

controllo – la cui bontà è infatti presidiata dalle pesanti sanzioni a carico dello stesso controllore per le ipotesi in cui eserciti male il suo ufficio³⁹ – avente ad oggetto la mera legittimità della fattispecie⁴⁰.

Il principio del controllo “esterno”, ossia di mera legittimità, dello Stato rispetto alla fase genetica dell’organismo societario, sembrerebbe, per questa via, legislativamente cristallizzato: il pubblico ufficiale si limiterà ad attentamente verificare la sussistenza in concreto di tutte le condizioni astrattamente richieste dalle norme di legge, procedendo dunque alla iscrizione della società nel registro delle imprese.

Ciò, secondo quanto fin qui detto, rappresenterebbe la ulteriore consacrazione della attuale normalizzazione della responsabilità limitata, beneficio oggi concesso a fronte della sola presenza dei predeterminati requisiti di legge, indipendentemente da ogni approfondimento sul merito della attività economica da svolgersi: è, come detto, il mero controllo del “come”, e l’abbandono ormai completo del controllo sul “se”.

6. *(segue) L’ultima fase della normalizzazione della autonomia perfetta come modo del fare impresa: l’abdicazione delle norme imperative a favore della autonomia dei soci nella regolazione delle vicende interne alla società per azioni nella riforma del 2003.*

Si è appena detto di come, a seguito dell’*iter* sommariamente tracciato, l’ordinamento abbia, nel tempo, abbandonato l’analisi del “se” dell’iniziativa economica – e, dunque, la verifica di merito sull’opportunità o meno del progetto perseguito dai soci – per limitarsi, infine, al vaglio del “come”, ovvero delle concrete modalità operative della società, attraverso il controllo della aderenza di queste al modello di legge.

³⁹ Già con la legge n. 340/2000, infatti, sono state inasprite le sanzioni di legge previste a carico del notaio che abbia richiesto l’iscrizione di un atto costitutivo o di una deliberazione assembleare per l’ipotesi in cui “*risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge*”.

⁴⁰ Trattasi dunque di un controllo analogo a quello precedentemente svolto dal tribunale, che pure si diceva limitato alla legittimità, ma che di fatto sovente si spingeva fino al confine di un vero e proprio controllo di merito, ciò che tuttavia ha giovato a fornire, attraverso il consolidamento dell’orientamento giurisprudenziale, una notevole garanzia di uniformità, con uno sviluppo monitorato ed unitario della disciplina commerciale, in linea con il principio di certezza giuridica, di quantomai centrale rilevanza nella materia in parola.

Il controllo di legittimità – affidato, in un primo tempo, al tribunale e, successivamente, al notaio – consisteva e consiste infatti in ciò, nella verifica della compatibilità strutturale della fattispecie concreta rispetto al tipo fissato dalla legge attraverso un sistema di norme imperative.

E mentre la limitazione di responsabilità diveniva, dunque, la caratteristica dell'organizzazione societaria, il modello della società per azioni acquisiva, nel tempo, una propria autonoma valenza, o, per meglio dire, una valenza “neutrale”.

Alla luce di quanto sopra, può dunque osservarsi come la normalizzazione della responsabilità limitata quale schema organizzativo della società per azioni abbia influito sull'atteggiarsi del controllo in due diversi modi.

Da un lato, infatti, essa ha comportato, nella misura in cui si è detto, un affievolimento del controllo operato dal legislatore, non più concepito come valutazione di merito per la concessione di un beneficio, ma come mera analisi della sussistenza dei requisiti di legge.

Dall'altro, attraverso la sensibile diminuzione del numero di norme imperative che della ridetta normalizzazione è immediata conseguenza, ha morfologicamente variato l'essenza del controllo stesso⁴¹, destinato ad appurare la rispondenza della fattispecie astratta ad un quanto mai rarefatto tipo legale.

In tal senso, molte delle recenti novità in tema di società di capitali paiono collocarsi nell'ambito del percorso evolutivo della responsabilità limitata, qui sommariamente tracciato, e che allora, prendendo le mosse dalla concessione del re, troverebbe il suo più recente punto di sviluppo proprio nella riforma delle società di capitali del 2003, con l'ampio riconoscimento ivi effettuato dell'autonomia privata, quale libertà dei partecipanti al progetto economico di organizzare autonomamente la propria iniziativa, pur nel mantenimento dei limiti imperativamente imposti a tutela dei terzi.

⁴¹ Osserva F. D'ALESSANDRO, «*La provincia del diritto societario*, op. cit., pp. 40 – 41, come dal “trionfo dell'autonomia privata nelle società chiuse, anche in virtù di un abbassamento della guardia davanti all'istituto della responsabilità limitata”, derivino rilevanti corollari, poiché al “drastico calo del tasso di imperatività” dovrebbe conseguire “una simmetrica riduzione del tasso di tipicità”, da cui deriverebbe, a sua volta, “il rilassamento dei controlli sulla conformità appunto al tipo”, e dunque “il tramonto dei controlli giudiziari omologatori”.

Si pensi, a tacer d'altro, alla introduzione normativa – di ispirazione comunitaria – della società a responsabilità limitata e per azioni unipersonale: qui l'ossimoro dell'unico socio, che, nel passato più prossimo, vedeva venir meno il beneficio della responsabilità limitata, è oggi legittimato ad intraprendere o a proseguire, in perfetta solitudine, l'attività economica della società⁴², sol che abbia cura di effettuare il versamento dell'intero capitale sociale, e di attuare la prescritta pubblicità, e cioè, si noti, di adempiere a quegli obblighi prescritti dal legislatore nell'ottica di garantire la migliore tutela dei terzi in una fattispecie, quella della unipersonalità, ragionevolmente ritenuta pericolosa in quanto tendenzialmente più idonea, rispetto all'ipotesi pluripersonale, al compimento di eventuali abusi⁴³.

Tanto perché, come detto, parlare di “beneficio” della responsabilità limitata appare oggi quanto mai improprio, posto che la limitazione di responsabilità non sembra più rappresentare il premio per incentivare nuovi soggetti ad apportare capitale all'impresa collettiva, ma soltanto un modello organizzativo del fare impresa, con piena cittadinanza nell'ordinamento, secondo quella che efficacemente è stata definita, appunto, la “*s drammatizzazione della responsabilità limitata*”⁴⁴.

⁴² Osserva G. OPPO come l'opzione legislativa, di derivazione comunitaria, ricalca una scelta già sperimentata in sede di società a responsabilità limitata, che però, trasposta in ambito di società per azioni “*ha effetti clamorosi sul piano sistematico e problematico*”; nota infatti l'Autore come “*non si dovrebbe parlare di società, né di unico socio, vere contraddizioni in termini che maltrattano la lingua italiana*”, ma, se del caso, di “*unico azionista e di impresa e di impresa con unico azionista*”, risolvendosi poi, però, per la non adeguatezza anche di quest'ultima locuzione nella misura in cui, a seguito della riforma, “*la titolarità dell'impresa può non essere rappresentata da azioni, ma (come il nuovo testo espressamente prevede: art. 2346, comma 1°) da diverse «tecniche» di legittimazione e circolazione*”, e concludendo dunque, causticamente, che “*quella che la legge chiama – e impone di chiamare (art. 2326) – «società per azioni», può non essere né «società» né «per azioni»*”. Così, G. OPPO, in *Le grandi opzioni*, op. cit., p. 9 e ss.

⁴³ Prendendo le mosse dalla nuova disciplina della società unipersonale, si è sottolineato come, essendo venuti meno, relativamente a quest'ultima fattispecie, tanto il contratto, quanto il rapporto intersoggettivo, il nocciolo inderogabile dell'istituto societario sembra essere costituito da “*l'impresa (come attività oggettivamente e soggettivamente lucrativa)*”, da “*la personalità giuridica dell'impresa*” e dalla “*organizzazione dell'impresa*”; G. OPPO, *Le grandi opzioni*, op.cit., p. 9 ss.; sulle problematiche, anche teorico-sistematiche, inerenti l'introduzione della fattispecie della società unipersonale, da ultimo, P. FRUGIUELE, *Il concetto di socio unico tra forma e sostanza*, in Riv. Not., 6/2008, p. 1463 ss.

⁴⁴ Così, F. D'ALESSANDRO, «*La provincia del diritto societario*», cit., pp. 40- 41, il quale osserva come a tale “*s drammatizzazione*” la riforma apporti un determinante contributo, tanto attraverso la normalizzazione della società unipersonale a responsabilità limitata come figura del diritto societario comune, quanto attraverso la possibilità, generalmente accordata alla società per azioni, di destinare una parte del proprio patrimonio ad una determinata attività, limitando a detta parte la responsabilità per le obbligazioni nascenti dallo specifico affare; rileva l'Autore come tali innovazioni non rappresenterebbero, peraltro, novità assolute, avendo “*il tabù della responsabilità limitata (...) già subito negli ultimi lustri*”.

Sotto questo secondo aspetto, è da rilevarsi infatti, in via di primissima approssimazione, come la riforma delle società di capitali del 2003 – recependo, sul punto, anche le numerose prassi e i tanti orientamenti affermatasi in materia nelle aule giudiziarie – paia aver completato l'evoluzione in discorso, traducendo un approccio diverso del legislatore alla fattispecie della società dotata di responsabilità limitata, nel senso di un crescente “disinteresse” dello stesso per le vicende interne della società, e dunque di un significativo arretramento dell'area della imperatività ai soli istituti destinati (anche solo potenzialmente) ad avere conseguenze, più o meno dirette, sulla sfera giuridica dei terzi che entrino in contatto con la società⁴⁵.

del secolo passato considerevoli dissacrazioni”, ovvero: la direttiva comunitaria sulla società unipersonale, nonché la giurisprudenza *Raytheon* (con la quale si era affermata l'irresponsabilità di una società per i debiti di altra società, di cui la prima possedesse la quasi totalità del pacchetto azionario, e pur essendo le rimanenti azioni detenute da una terza società, completamente controllata dalla prima).

⁴⁵ Rifacendosi a note riflessioni della teoria generale del diritto, ci si potrebbe, forse, azzardare fino al punto di affermare che tale evoluzione della responsabilità limitata, da beneficio straordinario concesso con apposito atto a seguito di un intervento del sovrano, fino al riconoscimento dell'ampia autonomia statutaria avutosi con la riforma del 2003, e salvo comunque il mantenimento della normazione imperativa laddove vengano in rilievo interessi dei terzi passibili di potenziale lesione, traduca l'evoluzione del sistema normativo delle società di capitali da un sistema basato sulla formula per cui “tutto ciò che non è permesso è vietato”, ad un sistema basato sulla opposta formula per cui “tutto ciò che non è vietato è permesso”. È noto infatti che, secondo la teoria della norma giuridica, si distinguerebbero nell'ordinamento giuridico norme imperative e norme permissive: le prime, sarebbero quelle norme che impongono doveri; le seconde, quelle che, invece, attribuiscono facoltà. Le norme permissive, in particolare, avendo quale funzione quella di far venir meno un imperativo in determinate circostanze, presupporrebbero le norme imperative (infatti, qualora esse facciano venir meno un imperativo precedente, si comporteranno da norme abroganti, mentre, qualora l'imperativo sia contemporaneo, esse fungeranno da norme deroganti). Ebbene, in tal senso, il sistema concessorio di cui alla nascita della società con responsabilità limitata, nella misura in cui faceva dipendere dal permesso del sovrano (e, poi, della autorità governativa a seguito di un penetrante controllo di merito) la possibilità per il privato di intraprendere l'iniziativa economica con il beneficio della autonomia patrimoniale perfetta, era in pratica suscumbibile in un meccanismo di cui al primo tipo (“tutto ciò che non è permesso, è vietato”). D'altra parte, la situazione attuale, in cui l'iniziativa economica privata è, per previsione di rango costituzionale, oggetto di una vera e propria libertà, e non della mera attribuzione di una sfera di liceità (art. 42 Cost.), ed in cui la responsabilità limitata è riconosciuta a seguito di una semplice verifica della sussistenza dei requisiti di legge, e perciò di un mero controllo di legittimità, poggerebbe allora sul postulato per cui “tutto ciò che non è vietato, è permesso”. Ciò, peraltro, in linea con quanto tradizionalmente avviene nell'ambito degli ordinamenti liberali, dove, muovendosi dal presupposto dell'esistenza, in capo ai singoli, di una libertà naturale, se ne ammette la limitazione, mediante norme imperative, solo in determinate circostanze e per la tutela di interessi ritenuti parimenti meritevoli. La considerazione è di non poca importanza, travalicando la mera teoria ed involgendo pregnanti conseguenze pratiche. È chiaro, infatti, che, ove si ritenga che l'ordinamento sia improntato alla regola per cui “tutto ciò che non è permesso, è vietato”, i comportamenti che non siano posti ad oggetto di una norma permissiva, dovranno considerarsi proibiti. Al contrario, nel caso in cui l'ordinamento medesimo si ritenga retto dal principio per cui “tutto ciò che non è vietato, è permesso”, in mancanza di una norma imperativa recante una prescrizione di segno diverso, il comportamento dei privati dovrà ritenersi sempre lecito. Sulla teoria della norma giuridica, ed in particolare sul rapporto tra imperativi e permessi, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 96 ss.

È stato, infatti, autorevolmente osservato come la riforma del 2003 “*marci sotto la bandiera della autonomia privata*”⁴⁶; ebbene, l’ampio spazio riconosciuto all’autonomia statutaria dalla riforma in parola rappresenta, appunto, il riflesso della rinuncia, da parte del legislatore, a disciplinare con norme imperative la vita della società, in favore della regola generale per cui è attribuita agli stessi interessati – e dunque, appunto, ai soci – la libertà di definire, secondo le proprie scelte e la propria volontà, le concrete modalità di attuazione del programma economico.

In questo contesto si collocherebbe, allora, lo stesso istituto della assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento.

Qui, infatti, nel mantenimento – come si vedrà – del limite inderogabile della effettività del capitale sociale, i soci sono autorizzati a determinare liberamente la misura della loro partecipazione alla società, anche indipendentemente dall’entità del proprio apporto al progetto comune.

Si sgretola, così, uno dei più profondi limiti interni alla autonomia delle parti contraenti del contratto sociale.

7. L’autonomia statutaria nella riforma.

È dunque importante, ai fini dell’opera di inquadramento concettuale che si sta tentando, approfondire come si atteggi, rispetto all’istituto in considerazione, quella autonomia statutaria, della cui generale importanza nell’ambito della riforma del diritto societario si è già più volte accennato.

Punti cardine della limitazione di responsabilità sono stati infatti, da sempre, principalmente: sotto l’aspetto esterno, la regola della effettività e della integrità del capitale sociale; sotto l’aspetto interno, la regola della proporzionalità tra apporto e partecipazione, intesa quest’ultima tanto in senso patrimoniale (ovvero di poter incamerare un utile laddove esso venga prodotto), quanto in senso amministrativo (dunque di poter contribuire alla formazione della volontà del soggetto giuridico, determinandone quindi il suo divenire).

⁴⁶ F. D’ALESSANDRO, «*La provincia del diritto societario*, cit., p. 38.

Se l'aspetto esterno ha però continuato ad essere la preoccupazione principale del legislatore, l'ingerenza nell'aspetto interno si è andata invece via via affievolendo, per fare spazio al riconoscimento di una sempre più estesa "autonomia statutaria"⁴⁷.

Ed è proprio l'ampliamento dell'autonomia statutaria uno degli scopi cardine perseguiti dalla riforma⁴⁸.

Il concetto in parola è, d'altronde, più volte ripreso già nel corpo della legge delega: in particolare, per quanto riguarda l'argomento che ci occupa, l'espressione è ripresa per due volte⁴⁹, e dunque sia nell'articolo 3, relativo alla società a responsabilità limitata, e sia nell'articolo 4, relativo proprio alla società per azioni, e precisamente nel quinto comma, dedicato alla disciplina dei conferimenti, mentre la relazione di accompagnamento, subito dopo aver individuato quale primo obiettivo, peraltro generale e di fondo, quello di *favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese*, sottolinea la necessità di *semplificare la disciplina delle società* e, appunto, di *ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria*.

Quindi, tanto per il tipo della società per azioni, quanto per il tipo della responsabilità limitata, viene con identica espressione individuata, fra le modalità operative attraverso le quali sviluppare la riforma, quella di *consentire ai soci di regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali*.

Per quanto qui interessa, e dunque con riguardo alla società per azioni, tale indirizzo si è tradotto nel nuovo quarto comma dell'art. 2346 c.c., dove, come anche riportato nella relativa relazione di accompagnamento, *si è provveduto a precisare che il principio di proporzionalità tra valore dei conferimenti e numero delle azioni assegnate al socio è derogabile con scelta statutaria*.

⁴⁷ P. FERRO LUZZI, *La «diversa» assegnazione*, cit., p. 587, si dichiara, invero, manifestamente contrario all'uso dell'espressione "autonomia statutaria", e ciò in quanto *«la parola «autonomia» è indissolubilmente legata nella sua origine storica all'autonomia dei privati, ed in campo societario di «autonomia», cioè capacità del soggetto di regolare gli interessi propri, ve ne è poca, proprio perché è raro che vi siano interessi esclusivamente privati dei singoli e dai singoli disponibili. Si tratta piuttosto di libertà di iniziativa economica privata»*.

⁴⁸ Per un approfondimento sui profili problematici dell'autonomia statutaria nella riforma, C. IBBA, *In tema di autonomia statutaria e norme inderogabili*, in *Le grandi opzioni*, cit., p. 143 ss.

⁴⁹ Nel corpo della legge delega il riferimento espresso alla autonomia statutaria è operato invece per ben dodici volte, quasi a voler marcare l'impegno di evolvere il modello della società di capitali nella direzione di una quasi assoluta libertà di impresa.

È, in questa sede, solo il caso di ricordare che il principio dell'autonomia delle scelte contrattuali dei soci si è tradotto altresì, per quanto riguarda le società a responsabilità limitata, nel secondo comma del nuovo articolo 2468, secondo il quale *“se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento”*; così come pure va fatto un primo accenno – poiché sul punto si avrà modo di tornare più compiutamente in seguito – alla disposizione dell'art. 2343 c.c., nella parte in cui lascia nella disponibilità dei soci, in fase di costituzione della società, la facoltà di prevedere che in caso di annullamento delle azioni conseguente alla revisione della stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti, possa determinarsi fra loro una loro diversa ripartizione delle restanti azioni.

8. Rilevanza interna e (ir)rilevanza esterna della distribuzione del capitale: la effettività del capitale sociale (anche alla luce delle disposizioni comunitarie).

Si è fin qui argomentato di come l'evoluzione del sistema normativo, espressione, a sua volta, della evoluzione della concezione della responsabilità limitata come modello comune di svolgimento dell'attività economica di impresa, passi oggi per l'affievolimento dei limiti interni, quale scelta di deregolamentazione legislativa delle dinamiche intime della vita sociale, rimesse, per l'effetto, alla libera determinazione dei soci.

È altresì necessario, tuttavia, soffermarsi sul dato per cui tale scelta di politica legislativa, della quale l'istituto della assegnazione non proporzionale di cui al quarto comma dell'art. 2346 c.c. è frutto, trova il proprio contrappeso nel mantenimento, ben saldo, del limite esterno della effettiva formazione del capitale sociale.

La preoccupazione del rispetto di tale limite da parte del legislatore della riforma riaffiora infatti immediatamente, nel quinto comma dello stesso articolo, dove si conferma il principio per cui il valore dei conferimenti non può in nessun caso essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale.

D'altronde – ciò che può essere non secondario sottolineare, almeno al fine di ricondurre ad unità la ricostruzione del sistema – la disposizione in parola è altresì

espressamente richiamata, per essere fatta salva, anche dall'ultimo comma dell'art. 2343 c.c. in tema di annullamento delle azioni conseguente alla revisione della stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti, al quale si è poc'anzi fatto riferimento.

Pertanto, va osservato come la deroga in discorso risulti infine consentita, in linea con la ricostruzione che si è andata fin qui prospettando, soltanto per ciò che concerne l'aspetto endosocietario.

In tale ambito, essa si pone quale eccezione, normativamente tipizzata, al principio della proporzionalità tra conferimento e partecipazione – da sempre uno dei capisaldi della dottrina commerciale, così immanente al sistema da non essere in precedenza neanche espressamente previsto, ed oggi invece, per la prima volta, testualmente affermato proprio nella prima parte del quarto comma dell'art. 2346 c.c. (*“A ciascun socio è assegnato un numero di azioni proporzionale alla parte del capitale sociale sottoscritta e per un valore non superiore a quello del suo conferimento”*), e dunque, proprio per essere disatteso, con la codificazione, altrettanto testuale, della sua derogabilità.

Sul punto, una ulteriore considerazione, sollecitata proprio dall'ultima parte dell'inciso in esame: permane, come regola generale, il principio per cui le azioni non possono normalmente essere emesse per un valore nominale superiore a quello del conferimento. In maniera diversa da quanto disposto in precedenza (come si è sopra ricordato, il vecchio testo affermava che *“le azioni non possono emettersi per somma inferiore al loro valore nominale”*) il secondo comma, sempre dell'art. 2346 c.c., nel prevedere anche la nuova scelta di emettere azioni senza valore nominale⁵⁰, dispone che, laddove tale valore sia indicato, esso debba corrispondere ad una frazione del

⁵⁰ Tra i primissimi commenti al d. lgs. n. 6/2003, la disposizione in parola era stata individuata, anche da autorevolissima dottrina (TRABUCCHI – CIAN), quale importante novità recata dalla riforma, nella misura in cui, prevedendo la possibilità di emettere azioni prive di valore nominale, darebbe la stura alla eliminazione del valore nominale dalla azione, emancipando la seconda dal primo. In realtà, come si comprende dalla lettura complessiva della norma in oggetto, per essa non si autorizza l'emissione di azioni *senza* valore nominale, ma – più semplicemente – di azioni dal valore nominale *inespresso*. La innovazione, in tal modo, finisce con il non avere neppure quella utilità di semplificazione nella quale, in un primo momento, si era individuata la ragione della sua introduzione: infatti, in sede – ad esempio – di aumento gratuito da effettuarsi attraverso l'aumento del valore nominale delle azioni già possedute dai soci, la mancata indicazione del valore nominale dell'azione nel contesto del titolo non basterà, invero, ad esimere la società dal rilascio di nuovi titoli a seguito dell'aumento, dovendo comunque il documento medesimo indicare, in caso di mancata espressione del valore nominale, l'ammontare del capitale sociale (art. 2354, comma secondo, n. 3, c.c.), della cui variazione per effetto dell'aumento bisognerà comunque dare conto nel contesto del certificato azionario.

capitale sociale, e tale determinazione debba riferirsi senza eccezioni (inciso che pure va sottolineato) a tutte le azioni emesse dalla società.

Ed infatti, il risultato di una diversa ripartizione delle partecipazioni fra i soci si sarebbe potuto perseguire matematicamente anche in altra maniera, spostando la diversa assegnazione dal numero delle azioni al loro valore: tanto però avrebbe comportato la conseguenza di frammentare il capitale sociale in una miriade di partecipazioni di diverso contenuto l'una dall'altra, in violazione dell'altro fondamentale principio della eguaglianza delle azioni, sancito dal primo comma dell'art. 2348 c.c. (ai sensi del quale: *“le azioni devono essere di uguale valore e conferiscono ai loro possessori uguali diritti”*), con necessità di rifondare probabilmente l'intero sistema, basato da sempre sull'equivalenza “numero delle azioni possedute = peso della partecipazione nella vita sociale”.

Non che questo, invero, non potesse essere tecnicamente realizzabile: basti pensare, ad esempio, a quanto in effetti avviene nella società a responsabilità limitata: nell'ambito della ricostruzione sistematica di tale tipo di società è stato infatti finalmente chiarito anche a livello normativo il principio – più volte ribadito in dottrina, ma spesso messo da parte nella pratica – della unicità della quota di partecipazione⁵¹; è stata così definitivamente sancita la possibilità – o, meglio, la normalità – che nella s.r.l. coesistano quote di partecipazione di diverso ammontare⁵².

Ma la previsione, sopra ricordata, che vuole quale regola generale – ad evidente ragione di tutela dell'interesse dei terzi – quella del limite massimo del valore nominale dell'azione nel valore del conferimento, è, come detto, subito mitigata, addirittura nello stesso quarto comma dell'art. 2346 c.c., quasi a voler sottolineare, anche nella sua collocazione sintattica, l'importanza dell'eccezione – che potrebbe in realtà anche

⁵¹ I numeri 5 e 6 del nuovo art. 2463 sulla costituzione della s.r.l. richiamano rispettivamente il primo “i conferimenti”, e l'altro “la quota di partecipazione” di ciascun socio, laddove, nel sistema pre-riforma, il precedente numero 5 del corrispondente art. 2475 faceva riferimento in un unico, confuso, inciso alla “quota di conferimento” di ciascun socio, alimentando così l'incertezza sul punto.

⁵² Cosicché, incidentalmente, non dovrebbero più ritrovarsi negli statuti, (*rectius*: nelle norme di funzionamento) delle s.r.l., quelle clausole che, con terminologia del tutto atecnica e poco giuridica, oltre che assolutamente carenti sotto un profilo logico-matematico, confondendo evidentemente la necessità che la quota fosse comunque di lire mille o di un suo multiplo con la composizione del capitale sociale, e mutuando acriticamente tecniche proprie, per l'appunto, della società per azioni, prevedevano che il capitale sociale di una s.r.l. fosse, per esempio, “di lire ventimilioni diviso in ventimila quote da lire mille ciascuna” e che il socio avesse “una quota per ogni mille lire”. Sull'unitarietà della quota di società a responsabilità limitata, FERRI, *Le società*, in Trattato di dir. civ. it., X, 3, 1987, p. 461 ss.

essere letta come regola – piuttosto che della regola stessa. Qui si sancisce, infatti, la possibilità che lo statuto preveda “*una diversa assegnazione delle azioni*”, così rimettendo alla libera scelta dei soci – nel pieno recepimento del principio dell’autonomia contrattuale così tanto spesso invocato dalla legge delega – la più varia determinazione degli *assets* societari.

Il dubbio che tale determinazione normativa possa violare la norma portata dal primo comma dell’art. 8 della Seconda Direttiva CEE sul diritto societario⁵³, ai sensi della quale “*Le azioni non possono essere emesse per un importo inferiore al loro valore nominale o, in mancanza di questo, al valore contabile*”, è stato dalla dottrina risolto nel senso della correttezza causale dell’art. 2346 in parola, dovendosi tenere in considerazione la *ratio* della norma comunitaria piuttosto che la sua lettera⁵⁴, per cui, si è detto, “*Il capitale sociale deve restare un istituto a tutela della certezza del diritto e dell’interesse dei terzi, e non deve in alcun modo diventare una ingiustificata camicia di forza per l’autonomia privata*⁵⁵”.

D’altra parte, e per confermare la bontà della «assoluzione» che la dottrina ha inteso dare alla scelta legislativa, potrebbe giovare la considerazione per cui, nell’ambito del corposo preambolo alla Direttiva citata, anche il legislatore comunitario sembrerebbe preoccuparsi primariamente del fatto che “*nel territorio della Comunità lo statuto o l’atto costitutivo della società per azioni deve permettere agli interessati di conoscere gli elementi essenziali di tale società, in particolare l’esatto ammontare del suo capitale*⁵⁶”, così mostrando di voler porre a base della tutela dei terzi la globalità del

⁵³ Trattasi, come è noto, della Seconda Direttiva del Consiglio del 13 dicembre 1976 (77/91/CEE) – in G.U.C.E. 31-01-1977, n. L26 – intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all’art. 58, secondo comma, del trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa. Sulla II Direttiva Comunitaria, tra i molti: C. ANGELICI, *Diritto delle società e attuazione della II Direttiva CEE – Inquadramento della direttiva negli ordinamenti dei Paesi CEE*, in Riv. Dir. Civ., 1986, I, p. 550 ss.; L. BUTTARO, *La seconda direttiva CEE in materia societaria*, Giuffrè, Milano, 1984.

⁵⁴ F. MAGLIULO, *L’assegnazione di partecipazioni sociali in misura non proporzionale al conferimento*, in Notariato, 6/2003, p. 639, il quale cita, altresì, V. SANTORO, *Commento all’art. 2346 c.c.*, in *La riforma delle società*, vol. 2/I, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 129, e F. TASSINARI, *I conferimenti e la tutela dell’integrità del capitale sociale*, in C. CACCAVALE, F. MAGLIULO, M. MALTONI, F. TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.

⁵⁵ F. TASSINARI, *I conferimenti*, op.cit., p. 117.

⁵⁶ Trattasi, più precisamente, del terzo considerando alla Seconda Direttiva societaria.

capitale sociale e non la sua ripartizione atomistica, che è cosa che riguarda invece i soci.

Il limite non si ritrova più, quindi, nel singolo titolo, ma nel complesso di tutti i titoli, non potendo in nessun caso il valore dei conferimenti essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale: la tutela dei terzi, fondata sulla effettività del capitale sociale, viene quindi spostata dal particolare al generale col risultato che, esternamente, non conta più (o, almeno non conta tanto) quanto ciascun socio conferisce, ma, invece, quanto tutti, nell'insieme, conferiscono.

E cioè, si vuol dire: posto che nella società per azioni – e, in generale, nella società dotata di responsabilità limitata – la garanzia è costituita, appunto, dal capitale sociale, è configurabile, da parte dei terzi, un interesse ad andare oltre il dato dell'ammontare di questo, per spingersi eventualmente a sindacare se, all'interno, i soci si siano ripartite le azioni in misura correttamente proporzionale ai rispettivi conferimenti?

Tendenzialmente, e salvo quanto si preciserà meglio in seguito⁵⁷, si dovrebbe poter rispondere di no.

È del tutto evidente, in effetti, come la agognata tutela del terzo riposi sul principio – questo sì assolutamente imperativo – della effettività del capitale sociale, in una considerazione globale della situazione societaria che involge, primariamente, la solidità economico – finanziaria del soggetto giuridico, piuttosto che le posizioni dei singoli soci, la cui identità è, spesso, per il terzo addirittura irrilevante, stante la assoluta centralità del fattore capitale nell'organismo societario (ciò di cui, come detto, la originaria connotazione quale “società anonima” costituisce, d'altronde, chiaro indizio).

La distribuzione delle azioni, in rapporto alla entità del conferimento, resterebbe quindi, per questa via, elemento irrilevante per il terzo, e questione integralmente riservata alla volontà dei soci, nell'ambito della più ampia sfera delle scelte (come si dirà, di tipo organizzativo) ad essi, e solo ad essi, rimesse, per l'attuazione del progetto economico societario.

⁵⁷ Si potrebbe, infatti, configurare un interesse dei terzi e, in linea ancor più generale, del mercato ad una efficiente gestione dell'impresa, che passa, come si vedrà, dal principio di necessaria correlazione tra rischio e potere (una azione, un voto); e dunque, in tale senso, la distribuzione interna delle partecipazioni, eventualmente in misura non proporzionale, influenzerebbe indirettamente anche i terzi in generale: *infra*, § 8 - 9.

CAPITOLO SECONDO

SOMMARIO: 1. Il problema della qualificazione della assegnazione non proporzionale: regola costitutiva o regola corporativa?; 2. L'assegnazione non proporzionale tra contrattualismo ed istituzionalismo: breve digressione su un antico dibattito; 3. La assegnazione non proporzionale tra contratto sociale e profili corporativi; 4. La posizione giuridica dell'azionista rispetto all'operazione di assegnazione non proporzionale; 5. L'assegnazione non proporzionale rispetto al principio di necessaria correlazione tra rischio e potere e di parità di trattamento tra i soci; 6. I due casi di applicazione del nuovo istituto prospettati dalla Relazione di accompagnamento: l'apporto di utilità non diversamente conferibili, e la diversa assegnazione in esito alla revisione della stima; 7. Considerazioni riepilogative.

1. Il problema della qualificazione della assegnazione non proporzionale: regola costitutiva o regola corporativa?

Alla luce della ricostruzione fin qui compiuta, volta ad inserire la novità in discorso nel più complesso contesto di evoluzione storico – culturale della società per azioni, è necessario ora rivolgersi all'analisi di alcuni dei numerosi problemi che l'introduzione legislativa della possibilità di operare una assegnazione non proporzionale naturalmente pone.

Si tratta, come detto, di comprendere, innanzitutto, se vi siano spazi per affermare la possibilità, per i soci, di porre in essere una assegnazione non proporzionale anche durante la vita della società e, dunque, non soltanto nella fase costitutiva; si tratta, inoltre, qualora si ritenga di accedere alla prima ipotesi, di comprendere quale sia la misura del consenso necessario a porre in essere un'operazione di questo tipo, e cioè se sia imprescindibile, al fine, il raggiungimento dell'unanimità, ovvero se possa ritenersi anche sufficiente l'approvazione di una maggioranza, eventualmente qualificata.

Tale (tentativo di) risoluzione, tuttavia, postula, anzitutto ed inevitabilmente, la necessità, per l'interprete, di prendere posizione su alcuni dei più classici temi del diritto commerciale.

Ciò evidentemente perché l'istituto della assegnazione non proporzionale, operando, come si è detto, direttamente sul rapporto tra misura della partecipazione, entità dei conferimenti e capitale, va a coinvolgere, da una parte, la posizione del singolo socio, ed, allo stesso tempo, l'intera struttura della fattispecie societaria, riflettendosi direttamente sui principali aspetti strutturali dell'iniziativa economica perseguita.

È chiaro, d'altronde, che, nel silenzio della norma, qualsiasi scelta l'interprete voglia compiere in merito alle principali questioni inerenti la assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento, presupporrà, innanzitutto, una scelta in ordine alla qualificazione della norma.

Al vertice, si tratta di comprendere se la stessa debba ritenersi una regola costitutiva, oppure una regola organizzativa.

È noto, infatti, come, nell'analisi del fenomeno societario, si ponga quale centrale la distinzione tra momento strutturale e momento organizzativo, sintesi della dicotomia tra fattore statico e fattore dinamico nell'ambito della disciplina della fattispecie in parola.

Ciò, d'altronde, è coerente con la duplice natura del contratto di società, che si presenta, da un lato, alla stregua di ogni contratto privatistico, come incontro delle volontà dei suoi contraenti, e però, dall'altro lato, come elemento genetico di un organismo altro e diverso – la società, appunto – che in qualche modo la volontà dei suoi fondatori trascende e travalica, proponendosi, allo stesso tempo, come autonomo soggetto di diritti.

E d'altra parte – poiché le due cose sono, come è ovvio, immediatamente collegate – valutare la natura della norma inerente la assegnazione non proporzionale significa analizzare la posizione del socio di società per azioni, e dunque cercare di comprendere se sia o meno configurabile, in capo all'azionista, un vero e proprio diritto soggettivo alla parità di trattamento e, perciò, ad ottenere un numero di azioni direttamente proporzionale a quanto conferito; ciò che renderebbe allora insuperabile

l'esigenza di una approvazione unanime, non potendo, evidentemente, la maggioranza disporre di un diritto perfetto riconosciuto in capo ad altri⁵⁸.

2. *L'assegnazione non proporzionale tra contrattualismo ed istituzionalismo: breve digressione su un antico dibattito.*

Sul punto, d'altronde, è già stato autorevolmente attestato come la previsione normativa della derogabilità della rigida proporzionalità rappresenterebbe un (ulteriore) segnale del superamento della concezione contrattualistica dell'atto costitutivo della società – in particolare di capitali – verso una concezione, per così dire, organizzativa, ovvero di costituzione della struttura societaria nella sua complessità di obiettivi, apporti, responsabilità⁵⁹.

In ciò starebbe, dunque, la funzione dell'atto costitutivo (che, per questa via, si riapproprierebbe del suo significato più intrinseco, quello di “costituire”, appunto, la società), essendo poi rimessa, invece, alla libera determinazione dei soci la ripartizione – tendenzialmente secondaria ed ininfluyente per i terzi – degli aspetti interni, legati al peso che ciascun partecipante potrà reclamare sulle vicende e sui risultati dell'attività⁶⁰.

La disposizione in parola, nel più ampio contesto in cui si pone, sarebbe dunque da leggersi nel solco del processo di neutralizzazione del tipo della società per azioni, con trasposizione di esso sul piano organizzativo, ed esaltazione del nocciolo dello svolgimento della attività di impresa.

⁵⁸ È stato autorevolmente rilevato, infatti, che “*i temi organizzativi della società per azioni attengono soprattutto al gruppo dei soci e coinvolgono quindi in primo luogo la caratterizzazione della loro posizione giuridica. Si tratta essenzialmente, in questo senso, di precisare quali specifici connotati essa assuma in conseguenza del significato collettivo, quindi organizzativo, della fenomenologia societaria e dei peculiari connotati che essa riveste nella società per azioni*”. Così, C. ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, voce per l'*Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 981.

⁵⁹ P. FERRO LUZZI, *La «diversa assegnazione delle azioni» (art. 2346, comma 4°, c.c.)*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, pag. 584 ss.. L'Autore, dopo aver accennato alla valenza pure significativa, nell'ambito del dibattito in parola, della introduzione nell'ordinamento dell'ipotesi di società costituita da un unico socio, passa a sottolineare come la riforma abbia accentuato la funzione centrale dell'atto costitutivo quale atto di genesi dell'organizzazione e, più in generale, del funzionamento della società, e come si rafforzi, anche attraverso l'istituto che qui si analizza, “*il distacco tra il soggetto – socio e l'azione oggettivamente considerata come elemento strutturale dell'organizzazione*”.

⁶⁰ A tale riguardo, lo stesso Autore ha evidenziato come già il termine “assegnazione” sia, nell'ambito che qui ci impegna, del tutto atipico e singolare, presupponendo evidentemente, sotto il profilo (crono)logico, la già avvenuta creazione dell'oggetto da “assegnare”; P.FERRO LUZZI, *ibidem*.

Non stupisce, pertanto, che una parte della dottrina abbia ritenuto, sul tema, di prendere espressamente posizione rispetto al supposto equivoco di una rinata concezione istituzionalistica della società, indicando, al contrario, nel quadro in esame la definitiva riprova dell'affermazione della concezione contrattualistica, connessa e conseguente alla massima valorizzazione della autonomia privata operata dalla riforma⁶¹.

Per questa via, l'istituto della assegnazione non proporzionale al conferimento, di cui all'art. 2346 c.c., finisce per inserirsi a pieno titolo nel pur risalente dibattito sulla individuazione della concezione della società accolta dal legislatore, e sulla relativa possibilità di tracciare, sul punto, una evoluzione modificativa delle scelte del medesimo, in conseguenza delle recenti innovazioni apportate al diritto positivo.

Trattasi della disputa relativa al corretto inquadramento dello stesso fenomeno societario – e della società per azioni in particolare – nell'ambito del generale sistema giuridico e normativo, e ciò non solo e non tanto per cogliere quello che è stato lo spirito ispiratore della riforma in linea generale, ma ancor più per comprendere nello specifico in quali principi generali di (eventualmente) nuova affermazione abbia potuto trovare le sue radici la disposizione che qui ci interessa, nell'obiettivo di coglierne, per questa via, la reale portata innovativa.

Ciò obbliga in qualche modo a dare qui almeno brevemente conto, per ragioni di completezza dell'esposizione, di un altro importante dibattito, con l'avvertenza che, sia per l'intrinseca complessità che ne caratterizza il contenuto, e sia per la grandezza degli Autori che vi hanno nel tempo preso parte, non potrà in questa sede che esserne dato un modesto resoconto.

La questione ha data antica, e la contesa potrà ritenersi, ormai, non più attuale, essendo definitivamente superate le contaminazioni ideologiche che ne hanno costituito, per lungo tempo, la premessa; di essa residua, tuttavia, una forte traccia, ben visibile anche nella matrice che impronta i diversi orientamenti della dottrina anche nella valutazione della fattispecie che ci occupa.

⁶¹ F. D'ALESSANDRO, cit., p. 41 ss.; l'Autore afferma, altresì, di ritenere manifestamente infondata la preoccupazione per cui il diffuso richiamo alle *"ragioni dell'impresa"* preluderebbe ad un *"neo-istituzionalismo"*, e ciò in quanto sarebbe ben salda, nelle nuove norme, *"l'equazione tra interesse della società ed interesse dei soci"*.

È ben nota, in effetti, la tradizionale dicotomia che da sempre contrappone i sostenitori della tesi contrattualistica a quelli della tesi istituzionalistica, nella ricostruzione dei modelli societari.

L'orientamento contrattualistico – che si riaggancia evidentemente alla generale definizione di apertura del Titolo V del Libro V del codice civile, di cui all'art. 2247 c.c., quale enunciazione della società come “*contratto*” – configura, in estrema sintesi, la società alla stregua di un negozio tipico, in quanto oggetto di espressa disciplina normativa, e finalizzato a “*l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili*”⁶².

La società sarebbe, quindi, la figura contrattuale appositamente prevista dal legislatore per l'esercizio collettivo dell'impresa; quale contenitore generale, essa ricomprenderebbe al suo interno le due grandi classi delle società di persone e delle società di capitali (*rectius*: del contratto di società di persone e del contratto di società di capitali), ciascuna poi con i suoi specifici tipi.

La centralità del momento contrattuale, intesa come la preminente importanza dell'accordo in seno al patto negoziale che suggella l'impegno dei soci - contraenti allo svolgimento della attività di impresa, si traduce, conseguentemente, nell'essenziale rilievo riconosciuto all'elemento volontaristico.

Si pone dunque al centro del fenomeno societario la volontà dei soci come consacrata nel contratto sociale, e pertanto l'interesse comune dei contraenti, che è poi

⁶² Va, sul punto, comunque rilevato – senza che ciò voglia in alcun modo costituire una contestazione di ordine letterale rispetto alla impostazione contrattualistica ma al solo fine di completare la disamina normativa - che lo strumento cooperativo, che pure è espressamente e senza alcun dubbio definito “società” (art. 2511 c.c.) trova la sua collocazione nel successivo Titolo VI, e quindi, si potrebbe pensare, al di fuori dell'ambito di influenza dell'art. 2247 c.c. (che, come detto, costituisce l'*incipit* del Titolo V). Detta scelta “topografica”, se può essere certamente giustificata con riferimento allo scopo perseguito, perché la società cooperativa non viene costituita per “dividere gli utili”, e quindi in qualche modo esula dalla definizione generale *de qua*, che in relazione al lucro non le si attaglia di certo, è tuttavia meno evidente in relazione all'elemento prettamente volontaristico, perché non può esservi dubbio sul fatto che anche il contratto con cui si costituisce una cooperativa sia pur sempre un negozio con cui si “conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica”. E però la scelta di aver collocato le “disposizioni generali” in tema di società all'inizio del Titolo V dedicato alle società di capitali, piuttosto che in un Titolo, effettivamente di carattere generale, a sé stante, o magari la scelta di non aver sussunto anche le cooperative nello stesso Titolo dedicato agli altri tipi della società, non possono comunque essere considerate quali indici di una scelta di campo del legislatore sulla validità o meno della posizione contrattualistica, in relazione alla quale, d'altronde, si potrebbero trarre dall'elemento di tale collocazione, tanto elementi a favore che contro.

l'interesse dei soci a trarre dal conferimento versato un utile, o meglio il maggior utile possibile (ciò che è infatti lo scopo – lucrativo, appunto – del contratto di società).

I soci – originari o successivi – restano allora pur sempre i *domini* della società, e ciò anche attraverso l'assemblea, che della società pertanto è l'organo sovrano⁶³.

Il contratto non è solo fonte, ma elemento centrale, oltre che in fase costitutiva, anche durante tutta la vita della società, come centrale è e resta la necessità della coerenza con la causa contrattuale delle vicende che successivamente involgono la vita della società.

Alla detta posizione contrattualistica si è tradizionalmente e da sempre contrapposta una visione istituzionalistica della società, volta porre in rilievo, più che il momento genetico del fenomeno collettivo, il suo momento dinamico, e cioè l'aspetto funzionale dell'attività della società in svolgimento.

La società, allora, pur costituita attraverso il contratto, se ne distaccherebbe per “vivere di vita propria”⁶⁴, ciò per cui l'atto costitutivo dovrebbe essere inquadrato, piuttosto che come contratto di scambio o di cooperazione, quale mero atto di genesi di una persona giuridica⁶⁵.

⁶³ In argomento, il recentissimo contributo di M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2/2008, pp. 198 – 236; afferma l'Autore a p. 199, come, da un punto di vista sistematico, “la figura di riferimento sembra essere quella della comunione di diritti soggettivi e il contratto di società appare nella sua struttura elementare, come un accordo volto a costituire una comunione incidentale su un certo patrimonio, destinato ad una finalità lucrativa”, per cui le norme civilistiche di riferimento sarebbero quelle sulla comunione di diritti (artt. 1100 ss. c.c.), e quelle sulle obbligazioni solidali (artt. 1292 ss. c.c.).

⁶⁴ F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, p. 230 ss.

⁶⁵ Tale altra impostazione è stata in particolar modo prospettata con riferimento alle imprese medio - grandi, normalmente costituite in forma di società per azioni, rispetto alle quali è dato di comune esperienza che l'elemento organizzativo (*ad est* “istituzionale”) venga sovente a prevalere su quello contrattuale. Ciò nel senso che è nella natura stessa della figura – e la libera circolabilità del capitale di essa ne è la miglior riprova – di prescindere, o quanto meno di distaccarsi, dalla volontà dei soci (tanto più da quella iniziale, quasi degradata a mero fatto storico). L'organismo vivrebbe, quindi, come si è detto, “di vita propria”, secondo la gestione dell'attività che venga determinata dai soggetti a ciò specificamente deputati, e che potranno essere (e normalmente sono) addirittura estranei e diversi rispetto alla cerchia dei soci, richiedendo, peraltro, un incarico di tal fatta una professionalità precipuamente qualificata al fine. Ciò, con tutta evidenza, in netta contrapposizione con quanto generalmente avviene – sempre secondo un dato di comune esperienza – nelle imprese piccole, costituite in forma di società di persone, alle quali vanno senz'altro aggiunte, nel panorama del nostro paese, la maggior parte delle società a responsabilità limitata, con compagini ristrette, spesso familiari, chiuse e pressoché immutabili nel tempo (per loro stessa natura nelle società di persone, e normalmente attraverso clausole di prelazione nel trasferimento delle partecipazioni per quelle a responsabilità limitata). Sono, infatti, qui gli stessi soci

L'elemento centrale, cioè a dire quello che fonda il distacco tra contratto e società nel suo divenire, è l'organizzazione.

In tal senso, il fenomeno collettivo acquisirebbe una valenza sua propria, ciò che darebbe luogo ad *“una sorta di scomposizione della personalità del soggetto, da intendere distintamente quanto al suo esplicitarsi nella sfera «sociale» ed in quella «individuale»*”⁶⁶.

La posizione del singolo socio passerebbe, così, tendenzialmente in secondo piano; la stessa centralità dell'assemblea ne risulterebbe, in qualche modo, ridimensionata, in favore di una esaltazione delle competenze dell'organo gestorio, quale organo deputato a realizzare un autonomo interesse della società.

Ed è stato d'altronde soprattutto per il timore della prevaricazione della volontà, e quindi della posizione, del singolo socio, che la prospettiva istituzionalistica ha avuto difficoltà a trovare condivisione.

In particolare, il sacrificio dell'aspetto volontaristico che si andava, così, postulando, ha dato la stura alla più o meno fondata preoccupazione che, per questa via, la posizione del singolo potesse restare sacrificata e soggetta allo strapotere del gruppo di comando, con ciò pensandosi quindi specificamente alla tutela delle posizioni di minoranza nei confronti della maggioranza dei soci.

Al che è stato osservato che *“gli strumenti del contratto, del diritto soggettivo e dell'obbligazione non costituiscono le sole possibili modalità di tutela di interessi giuridicamente rilevanti e di limitazione del potere di azione dei soggetti. La teoria dell'organizzazione, sviluppata soprattutto nel campo del diritto pubblico, ha elaborato una serie di regole atte a controllare efficacemente l'uso del potere giuridico. Tali regole possono essere in larga parte richiamate anche all'interno delle organizzazioni private*”⁶⁷.

a privilegiare l'aspetto volontaristico, richiedendo quindi, vuoi già secondo quanto normalmente disposto dal dettato normativo, vuoi, laddove ve ne residui spazio, per scelta statutaria, l'unanimità dei consensi per ogni fondamentale scelta nel corso dell'attività sociale.

⁶⁶ C. ANGELICI, *Enciclopedia*, cit., p. 982.

⁶⁷ Così, M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali*, cit., p. 202, che replica in senso critico anche all'altra importante obiezione mossa alla tesi istituzionalistica, per cui l'impresa potrebbe essere distolta dalla sua naturale vocazione al profitto, ed essere invece rivolta a finalità “sociali”; rileva infatti l'Autore che *“il modello istituzionale (...) è di per sé neutro rispetto ai fini, e si traduce solo in determinate regole di organizzazione (tendenzialmente rigide), nonché nell'idea che i soggetti titolari di poteri all'interno*

Da cui il venire in rilievo degli strumenti volti a controllare, appunto, l'uso del potere da parte dei soggetti che ne sono investiti, sia quanto alla forma⁶⁸, sia quanto al contenuto⁶⁹.

Va anche detto che la riforma del diritto societario, pur non avendo – come è ovvio – preso espressa posizione sulla questione, è, però, sembrata, ai più, aver dato una spinta significativa nella direzione di un rinnovato istituzionalismo.

Ed infatti, da un lato, è stata estesa l'ammissibilità della unipersonalità (già a suo tempo introdotta dal decreto legislativo n. 88/1993 per le società a responsabilità limitata, con un primo *vulnus* – se a questa lettura si voglia aderire – alla teoria contrattualistica pura) anche alle società per azioni, provocando con ciò l'implosione della stessa definizione di cui all'art. 2247 c.c., laddove si richiede la convergenza di “*due o più persone*” per costituire la società⁷⁰; dall'altro si è definitivamente concentrata negli amministratori la piena operatività della gestione sociale (art. 2380 *bis* c.c.), con forte ridimensionamento del ruolo dell'assemblea, e quindi della stessa volontà dei soci (art. 2364 c.c.).

Questi due indirizzi, adottati dal legislatore, sembrerebbero (ma quanto al primo dubitarne è forse anche eccessivo, trattandosi di una scelta espressa che non ammette repliche) effettivamente privilegiare il ruolo della società come organizzazione,

dell'organizzazione siano obbligati a perseguire determinate finalità, su cui non hanno potere di disposizione. (...) In questa prospettiva, il modello istituzionale è logicamente compatibile anche con una finalità di massimizzazione dei profitti o comunque di efficiente gestione di un'impresa capitalistica”.

⁶⁸ Ci si riferisce alla valorizzazione del procedimento quale sistema di garanzia, tanto in relazione alla formazione delle delibere, quanto, più in generale, alla formazione della volontà dell'ente.

⁶⁹ Trattasi, evidentemente, della finalizzazione dell'esercizio del potere alla realizzazione dell'utile, che costituisce lo scopo societario come incardinato nel dato testuale del richiamato art. 2247 c.c., o quanto meno alla compatibilità con tale realizzazione (come può avvenire per talune operazioni, che vengono poste in essere magari anche immediatamente in perdita, ma sono in effetti rivolte ad un fine ultimo ed ulteriore e quindi, secondo il criterio di economicità, possono comunque reputarsi produttive di un “utile indiretto”).

⁷⁰ Sul punto, è stato infatti osservato che unici punti in comune tra la fattispecie pluripersonale e quella unipersonale, non essendo ravvisabile, in quest'ultima, né il contratto, né il rapporto intersoggettivo, sarebbero “*l'impresa (come attività oggettivamente e soggettivamente lucrativa), la personalità giuridica dell'impresa*” e “*l'organizzazione dell'impresa*”; G. OPPO, *Le grandi opzioni*, p. 10 e ss.

piuttosto che come contratto, contratto che, peraltro, nella sua accezione propriamente giuridica, potrebbe anche mancare del tutto⁷¹.

E peraltro già lo stesso principio maggioritario – che inevitabilmente permea la disciplina delle società ed in genere degli enti collettivi che presentano un maggior grado di complessità, stante l'inefficienza della regola della unanimità dei consensi per il governo degli organismi plurisoggettivi di tal fatta – fisiologicamente certo meglio corrisponde ad una concezione istituzionalistica, nella quale il sacrificio della volontà del singolo trova il suo contrappeso nel prevalente interesse comune, piuttosto che contrattuale, essendo invece il contratto, per sua stessa definizione un “*accordo*” (art. 1322 c.c.) tra tutti i soggetti che vi prendono parte.

Ciò che oggi è quanto mai vero, stante la nuova rilevanza riconosciuta al diritto di recesso (in uno alla attenta normazione, anche procedimentale, dell'esercizio del medesimo), quale modulo di *exit* legislativamente preposto alla tutela delle ragioni del singolo socio in contrasto con importanti decisioni della maggioranza, e, per questa via, alla cristallizzazione delle ragioni della maggioranza stessa, libera di decidere sol monetizzando al socio il corrispettivo di tale libertà.

E parimenti avviene con la nuova disciplina dell'invalidità delle deliberazioni assembleari, laddove, nella gran parte dei casi, la tutela risarcitoria garantita al socio assente o dissenziente configura il lasciapassare per la volontà, pur non esente da vizi, della maggioranza.

3. La assegnazione non proporzionale tra contratto sociale e profili corporativi.

Dunque, se questo è il quadro generale della problematica, non sfugge l'importanza e, al tempo, la complessità, insita nel privilegiare l'uno o l'altro punto di vista rispetto alla fattispecie che ci occupa.

Posto, infatti, e come si è già precisato, che il dibattito tra dottrine contrattualiste e dottrine istituzionaliste può ben dirsi superato, con il superamento anche delle spinte ideologiche che in qualche modo ne erano alla base, esso resta tuttavia attuale nella

⁷¹ La lettura appena proposta è stata da più parti prospettata già nei primissimi commenti alla riforma societaria del 2003. Così, in particolare, M. LIBERTINI, *Riflessioni generali*, in *Le grandi opzioni*, op.cit., pp. 249 – 255; G. OPPO, *Le grandi opzioni*, cit..

validità delle pregiate ricostruzioni dogmatiche in cui si è, a suo tempo, articolato, e vieppiù, nelle contrapposte letture del fenomeno societario che ci consegna.

Contrapposizione che, si badi, sembra atteggiarsi oggi in maniera dialettica, potendosi ragionevolmente riconoscere la giustezza delle ragioni dell'uno e dell'altro orientamento, entrambi rinvenibili in quella normativa composita che attualmente disciplina la società per azioni.

E non è un caso, infatti, se chi fu, allora, uno tra i più autorevoli esponenti di quel dibattito, ha voluto affermare, all'alba della riforma del 2003, e proprio commentando i punti salienti di quella riforma, che *“vi era del vero in entrambe le tesi”*, se e in quanto l'interesse del socio appaia ormai, a seconda dei casi, avere e non avere tutela di diritto: esso avrebbe, allora, tutela di diritto quando *“tutelato individualmente nel suo contenuto tipico di interesse contrattuale”*; mancherebbe, invece, di tale tutela quando preso in considerazione solo contro lo strapotere della maggioranza, che *“interpreta l'interesse sociale come interesse dell'impresa anche al di là dell'interesse contrattuale dei soci”*⁷².

In che modo, allora, l'istituto della assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento partecipa di questo dibattito?

Quale lettura esso suffraga, e da quale lettura è suffragato?

La questione è tutt'altro che meramente teorica, ma, anzi, è densa di conseguenze pratiche, non fosse altro che perché la fattispecie che ci occupa, come più volte rilevato, evidenzia la assenza di una disciplina normativa, e ciò sia in punto di modalità applicative, che, soprattutto, in punto di fissazione degli eventuali limiti in cui esso possa operare: vuoto, questo, che dovrà essere, inevitabilmente, colmato dall'opera dell'interprete.

Aderire, dunque, all'impostazione contrattualistica, e perciò sostenere – come è stato sostenuto, anche prendendo le mosse dal dato, innegabile, della sensibilmente accresciuta autonomia dei soci, in sede di contratto sociale⁷³ - che la riforma societaria

⁷² G. OPPO, *Le grandi opzioni*, cit., p. 15., in risposta al quale G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppò)*, in Riv. Soc., 2005, p. 639 ss.

⁷³ Così, D. CORAPI, *La riforma italiana delle società di capitali: modelli continentali, modelli di common law, modello comunitario*, in *Le grandi opzioni*, cit., pp. 75 – 97, cui replica criticamente M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali*, cit., p. 204, nt. 11.; ma si veda anche F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario*, cit.

del 2003 abbia vieppiù sottolineato la centralità del contratto sociale, vuol dire, per quanto qui interessa, ritenere che l'assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento debba sempre e comunque avere una giustificazione causale che possa collocarsi saldamente nella stessa struttura del contratto sociale.

Ciò perché il contratto sociale, che racchiude l'interesse sociale quale sommatoria degli interessi dei soci, regola la società, non solo in fase costitutiva, ma anche *in itinere*, durante tutta la vita di essa, e dunque la sproporzione del conferimento e della attribuzione, dovrà passare necessariamente per il contratto, dovendo la stessa essere causalmente inserita nello stesso; il che suggerisce, quanto meno in via di prima approssimazione – ma l'argomento sarà oggetto della terza parte della trattazione – che essa debba, sempre in sede contrattuale, trovare un suo riequilibrio⁷⁴.

Ed invero, il dato positivo non sembra imporre in alcun modo – almeno a prima vista – detto (ri)equilibrio contrattuale, come se le parti, in qualche modo sganciatesi dal contratto, possano ritrovare altrove la giustificazione che pure naturalmente dovrà essere sottesa all'operazione e che forse – ma anche questo sarà meglio vagliato in prosieguo – potrà essere trovata nel vantaggio dell'impresa, quale fine da raggiungere in positivo, ma anche, e a maggior ragione, come limite negativo di operatività dell'istituto.

Non sfuggono le delicate conseguenze di quanto si va accennando.

Cioè a dire, che ritenere che l'attribuzione possa avere una giustificazione causale altra e diversa rispetto a quella che ispirerebbe il rapporto di provvista tra i singoli soci, e quindi l'interesse che per qualsiasi ragione ne motivi la realizzazione,

⁷⁴ In tal senso G. OPPO, *Le grandi opzioni*, cit., pp. 17 - 18. L'Autore enumera l'istituto in parola tra le numerose innovazioni apportate dalla riforma in tema di azioni - unitamente alle azioni che attribuiscono diritti diversi (art. 2350, primo comma, c.c.), alle azioni disciplinate diversamente per quanto concerne l'incidenza sulle perdite (art. 2348, secondo comma, c.c.), alle azioni che attribuiscono diritti correlati ai risultati di un determinato settore di attività (art. 2350, secondo comma, c.c.), ed infine alle azioni con diritto di voto variamente modulato (art. 2350 c.c.) – osservando come la nuova disciplina delle partecipazioni sociali “*depone certo per l'ampliamento dell'«ambito dell'autonomia», ma non per una persistente e meno che mai costante contrattualità del rapporto*”. Evidenzia, quindi, l'Autore, come le nuove opzioni normative consentono, pur non imponendo, una sproporzione, che dunque ben potrebbe essere supplita da altri aspetti, nell'ambito della disciplina contrattuale; ma il punto centrale e di massima importanza – sempre secondo quanto affermato dall'Autore – sta nel fatto che detto riequilibrio ben potrebbe avvenire, ma non è obbligatorio, né richiesto, che avvenga; ciò che, come detto, amplia notevolmente la autonomia contrattuale, ma si pone in netto contrasto “*con l'attuazione di una causa contrattuale (...), meno che mai oggi che la legislazione dei contratti evolve verso un principio operativo opposto*”.

significa riconoscere nell'operazione in parola una regola differente e nuova, prettamente societaria, di matrice organizzativa, e dunque anche (e soprattutto) suscettibile di trovare applicazione nel corso della vita della società.

Così configurata quale regola corporativa, però, una tale operazione potrebbe non contrastare – o almeno, non a priori – con il principio maggioritario.

Può ritenersi, infatti, che tale principio, impregnando di sé tutta la disciplina della società per azioni, nell'ambito della quale si atteggia infatti come regola generale, cederebbe ragionevolmente nel caso concreto solo qualora si trovasse a scontrarsi con una posizione di diritto meritevole di tutela, e, invero, non di una qualsiasi tutela (come una forma di tutela può configurarsi, ad esempio, nel riconoscimento di una compensazione risarcitoria), ma di quella particolare e pregnante tutela che ancora la modifica di una posizione giuridica al consenso del suo titolare.

Si tratta, in altri termini, di comprendere se sia possibile rinvenire, in capo all'azionista, una posizione di diritto soggettivo che osti alla realizzazione, senza il suo consenso, di una operazione di assegnazione non proporzionale.

In questa sede però, vale la pena di sottolineare che, già nel momento in cui si stia meditando di abbandonare il porto franco del voto unanime – in una delibera, quale quella in questione, che certamente comporta (come si vedrà) delicate conseguenze in punto di rischio e potere per le posizioni dei singoli soci – ci si sta allontanando, quantomeno, dalla lettura in termini più rigorosamente formali di quella concezione che assume il contratto quale momento centrale del sistema della società.

4. La posizione giuridica dell'azionista rispetto all'operazione di assegnazione non proporzionale.

L'introduzione dell'opzione della assegnazione non proporzionale traduce, allora, la antica, eppure mai sopita, questione in ordine alla caratterizzazione della posizione giuridica dell'azionista, e cioè, in particolare, se, e fino a che punto, possano effettivamente trapiantarsi, nel peculiare contesto societario, le tradizionali categorie del diritto civile, e, quindi, se, e fino a che punto, la posizione del socio possa essere qualificata come di diritto soggettivo.

Ciò, peraltro, con tutti gli inconvenienti che l'utilizzo di tale categoria giuridica notoriamente comporta, e che rivelano, nel caso che ci occupa, tutto il proprio peso, venendo qui in rilievo, come detto, tanto la somma dei diritti ed obblighi naturalmente connessi alla partecipazione sociale che si assegna, tanto i diritti ed obblighi relativi alla disciplina del conferimento.

Ci si riferisce, da un lato, alla difficoltà di riportare il diritto soggettivo pur eventualmente riconosciuto in capo al socio ad uno dei tipi di diritto soggettivo conosciuti dal diritto civile; dall'altro, alla complessità di porre in essere una *reductio ad unum* delle differenti posizioni giuridiche rinvenibili in capo all'azionista in una sola posizione giuridica onnicomprensiva⁷⁵.

L'eventuale accoglimento dell'ipotesi in parola porta con sé, dunque, la valorizzazione del momento contrattuale del fenomeno societario, quale punto di incontro delle volontà dei soci – contraenti e, ancor più, come somma delle pari posizioni delle parti.

L'assegnazione non proporzionale si presenterebbe, allora, come deroga all'equilibrio contrattuale dei contraenti, possibile secondo un giudizio di meritevolezza espresso *ex ante* dal legislatore con l'introduzione della stessa previsione normativa, e però pur sempre necessitante, per la sua attuazione, del consenso delle parti, alla stregua dei principi generali del contratto.

La centralità del contratto porterebbe, così, ad affermare la natura costitutiva della regola, destinata perciò a trovare spazio unicamente nella fase iniziale della vita

⁷⁵ Sottolinea infatti C. ANGELICI, *Società per azioni*, cit., p. 981, che, trattandosi di un tema assolutamente tradizionale, “è naturale che per esso termine di confronto siano stati, e siano tuttora, gli schemi centrali per l'analisi delle posizioni intersoggettive, in particolare, ovviamente, data la loro predominanza dogmatica ed ideologica, quelli del diritto soggettivo e dell'obbligo”. Da ciò prenderebbe quindi le mosse quell'orientamento che consisterebbe nel “ricorrente tentativo di definire quelle che potremmo chiamare le condizioni d'uso di tali schemi e la loro possibilità di utilizzazione nel nostro contesto”. In particolare, rileva l'Autore come tale linea di pensiero, tentando di “precisare i profili ove la posizione giuridica dell'azionista potesse correttamente venir descritta secondo le tipiche nozioni del diritto soggettivo e dell'obbligo”, si sarebbe scontrata, nel tempo, con una duplice difficoltà. Si è trattato, infatti, da un lato, di individuare “a quale delle conosciute categorie del diritto soggettivo potesse ricondursi il diritto del socio” (ponendosi l'alternativa se ricondurre lo stesso alla categoria dei diritti reali, o a quella dei diritti di credito, oppure a “rassegnarsi ad intenderlo come appartenente ad un tertium genus”); dall'altro, di tentare di “individuare una prospettiva dogmaticamente idonea a ricondurle ad unità ed a rappresentare, al di là di esse nella loro concretezza, il quid unitario ed ulteriore in cui la partecipazione azionaria dovrebbe ritenersi consistere”.

della società, o comunque, se in fase successiva, solo con il consenso di tutti gli azionisti.

Al contrario, accedere all'ipotesi inversa significa ritenere che la normazione della derogabilità della rigida proporzionalità imponga una visione nuova e diversa della problematica che qui si discute, e dunque rifiutare quella lettura che, valorizzando l'assetto di interessi costituito dal contratto, afferma l'esistenza di un diritto individuale dell'azionista al mantenimento della proporzione.

Lettura, questa, che, peraltro, già prima della riforma delle società di capitali, era tutt'altro che pacifica.

Ed infatti, pur nella vigenza della norma sulla necessità della corrispondenza tra azioni da assegnarsi al socio e conferimento dallo stesso effettuato, a ragione ritenuta norma cardine del principio di parità di trattamento, la questione della consistenza e dei limiti del principio medesimo è rimasta comunque controversa, nella vigenza del sistema *ante* riforma.

Ad una parte della dottrina orientata a negare il riconoscimento della sussistenza, in capo all'azionista, di un diritto individuale alla parità di trattamento⁷⁶, se ne

⁷⁶ Il problema della qualificazione giuridica della parità di trattamento è stato, già in passato, oggetto degli studi della dottrina. In particolare, P. Rescigno, nel commentare uno scritto pubblicato sull'argomento da Goetz Hueck (GOETZ HUECK, *Der grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, München – Berlin, 1958), rilevava come compito del giurista fosse quello di spiegare “*la coesistenza del principio della libertà contrattuale, che ancora ispira il sistema di diritto privato, col principio della parità di trattamento*” poiché “*la distinzione tra rapporti di scambio, soggetti alla regola della giustizia commutativa, e rapporti associativi, soggetti alla regola della giustizia distributiva – una distinzione che ritroviamo nelle prime pagine di Hueck (...) e che risale fino alla filosofia aristotelica – chiarisce solo in parte i termini del problema*”. L'Autore, quindi, osserva come la parità di trattamento inerisca in ogni caso necessariamente al concetto di «comunità», “*ora volontaria (qual è la società), ora legale (come nella comunione ereditaria), ora riconosciuta dalla legge soltanto con riguardo alla soluzione d'un determinato conflitto d'interessi*”. In particolare, con riferimento alle società di capitali, dove il principio di maggioranza è la regola, “*la parità di trattamento costituisce un limite al potere della maggioranza*”, tanto che “*una parte della dottrina ha costruito il diritto alla parità di trattamento come un diritto individuale del socio, inquadrandolo appunto tra i Sonderrechte*”. Ricostruzione, questa, che sarebbe, però, contestata da Hueck perché “*innanzitutto per diritti particolari del socio si intendono posizioni privilegiate di singoli soci o di speciali categorie, non invece i diritti che spettano a tutti i membri in virtù del vincolo di appartenenza sociale*”; poi perché “*se la parità di trattamento costituisce un principio generale del diritto delle associazioni (come si dovrebbe dimostrare), è superfluo costruire un diritto individuale all'uguale trattamento*”; infine “*per le conseguenze*” alle quali ciò porterebbe, giacché “*la delibera che sacrifica il preteso diritto individuale, trattando i soci in modo difforme, non sarebbe nulla né annullabile, sarebbe semplicemente inefficace; e, come ammesso per gli altri diritti individuali, il singolo socio potrebbe rinunciare una volta per sempre al rispetto dell'uguaglianza*”. Il rifiuto dell'inquadramento dogmatico in parola è, d'altronde, avallato dallo stesso Rescigno, che, oltre a reputare “*convincenti*” le ragioni addotte da Hueck, rileva inoltre che “*la costruzione, se venisse tentata per il diritto italiano, non avrebbe nemmeno il pregio di fondarsi su una norma legislativa*” e che “*si*

contrapponeva, infatti, un'altra di segno opposto, e perciò tesa a voler ammettere la configurabilità, nella materia che ci occupa, di un diritto di tal fatta.

In particolare, merita di essere registrata quella posizione, autorevolmente sostenuta, che, pur valorizzando, in linea generale, il momento organizzativo nell'ambito del fenomeno della società per azioni, rivedeva proprio nel principio della parità di trattamento "*il minimo di contrattualità del contratto sociale*", avallando una lettura dello stesso quale principio del rispetto delle posizioni reciproche, e quindi dell'autonomia contrattuale già esplicitata dai soci all'atto di fissazione di tali posizioni⁷⁷.

In tal senso (e contrariamente a quanto potrebbe, ad una prima lettura, apparire, essendo comunque la maggioranza legittimata, nell'ambito delle società per azioni, a

finirebbe per aggiungere un altro «diritto individuale» ad una categoria mobilissima ed oscillante, e dai termini assai vaghi"; P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in Riv. trim. di dir. e proc. civ., 1959, pp. 1515 – 1532. È, in ogni caso, significativo, e merita qui di essere evidenziato, in quanto in qualche modo sembrerebbe accedere al punto di vista che si andrà prospettando nel testo, che l'Autore, dopo aver sottolineato il fulcro del principio di parità di trattamento nell'esistenza di una comunità, affermi che, però, lo stesso principio incontra, nei rapporti comunitari, una serie di limiti, ed, in particolare, che "*il limite generale è rappresentato dall'interesse generale alla conservazione della comunità*". In senso critico rispetto alla ricostruzione appena esposta, G. OPPO, *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in Riv. dir. civ., 1974, I, pp. 629 – 656, il quale, rispetto alla ricostruzione che vede la parità di trattamento ricollegata all'esistenza di una «comunità», rileva che "*né il riferimento alla comunità può, in tale ampiezza, assumere un significato tecnico, né, dove può assumerlo, appare provata, ma solo postulata, l'anzidetta corrispondenza*", e che invece, per questa via, si finisce con il "*configurare una comunità non come presupposto, ma in ragione della (vera o ritenuta) vigenza di quella regola, facendo nascere una comunità dalla ipotizzata parità e non viceversa*", e che comunque, anche laddove una comunità possa configurarsi, "*la dimostrazione è ancora da dare*", nel senso che, da un lato, quando la comunità sia creazione della autonomia privata, va dimostrato che detta autonomia trovi il suo limite nella necessità di rispettare la parità di trattamento, e, dall'altro lato, affermare l'esistenza di un principio di parità di trattamento significa "*configurare una regola imperativa che imponga il dovere positivo di realizzare la parità o almeno vieti di derogare alla parità legale*". Secondo l'Autore da ultimo citato, peraltro, anche la precisazione in ordine alla particolarità, del principio di parità di trattamento, di arretrare innanzi all'interesse generale della comunità, non sarebbe risolutiva al fine della configurazione del principio stesso, poiché "*se si nega che la parità sia riconducibile al rispetto dei «diritti individuali» anche quando questa categoria ha un fondamento legislativo, se anzi si ammette che la parità cede all'«interesse generale alla conservazione della comunità», non si vede quale sia il fondamento positivo del vincolo*", ciò per cui si giungerebbe ad invocare "*giustificazioni ancor più generiche: equità, giustizia sostanziale, buona fede, buon costume, vincolo nascente dalla situazione di potere, autolimitazione nel suo esercizio desumibile la comportamenti anteriori; giustificazioni a loro volta bisognose di dimostrazione*".

⁷⁷ Così, G. OPPO, *Eguaglianza*, op. cit., pp. 645 – 646, che dunque osserva come "*se il fondamento contrattuale della società non ha solo un valore storico o costruttivo o limitato alla disciplina del fatto, ma deve avere un significato anche nella valutazione dell'effetto e quindi del rapporto, non può disconoscersi che tra le parti il contratto fissa in tangibilmente almeno la proporzione reciproca della partecipazione ai vantaggi e ai sacrifici contrattuali e che nessuno può imporre alla parte, nei rapporti con le altre, un mutamento di quella proporzione*", per cui il rispetto delle posizioni reciproche altro non sarebbe che rispetto del contratto, e non attuazione di un principio di parità di trattamento "*tra i soci in quanto tali*".

modificare il contratto sociale) non vi sarebbe stato spazio per una modifica a maggioranza dell'assetto delle posizioni reciproche attraverso una modifica del contratto sociale⁷⁸: secondo questo orientamento, quindi, il socio ha *“per contratto, il diritto, quale che sia il sacrificio richiesto nell'interesse comune, di concorrervi solo nella porzione stabilita dal contratto, e ha diritto a che gli altri soci vi concorrano nella porzione medesima”*⁷⁹.

5. *L'assegnazione non proporzionale rispetto al principio di necessaria correlazione tra rischio e potere e di parità di trattamento tra i soci.*

Non è infatti possibile azzardare conclusioni ermeneutiche in ordine alle articolate problematiche poste sul tavolo dall'introduzione della assegnazione non proporzionale di azioni, prescindendo dall'analisi dell'impatto che detta introduzione ha sui diversi, ma ampiamente connessi, principi della corrispondenza tra rischio e potere e della parità di trattamento tra i soci, entrambi trasversalmente secati dalla disciplina in esame.

La questione, di particolare complessità, attiene, in primo luogo, al rischio di impresa, quale contrappeso della concessione del potere: ci si chiede, infatti, se la partecipazione alla formazione della volontà dell'ente collettivo ed alla ripartizione dei vantaggi (utili o incrementi patrimoniali che siano), possa essere scollegata dal rischio di impresa inteso come rischio di perdita del conferimento e, comunque, in quale misura ed entro quali limiti.

⁷⁸ G. OPPO, *Eguaglianza*, op. cit., pp. 647 – 648, che osserva come il principio del rispetto del contratto quanto alla proporzionalità del soddisfacimento dell'interesse contrattuale di ciascuno non regolerebbe, quale limite interno, l'esercizio di un potere della maggioranza, bensì segnerebbe *“il limite al di là del quale non vi è potere”*, poiché *“la società e i suoi organi, nati dal contratto e (...) per l'esecuzione del contratto, se possono regolare i modi e i mezzi del perseguimento dello scopo lucrativo inizialmente previsti (...), non possono toccare le posizioni reciproche delle parti nel rapporto contrattuale: sotto questo profilo il contratto sociale non è tanto uno schema dentro il quale si determinino nuovi rapporti o regolamenti di interessi, quanto uno schema di svolgimento ed evoluzione del rapporto”*. Secondo questo orientamento, quindi, *“delle posizioni di diritto reciproche, se non di tutti i diritti ed obblighi degli azionisti, può ancora dirsi che restano posizioni «della parte nel contratto sociale» e comunque posizioni originarie che fondano e vincolano l'ordinamento del gruppo”*.

⁷⁹ G. OPPO, *Eguaglianza*, op. cit., pp. 649.; *contra*, C. ANGELICI, *Parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, pp. 1 – 22.

Il principio della necessità dell'attribuzione delle azioni in misura proporzionale al conferimento effettuato, in uno alla speculare regola della ulteriore proporzionalità fra assegnazione e peso nella vita sociale, quale fondamentale espressione di democrazia azionaria (appunto, una azione – un voto), e, dunque, l'assioma della corrispondenza tra apporto e potere, trovano tradizionalmente fondamento nella esigenza – di buon senso prima ancora che di rilievo giuridico – di evitare derive avventurose nella gestione societaria da parte di soggetti che, rischiando poco, e nel tentativo di ottenere tanto, possano mettere in atto operazioni dall'alea ben più ampia del normale rischio di impresa, e ciò ancor più laddove il peso della partecipazione ottenuta con il minor investimento sia tale da assicurare un controllo di fatto dell'impresa sociale a totale svantaggio dei soci di minoranza (che potrebbero invece essere i più interessati, in termini di rischio, alla corretta gestione dell'attività)⁸⁰.

⁸⁰ Va dato atto di come che la problematica della corrispondenza tra rischio e potere si arricchisca, oggi, di un'ulteriore elemento di riflessione, avendo il legislatore provveduto ad inserire un importante diaframma tra soci di società per azioni e potere di gestione. È noto, infatti, come l'art. 2380 bis c.c. si presenti, a seguito della riforma del 2003, arricchito nell'*incipit* di un nuovo comma, a norma del quale *“la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale”*. La disposizione, che celebra quella che a ragione è stata definita la *“esaltazione del momento gestionale”* nell'ambito della società per azioni (V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in Giur. Comm., 2003, I, p. 398), esprime una vera e propria riserva in favore dell'organo amministrativo, e, letta unitamente all'art. 2364, n. 5, c.c. – per il quale l'assemblea *“delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge” alla sua competenza, “nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti”* – sembra segnare definitivamente il tramonto dell'era dell'ingerenza dei soci nella gestione dell'impresa, ponendo fine alla annosa *querelle* su spazi, termini e modalità dell'intervento assembleare nella vita sociale, ora confinato alle sole ipotesi della previsione legale e di operazioni sottoposte alla approvazione dei soci dagli amministratori per determinazione statutaria. Ciò non sposta, comunque, i termini della problematica sopra riportata; infatti la questione della necessaria (o meno) corrispondenza tra rischio e potere continuerebbe a snodarsi nell'ambito del rapporto tra rischio di perdita del conferimento e mancata restituzione dello stesso in fase di liquidazione, e potere di contribuire alle decisioni della società, espresso comunque attraverso la nomina e revoca degli amministratori, la approvazione del bilancio di esercizio, il consenso alle più importanti vicende della vita della società attraverso le deliberazioni dell'assemblea straordinaria. Non va sottaciuta, in ogni caso, l'importanza della innovazione, che peraltro ben si colloca nella ricostruzione sistematica proposta nel testo, trattandosi invero, come è stato autorevolmente osservato, di una introduzione legislativa *“importante e niente affatto scontata, perché chiarisce normativamente un principio di separazione dei poteri, che non appartiene alla nostra tradizione giuridica e, di conseguenza, corregge un indirizzo che potremmo definire assemblearistico – recte, sostenitore di una primazia assoluta dell'assemblea sugli altri organi e, quindi, di una funzione totalizzante dell'organo deliberativo – sotteso in molti contributi, specie i più risalenti nel tempo, dedicati all'organizzazione interna delle società di capitali”* (V. BUONOCORE, *ibidem*, p. 399). Sullo stato del dibattito relativo alla *vexata quaestio* della ripartizione delle competenze in materia di amministrazione della società per azioni sotto la vigenza del codice del 1942, V. CALANDRA BONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1985.

Così posto, il problema del rapporto tra investimento e potere potrebbe sembrare un discorso che riguardi, comunque, esclusivamente i rapporti interni fra i soci.

Chiaramente, così non è.

Non possono, infatti, non cogliersi - così come da sempre, infatti, sono stati saggiamente colti - anche i riverberi “esterni” della questione in parola, giacché l’esigenza di una corretta gestione dell’attività sociale coinvolge inevitabilmente, e per sua stessa natura, le posizioni dei terzi che con la società vengono in contatto: cioè essa, riguardando direttamente l’efficienza dell’impresa, coinvolge lo stesso mercato, con ciò assurgendo ad una valenza di ordine non più - o non solo - privatistico, ma addirittura pubblicistico, nel senso più ampio e comprensivo del termine, quale clausola di salvaguardia dell’interesse generale.

E d’altronde, come si è visto, già la limitazione del rischio, nella forma della limitazione della responsabilità, era, in un non troppo remoto passato - e cioè fino al tempo in cui, secondo quel procedimento che si è detto di “normalizzazione”, essa è stata traslata, dal modulo del beneficio, a quello del modello organizzativo - una opzione eccezionale, trattata con una qualche forma di sospetto, ovvero sottoposta a penetranti controlli, sull’inconfutabile assunto per cui, mentre, nella società a responsabilità illimitata, il fatto che ogni socio garantisse per le obbligazioni sociali (solidalmente e) illimitatamente con tutto il suo patrimonio fosse, di per sé, sufficiente garanzia della migliore gestione possibile da parte di quel socio, una tale garanzia non fosse invece ontologicamente riscontrabile nella posizione del socio di società con responsabilità limitata, rispetto al quale il dato della limitazione del rischio alla sola quota di capitale conferito, si traduceva nella necessità della apposizione di regole eteronome atte a salvaguardare, dalla eventuale temerarietà dei soci, l’interesse dei terzi, in uno con quello della stessa società.

Il rischio, quale garanzia di efficiente gestione dell’impresa, involgeva dunque la società, attraverso la diversità della disciplina applicabile per il caso della sua limitazione; inoltre, involgeva le posizioni dei singoli soci, rappresentando stabilmente, e per regola generale, l’altra faccia del potere, ed il confine di esso. Di tal ché, la naturale propensione di ogni socio (l’ascarelliano “*uomo nato da ventre di donna*”), a tutelare quanto più possibile il proprio investimento, risultasse la più semplice via per

tutelare l'organismo societario (e, così, tutti coloro che vi entrassero in contatto), sol imponendo la corrispondenza tra il capitale conferito ed il potere attribuito nella società⁸¹.

Questo sembrava, come si è detto, ben chiaro fino alla riforma: nel sistema delle società disegnato dal codice civile del 1942 se ne ravvisavano, infatti, significativi segnali di recepimento.

Da una lato, in effetti, il principio era immanente già nell'impianto generale del sistema, consacrato nella espressa previsione della regola, positivizzata nel vecchio testo dell'art. 2351 c.c., per cui *“Ogni azione attribuisce il diritto di voto. (...) Non possono emettersi azioni a voto plurimo”*.

Era così espressamente sancito il principio una azione – un voto⁸², chiave di attuazione della corrispondenza biunivoca tra rischio e potere attraverso il dittongo conferimento – voto, regola di democrazia azionaria, perno del principio della parità di trattamento tra gli azionisti o, più esattamente, del principio di uguaglianza tra gli stessi⁸³.

Dall'altro, la regola della simmetria tra rischio e potere trapelava insistentemente attraverso l'esame di numerose, diverse altre disposizioni.

Così, per citarne alcune, quella in tema di sospensione del diritto di voto per l'azionista in mora nei versamenti, di cui al quarto comma dell'art. 2344 c.c., laddove la sospensione del diritto trovava il proprio fondamento non tanto, o non solo, nella

⁸¹ Non sfugge, infatti, come tale corrispondenza sia massima per le società di persone, dove, a fronte della responsabilità illimitata che egli assume per le obbligazioni sociali, ogni socio può essere amministratore della società; mentre essa è mediata, stante la complessità del tipo, nelle società di capitali, e viepiù nella società per azioni, dove la responsabilità del socio è comunque limitata a quanto conferito, ed il potere si estrinseca, in particolare, nella possibilità, in seno all'organo assembleare, di nominare gli amministratori (oltre a quel potere di verifica successiva dell'attività di essi che si riassume nella approvazione del bilancio di esercizio).

⁸² Il principio una azione – un voto trova, altresì, accoglimento nella disciplina comunitaria delle società quotate, ciò che ha reso verosimile la lettura della regola in parola come principio generale dell'ordinamento europeo. Anche assai di recente, infatti, la Direttiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo, in tema di offerte pubbliche di acquisto, pare essere intervenuta a presidio del principio stesso, prevedendo, al suo art. 11, la cd. regola di neutralizzazione (*breakthrough rule*); in argomento, G. FERRARINI, *«Un'azione – un voto»: un principio europeo?*, in *Riv. Soc.* 2006, p. 24 ss.

⁸³ Sul principio di uguaglianza nell'attuale sistema del diritto commerciale, V. BUONOCORE, *Principio di uguaglianza e diritto commerciale*, in *Giur. Comm.*, I, 2008, p. 551 ss., il quale preliminarmente adduce l'opportunità di recepire una distinzione, derivante dalla dottrina tedesca, tra due aspetti del principio di uguaglianza, e cioè quella *“tra “parità dei diritti”, che ha il suo momento di elezione all'atto della costituzione del rapporto, e “parità di trattamento” secondo quei diritti, che riguarda invece la vita del rapporto stesso”*.

sanzione per l'atteggiamento poco responsabile del socio che avesse creato problemi alla società con il ritardo nell'effettuare il conferimento promesso, quanto soprattutto nell'esigenza di non esporre la società stessa alle conseguenze delle decisioni di un soggetto che avesse dimostrato di non voler correre il rischio del suo apporto.

Come pure, la regola che poneva nella metà del capitale sociale il limite entro il quale potevano emettersi azioni a voto limitato, ad evitare evidentemente che le sorti della società potessero restare in mano ad una parte dei soci, gli azionisti con voto pieno, che in realtà avrebbero costituito una minoranza, avendo apportato meno della metà del capitale sociale.

Così, infine, la norma che prevedeva, in linea generale, l'esclusione dal diritto di voto per il possessore di azioni di godimento, attribuite, *ex art. 2353 c.c.*, all'esito del rimborso al socio del valore delle sue azioni⁸⁴.

Stando così le cose, ragionevolmente si tendeva ad affermare che il principio di corrispondenza tra rischio e potere, in uno alla regola una azione – un voto, costituisse un vero e proprio cardine della disciplina della società per azioni, uno dei criteri interpretativi alla cui stregua portare a coerenza il sistema; ne veniva conseguentemente fatta applicazione quando si affrontavano problemi che coinvolgevano in linea generale i rapporti di parità fra gli azionisti in tema di formazione della volontà sociale, o di partecipazione ai risultati economici dell'attività (e così per dubitare, ad esempio, della liceità, sotto il primo profilo, dei patti di voto a maggioranza, e, sotto il secondo, della configurabilità di azioni postergate nelle perdite)⁸⁵.

Viene ora da chiedersi se, sul piano dei principi, qualcosa sia cambiato: ovvero se la regola una azione – un voto esprima ancora quella forza di filo conduttore del sistema che per lungo periodo le era stato attribuito, e dunque quale spazio oggi permanga per quella visione del rapporto tra potere e rischio come due differenti facce di una identica, unica medaglia.

⁸⁴ Così, A. POMELLI, *Rischio d'impresa e potere di voto nella società per azioni: principio di proporzionalità e categorie azionarie*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, p. 518, che afferma come la disponibilità del diritto di voto, cui consegue la capacità del socio di partecipare attivamente alla vita della società, si giustificasse, in tutti questi casi, nella titolarità di una partecipazione azionaria, in quanto questa comportava l'aver effettuato un conferimento o un investimento di capitale.

⁸⁵ A. POMELLI, *cit.*, pp. 518 – 519.

Che l'impianto *post* riforma sia profondamente mutato, è in effetti cosa molto probabile: riprova ne è, d'altronde (oltre, naturalmente, alla disposizione del quarto comma dell'art. 2346 c.c., che ci occupa, e che è infatti dalla prevalente dottrina individuata come norma di rottura tanto rispetto al principio di correlazione tra rischio e potere⁸⁶, quanto rispetto al principio di parità di trattamento⁸⁷) la previsione espressa sulla ammissibilità delle azioni postergate nelle perdite, alle quali il nuovo testo dell'art. 2348 c.c. riconosce ora piena cittadinanza, mettendo quindi la parola fine all'annoso dibattito al riguardo.

Ed altre significative deviazioni dal suesposto principio sono state colte, di volta in volta: nel dettato del nuovo art. 2350 secondo comma c.c. – a norma del quale: “(...) *la società può emettere azioni fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore (...)*” – che consente, con l'introduzione delle cd. azioni correlate, di graduare nella misura più ampia la corrispondenza fra voto ed azione, e peraltro senza neanche più richiedere, come infatti sembrerebbe, un doveroso controbilanciamento almeno in termini economici; ancora, per esempio, nella possibilità di attribuire il diritto di voto, sia pure su specifici argomenti, anche ai titolari degli strumenti finanziari partecipativi, e cioè a soggetti per definizione al di fuori della compagine sociale.

Dire tuttavia che l'impianto è cambiato, se certamente descrive il fenomeno, non dà però ancora una risposta definitiva alla domanda fondamentale, e di maggiore interesse per quanto qui interessa: ovvero quanto, e fino a che punto, quell'impianto sia cambiato.

In particolare, resta da comprendere se – indipendentemente dalla risposta che si ritenga di fornire al quesito già posto, in ordine alla sussistenza o meno di un diritto individuale dell'azionista alla parità di trattamento nella disciplina *ante* riforma, e

⁸⁶ Il quarto comma del nuovo art. 2346 c.c. è stato, per questo motivo, duramente criticato, in quanto autorizzerebbe l'introduzione di “*un meccanismo che consente di raggiungere, sotto molti profili, il risultato del voto plurimo*” e così “*di ottenere agevolmente quella separazione tra rischio e controllo che oggi è indicata come uno dei principali ostacoli all'efficienza del mercato del controllo societario e al funzionamento dei delicati meccanismi di monitoraggio dell'operato di chi controlla le società che da questo mercato dipendono*”; così, G. ROSSI – STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 32.

⁸⁷ Secondo V. BUONOCORE, *Principio di uguaglianza*, cit., p. 563, l'art. 2346 c.c. rappresenta addirittura “*una sorta di norma archetipo*” dell'abbandono del principio della parità di trattamento dei soci.

persino a voler ammettere che esso fosse, all'epoca, effettivamente configurabile – tale impostazione possa ritenersi attualmente ancora valida e sostenibile.

Diversamente – qualora, cioè, si decida di affermare che la posizione giuridica dell'azionista non sia, oggi, sussumibile nella categoria del diritto soggettivo – bisognerà chiarire se sia lecito trarre, dalla disciplina complessiva e dalla norma qui esaminata in particolare, indicazioni per poter affermare che il legislatore, con l'eventuale superamento, quantomeno in termini di rigida inderogabilità, della stretta correlazione rischio potere, e del principio una azione – un voto, e, infine, del principio di uguaglianza che vi è sotteso, abbia inteso affermare la primazia di un qualche altro e diverso valore.

A ciò soccorre l'analisi della fattispecie, ed, in particolare, dei due esempi di utilizzazione dell'operazione di assegnazione non proporzionale riportati dal legislatore.

Attraverso la valutazione di questi, sarà forse possibile comprendere dinanzi a quale diverso interesse arretri la posizione del singolo socio, e per il raggiungimento di quale diverso scopo possa eventualmente prospettarsi il venir meno della tutela piena della posizione individuale, il cui riconoscimento era operato a garanzia di tanto importanti principi generali.

Si farà strada – e vale, in effetti, accennarlo fin d'ora – una chiave di lettura che evidenzi la valenza organizzativa dell'operazione, suffragata proprio dall'analisi delle ipotesi di assegnazione non proporzionale tipizzate dal legislatore.

6. I due casi di applicazione del nuovo istituto prospettati dalla Relazione di accompagnamento: l'apporto di utilità non diversamente conferibili, e la diversa assegnazione in esito alla revisione della stima.

A fronte delle considerazioni innanzi sviluppate va, infatti, immediatamente osservato che la libertà dei soci, trovando il cennato suo limite invalicabile nella effettività del capitale sociale, non può non confrontarsi con due caratteristiche portanti che sottendono al sistema della responsabilità limitata.

Esse consistono nella determinazione, rimessa al legislatore: da una parte, di cosa possa formare oggetto di conferimento; dall'altra, di come il conferimento debba

essere valutato; entrambi argomenti che - quasi a dimostrare come nel sistema *tout se tien* - torneranno ad intrecciarsi strettamente con la novità dell'assegnazione non proporzionale.

Infatti da più Autori - ed in particolare da quelli che (per quanto si è detto e ancora si dirà in seguito) agganciano la causa dell'assegnazione non proporzionale ad un interesse necessariamente societario - è stato prospettato come fra le ragioni principali che hanno portato al riconoscimento del nuovo istituto, possano riconoscersi: i) la possibilità di far acquisire al patrimonio sociale apporti altrimenti non conferibili, (quali, tipicamente, quelli di opere o di servizi, rispetto ai quali permane nelle s.p.a. il tradizionale sbarramento, salvo che attraverso la tortuosa strada delle prestazioni accessorie); ii) la volontà di dare ai soci la facoltà di regolare più agevolmente le complicate situazioni che possano scaturire da una imprevista revisione al ribasso della stima di conferimenti effettuati con beni in natura o crediti.

E va anche sottolineato come queste due ipotesi siano, in effetti, proprio quelle espressamente esaminate dalla stessa Relazione di accompagnamento al decreto legislativo di riforma.

In ordine alla prima, e cioè alla possibilità di far acquisire al patrimonio sociale apporti altrimenti non conferibili, quali, tipicamente, quelli di opere o di servizi, la Relazione ne suggerirebbe, infatti, l'adozione in quanto, con l'assegnazione non proporzionale, *“s'individua pure una delle possibili strade tecniche per consentire, come vuole la prima parte della lettera a) del quinto comma della legge di delega, «l'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'attività sociale.*

È agevole infatti prevedere che una delle ipotesi in cui potrà risultare economicamente giustificata una ripartizione delle azioni tra i soci in misura diversa da quella che risulterebbe sulla base di un criterio di proporzionalità con il valore dei loro conferimenti sarà quella in cui un socio apporti alla società elementi utili per la sua attività, ma non corrispondenti ai requisiti richiesti per la loro imputazione al capitale.

In questo caso, tramite appunto una ripartizione non proporzionale delle azioni, anche di tali elementi diverrà possibile tener conto, e pure in considerazione di essi potranno essere definiti i rapporti reciproci tra i soci”.

Ciò, in effetti, comporterebbe la possibilità, senz'altro utile, di considerare quella acquisizione non solo per il suo valore assoluto, quanto sul piano dei rapporti reciproci, al fine della regolazione di questi.

Quanto in concreto interessa sarebbe, dunque, in tale ipotesi, non tanto il valore nominale delle azioni attribuite al singolo socio, bensì l'equilibrio che ne deriva nei suoi rapporti con altri: le azioni, cioè, non valgono di per sé, ma per i diritti che conferiscono; ed essi contano su un piano di proporzionalità rispetto al totale delle azioni emesse.

Col che, sembrerebbe essersi trovato il modo di rendere conferibili elementi che altrimenti, stante il divieto portato dall'art. 7 della ricordata Seconda Direttiva Comunitaria, per cui *“il capitale sottoscritto può essere costituito unicamente da elementi dell' attivo suscettibili di valutazione economica”* e *“tali elementi dell'attivo non possono tuttavia essere costituiti da impegni di esecuzione di lavori o di prestazione di servizi”* – non lo sarebbero⁸⁸, così che, in pratica, per questa via, ciò che esce dalla porta, rientrerebbe, una volta per tutte, dalla proverbiale finestra.

Va altresì dato atto del fatto che sulla utilizzabilità della assegnazione non proporzionale a questi fini, non tutta la dottrina è concorde.

Ed infatti è vero che un primo orientamento – che ben si potrebbe ritenere prevalente – accoglie pacificamente la possibilità di una tale soluzione, ritenendo, così, possibile l'apporto di ogni utilità che pure non presenti i requisiti di legge, purché – ed è naturalmente questa l'ipotesi di cui si tratta, non potendosi, diversamente, sfuggire alla incompatibilità con la normativa comunitaria citata, nonché con la disciplina, sul punto, ancora evidentemente imperativa, della società per azioni – dette utilità non siano imputate a capitale⁸⁹.

⁸⁸ E sul punto va rilevato che, ad ogni buon conto, la Relazione di accompagnamento alla Riforma non usa qui espressamente la locuzione “opere o servizi”, ma invece si limita soltanto a parlare genericamente di “elementi utili (...) ma non corrispondenti ai requisiti richiesti per la loro imputazione al capitale”, lasciando – ancora una volta – all'interprete l'oneroso compito di individuare quali possano essere tali altri elementi cui il legislatore in concreto abbia voluto fare riferimento.

⁸⁹ Così, F. MAGLIULO, *L'assegnazione*, cit., p. 640; G.A. RESCIO, *Distribuzione di azioni non proporzionali ai conferimenti effettuati dai soci di s.p.a.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. Benazzo, S. Patriarca e G. Presti, Milano, 2003, p. 108; osserva come, attraverso l'istituto in parola, i soci potranno dare rilievo a criteri differenti dall'apporto di capitale *“non più solamente su un piano strettamente parasociale, ma con un patto che acquista «natura sociale e quindi (...) efficacia reale»”*, G. LO IACONO – G. MARCOZ, *Assegnazione*, cit., p. 309, che

E tuttavia non mancano posizioni attestata in senso diverso e addirittura opposto a quello appena detto.

Alcuni Autori, infatti, pur prendendo le mosse dal disposto della legge delega, per cui la riforma avrebbe dovuto, come detto, realizzare una disciplina dei conferimenti che consentisse “*l’acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell’impresa sociale*”, osservano come tale prescrizione sia stata attuata attraverso altra, precisa, opzione legislativa, e cioè prevedendo: da un lato, il mantenimento del divieto di conferimento d’opera e servizi, e, dall’altro, la possibilità di apporto delle ridette utilità contro l’attribuzione – tipica, perché precipuamente ideata al fine – dello strumento finanziario di cui al sesto comma dell’art. 2346 c.c., ove infatti espressamente si prevede l’emissione di detti strumenti finanziari “*a seguito dell’apporto da parte dei soci o dei terzi anche di opera o servizi*”⁹⁰.

Rispetto alla quale osservazione, come infatti è stato – almeno implicitamente – dall’altra parte rilevato⁹¹, può comunque obiettarsi che solo la assegnazione non proporzionale delle azioni presenta la peculiarità di attribuire, al soggetto che apporti tali utilità *lato sensu* diverse, un pieno diritto di voto, al pari degli altri soci, mentre lo strumento finanziario di cui si dice, anche nella sua più ampia modulazione dello strumento finanziario partecipativo, potrà al più attribuire, a fronte dell’apporto *de quo*, diritti patrimoniali ed, eventualmente, diritti amministrativi di voto – o al massimo, come si è anche detto, di veto⁹² – comunque sempre “*escluso il voto nell’assemblea*

cita MIOLA, *Capitale sociale e conferimenti nella «nuova» società a responsabilità limitata*, in Riv. Soc., 2004, p. 679.

⁹⁰ Di questo avviso, A. STAGNO D’ALCONTRES, *Commentario*, cit., p. 260; rileva l’Autore che “*l’introduzione, in sede di attuazione della delega, di uno strumento tipico, porta a valutare con estrema cautela la possibilità di far ricorso ad uno strumento atipico*” per consentire l’acquisizione, da parte della società, di “*entità che (...) sono espressamente escluse dal novero di quelle che possono formare oggetto di «conferimento» e relegate fra quelle che possono essere acquisite a titolo di mero «apporto»*”, ciò di cui il mantenimento della possibilità di emettere azioni con prestazioni accessorie, di cui all’art. 2345 c.c., sarebbe ulteriore conferma.

⁹¹ F. MAGLIULO, *L’assegnazione*, p. 640.

⁹² U. TOMBARI, *Gli strumenti finanziari partecipativi*, in Riv. dir. comm., 2006, I, p. 212 ss.; sul complesso tema degli strumenti finanziari partecipativi, tra i molti contributi registrati in dottrina: M. CIAN, *Gli strumenti finanziari di s.p.a.: pluralità delle fattispecie e coordinamento delle discipline*, in Giur. comm., 2005, I, p. 389; R. COSTI, *Strumenti finanziari partecipativi e non*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 1, Torino, 2007, p. 727; P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma; I: La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in Riv. dir. comm., 2005, I, p. 697 ss.; G. GIANNELLI, *Sulla competenza a deliberare l’emissione di*

generale degli azionisti” (art. 2346, sesto comma, c.c.), ciò che costituisce, tra le due modalità di acquisizione dell’apporto in parola, una insuperabile differenza.

Per quanto riguarda, invece, la seconda ipotesi in considerazione, ovvero quella relativa alla revisione della stima di conferimenti effettuati con beni in natura o crediti, essa rappresenterebbe un utilizzo, per così dire, “normativamente tipizzato” della assegnazione non proporzionale.

Ciò perché essa viene ad essere espressamente introdotta, quale meccanismo correttivo di una revisione al ribasso, dall’ultimo periodo del nuovo art. 2343 c.c., a norma del quale: *“L’atto costitutivo può prevedere (...) che per effetto dell’annullamento delle azioni disposto nel presente comma si determini una loro diversa ripartizione tra i soci.”*

Anche questa possibilità di utilizzo è stata sottolineata dalla Relazione di accompagnamento, che ha peraltro evidenziato l’avvenuta opera di coordinamento fra l’istituto della revisione della stima e quello dell’assegnazione non proporzionale; detto coordinamento è stato, infatti, posto in essere *“adeguando la disciplina dell’ultimo comma dell’art. 2343 alla possibilità, ora prevista, che le azioni non siano assegnate in misura proporzionale al conferimento del singolo socio”* e dunque ammettendo, *“nell’ipotesi di revisione della stima ad opera degli amministratori, la possibilità che, in virtù di apposita pattuizione dell’atto costitutivo, dall’annullamento delle azioni derivi una diversa ripartizione tra i soci.”*

L’analisi appena compiuta suggerisce, allora, alcune riflessioni.

Possiamo, infatti, ritenere non priva di significato la circostanza per cui le due ipotesi, prospettate dal legislatore come ‘tipiche’, dell’applicabilità della nuova regolamentazione della assegnazione non proporzionale, attengano a fattispecie nelle quali vengono normalmente coinvolti non solo gli interessi e la posizione dei soggetti che ne costituiscono i protagonisti – quello che conferisce di più e ottiene di meno, e quello che conferisce di meno e ottiene di più – ma, più in generale, anche di tutti gli altri soci.

strumenti finanziari partecipativi, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 166 ss.; M. NOTARI, *Azioni e strumenti finanziari: confini delle fattispecie e profili di disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, p. 542.

Ciò infatti avviene, tanto nell'ipotesi in cui la società possa avvantaggiarsi dell'apporto di utilità non altrimenti conferibili, quanto nella diversa ipotesi in cui essa possa continuare ad utilizzare apporti per i quali la revisione della stima potrebbe portare al recesso del conferente, e quindi alla totale perdita, per la società, del conferimento medesimo.

Sembra trattarsi, cioè, di ipotesi nelle quali – e con ciò ci si potrebbe riportare, infine, a quanto sopra accennato, in tema di orientamento di matrice contrattualistica od istituzionalistica – più che un interesse dei singoli soci (o quantomeno di tutti i soci), sembrerebbe ravvisarsi un interesse della società.

Non sfugge, infatti, che uno dei punti salienti per il corretto inquadramento sistematico del nuovo istituto, passa necessariamente attraverso la soluzione, nient'affatto agevole – come i primi dibattiti hanno al riguardo ben dimostrato – della questione se esso debba fondarsi su un interesse 'sociale' (da intendersi come interesse della società all'acquisizione od al mantenimento di un vantaggio), oppure anche – o magari solo, al di fuori di ogni e qualsiasi interesse sociale – sugli interessi dei soggetti che, come si diceva, vi sono direttamente coinvolti.

7. Considerazioni riepilogative.

È forse opportuno, a questo punto, provare a tirare le fila del discorso fin qui condotto, per verificare se la trattazione rapidamente operata dei numerosi profili problematici relativi al nuovo, e quanto mai innovativo, istituto della assegnazione non proporzionale al conferimento – che ha avuto, fin qui, quale principale obiettivo quello di vagliare i tanti interrogativi emersi, più che di proporre una spiegazione – possa infine giungere ad una sintesi, e tentare, per questa via, una *reductio ad unum* delle articolate questioni finora prospettate, e magari, una prima ipotesi di soluzione.

Dinanzi alla disposizione, figlia della riforma del 2003, che ha sancito la derogabilità della assegnazione proporzionale al conferimento, in precedenza rigidamente attuata, si è ritenuto utile ripercorrere, seppur brevemente, l'*iter* storico che ha visto la nascita della responsabilità limitata come beneficio al fine dell'incentivo del fare impresa, per poi evidenziare, argomentando anche dal progressivo alleggerimento

del controllo dell'ordinamento (dal controllo di merito, al controllo notarile di legittimità), come la stessa responsabilità limitata sia divenuta, essa stessa, un modo del fare impresa, un tipo di organizzazione.

In proposito, si è sottolineato come, in questo processo di normalizzazione della responsabilità limitata, l'ordinamento abbia teso, nel tempo, ad abdicare a quel pervasivo controllo della società dotata di responsabilità limitata, variandone l'oggetto, dalla società complessivamente considerata, a quegli aspetti della società medesima idonei ad influire sull'esterno, e potenzialmente pericolosi per i soggetti estranei alla società stessa, ma che con questa entrino, a vario titolo, in contatto.

Si è, così, sdoppiato, il sistema delle regole della società con responsabilità limitata: entro un confine, fatto di precetti e di regole imperative, in dichiarata tutela dei terzi, si snoda un mondo di autonomie, di norme dispositive, di disposizioni solo eventualmente integrative.

Ciò sarebbe, vieppiù, confermato dall'impianto della riforma del 2003: qui, infatti, l'autonomia privata trova il suo momento di massimo risalto.

Viene introdotta, tra le molte altre, la norma in parola: si inserisce, così, nell'art. 2346 c.c., la disposizione sulla regola generale della assegnazione proporzionale, e lo si fa, paradossalmente, per affiancarla alla sua eccezione; il tutto nel limite, ancora e sempre imperativo, della effettività del capitale sociale, scolpito nel quinto comma della norma medesima.

Ciò che per l'effetto, ad una prima lettura, si profila, è dunque il trionfo della autonomia privata, sulla considerazione che i soci possano oggi liberamente attuare quello che fino a ieri era impossibile persino pensare; che essi possano, cioè, diversamente modulare la propria partecipazione, indipendentemente dall'entità del conferimento, secondo scelte espresse nell'atto costitutivo o meglio, secondo il testo emendato dal decreto correttivo del 2004, nello statuto.

Ed è questa la ragione del ravvivarsi, intorno alla norma di cui si parla, dei mai sopiti dibattiti in tema di contrattualismo ed istituzionalismo, dei quali si è cercato, seppure in piccolissima parte, di dar conto.

Ad un primo orientamento, che ha ravvisato nella massimizzazione della autonomia statutaria la lampante riprova dell'opzione positiva del legislatore per

l'ipotesi contrattualistica, si contrappone quella tesi che, pur non negando ma, anzi, confermando la preminenza della valorizzazione dell'autonomia statutaria tra i punti cardine della riforma, ha però attentamente sottolineato come ciò non si traduca necessariamente in una affermazione della centralità del contratto, ma anzi, sovente da tale centralità si allontanano, tutte le volte che, difettando una giustificazione causalmente cristallizzata dell'operazione, la vicenda infrasociale non possa concretamente tradursi in una previsione contrattuale.

In particolare, per quanto specificamente concerne la assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento, si è, sul punto, sottolineato come, secondo quanto affermato da autorevole dottrina, la mancata previsione *ex lege* della necessità di un bilanciamento, in sede contrattuale, dello squilibrio concretizzato attraverso la assegnazione medesima, è elemento già significativamente contrario alla lettura in termini contrattualistici dell'operazione.

Ciò con delicate conseguenze in termini di maggioranze necessarie alla adozione della delibera di assegnazione non proporzionale (tema sul quale, in ogni caso, si tornerà naturalmente in seguito), poiché, come è noto, la consacrazione della autonomia statutaria, e quindi la massimizzazione della libertà dei soci, non si traduce affatto nella massimizzazione della libertà di tutti i soci, ma, invece, normalmente, nella massimizzazione della libertà delle maggioranze, e delle maggioranze dalle minoranze.

Si è dunque adombrata una interpretazione diversa dell'istituto in esame, sulla scorta della considerazione per cui – posto che il tenore della norma sembrerebbe non imporre in alcun modo che detto riequilibrio operi in seno al contratto – esso potrà tuttavia identificarsi altrove, nell'interesse comune al vantaggio dell'impresa, quale fine positivo, e limite negativo, di fattibilità dell'operazione.

E questa potrebbe forse essere, a sommosso avviso di chi scrive, la chiave di lettura del sistema; se è vero, infatti, che la riforma del diritto societario ha rafforzato oltre ogni esitazione la autonomia statutaria, è pur vero che questo rafforzamento non è mai stato fine a se stesso.

Nei limiti della garantita tutela dei terzi, e dunque all'interno della società, si è voluto in effetti creare uno spazio vuoto e liberalmente colmabile dai soci con il mezzo statutario; lo si è fatto, da una parte, declinando ai soci la puntuale definizione di alcune

operazioni, legislativamente solo autorizzate; dall'altra, aumentando la soglia di derogabilità della precedente disciplina.

In alcuni casi, e proprio nell'ipotesi in questione, di assegnazione non proporzionale, la forza dell'eccezione è stata però, come si è visto, talmente dirompente da piegare la regola, vieppiù nella misura in cui regola, oltre che importante in sé e per sé considerata, sintetizzava concettualmente l'intero sistema, costituendo il postulato di ulteriori principi fondamentali che, a cascata, ne sarebbero risultati travolti.

Si è così giunti ad esaminare il principio di necessaria corrispondenza tra rischio e potere, ed il principio di parità di trattamento dei soci, entrambi, trasversalmente, compromessi dalla portata della nuova norma.

Si è sottolineato, in particolare, come il principio della rigida corrispondenza tra conferimento e voto, scandito attraverso la assegnazione delle azioni al socio in misura assolutamente proporzionale alla sottoscrizione da questi effettuata, ed avente quale corollario l'ulteriore principio cardine della parità di trattamento dei soci, legata alla regola una azione – un voto, trovasse, in un certo qual modo, la sua giustificazione anche e soprattutto quale regola di salvaguardia della efficienza di impresa, sull'assunto, prima logico che giuridico, che il socio che più rischia sia naturalmente incline a meglio governare, e che una impresa meglio governata sia, ovviamente, una impresa più solida sul mercato, nell'interesse dei soci stessi e dei terzi.

E però, se le regole in parola risultavano, in ultima analisi, dettate nell'interesse generale al buon funzionamento dell'impresa, viene ragionevolmente da chiedersi per quale ragione, e per quali fini, il legislatore abbia ritenuto di mettere in dubbio – come certamente, con la riforma del diritto societario, ha messo in dubbio – simili principi.

L'ipotesi per cui la stabilità del sistema possa essere stata minata per il riconoscimento di una mera e fine a se stessa autonomia dei soci, lascia invero perplessi.

D'altronde, come è stato autorevolmente osservato proprio sullo specifico tema della deroga apportata, con la riforma del 2003, al principio della parità di trattamento dei soci, *“non tutte le norme che sembrano “attenuare” le affermazioni solenni sull'esistenza di un principio di parità di trattamento nell'ambito delle organizzazioni comunitarie sembrano ispirarsi ad una medesima ratio iuris: alcune (...) esprimono*

contestualmente la relatività del principio giustificata dalla prevalenza di un interesse diverso, mentre altre sono espressione del perenne conflitto tra parità di trattamento e autonomia privata. Ma si può andare oltre: il comune denominatore delle due possibili ragioni, appena enunciate, che ispirano l'edulcorazione del principio è costituito dalla prevalenza dell'interesse dell'impresa – società (...) sull'interesse dei membri della comunità – i.e. società – singolarmente considerati⁹³”.

Una ricostruzione dell'istituto della assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento in termini di interesse sociale o, meglio, di interesse comune al vantaggio di impresa, è certamente coraggiosa, nella misura in cui essa importa la ricostruzione dell'istituto che ci occupa come fattispecie causalmente orientata al perseguimento dell'interesse medesimo, ovvero, come si vedrà, una ricostruzione della nuova norma in termini di regola *societatis*.

E, però, essa tiene conto di un elemento che, per quanto si è potuto vedere, appare immanente all'attuale sistema del diritto societario, perché sotteso alla gran parte delle norme di più recente introduzione; peraltro, una lettura di questo tipo dell'operazione di assegnazione non proporzionale, potrebbe presentare il vantaggio di riportare a coerenza un sistema, altrimenti difficilmente concepibile.

Tale ricostruzione, inoltre, porterebbe con sé – come ci si accinge a dire – un importante corollario, che ben potrebbe giustificare l'introduzione normativa espressa di una attribuzione che, in effetti, ben poteva essere posta in essere già precedentemente attraverso l'utilizzo dei più tradizionali negozi del diritto civile (donazione, contratto a favore di terzo, adempimento del terzo).

Ci si riferisce, come si dirà, alla possibilità di 'blindare' l'operazione di attribuzione delle azioni, nel senso di rendere la stessa impermeabile rispetto ad eventuali questioni che possano minare, ed eventualmente travolgere, il rapporto di provvista sottostante.

Per questa via, la assegnazione di azioni in misura non proporzionale si profilerebbe, allora, quale istituto tipico e diverso da ogni altra modalità comunque utilizzabile per il raggiungimento del medesimo risultato (e dunque per l'ottenimento, da parte di tutti o di alcuni soci, di un numero di azioni non corrispondente a quanto

⁹³ V. BUONOCORE, *Principio di uguaglianza*, pp. 562 – 563.

conferito), nella misura in cui, rilevando l'operazione come espressione di una causa societaria, essa si riveli suscettibile di rimanere in piedi indipendentemente dal venir meno di quei motivi che pure ben potrebbero ad essa sottostare, e che resterebbero, per l'effetto, confinati all'esterno della attribuzione medesima, e, ciò che è più importante, inopponibili alla società.

CAPITOLO TERZO

SOMMARIO: 1. Alla ricerca della causa della assegnazione non proporzionale; 2.1 Alcune ricostruzioni “tipiche”: il sovrapprezzo; 2.2. (segue) il contratto a favore del terzo e l’adempimento del terzo; 3. Una nuova “tipicità”: dalla regola organizzativa alla *causa societatis*; 4. Le concrete differenze della configurazione della *causa societatis*, ovvero della non utilizzabilità della assegnazione non proporzionale al fine di porre in essere una attribuzione indiretta; 5. La assegnazione non proporzionale in sede di aumento di capitale: fattibilità dell’operazione e *quorum* necessario per la approvazione della deliberazione; 6. L’introduzione della clausola statutaria di aumento di capitale con assegnazione non proporzionale: fattibilità dell’operazione e *quorum* necessario per la approvazione della deliberazione; 7. l’assegnazione non proporzionale ai suoi estremi: il socio non conferente, il conferente non socio ed il divieto del patto leonino.

1. Alla ricerca della causa della assegnazione non proporzionale.

Le considerazioni fin qui poste in essere conducono direttamente al cuore della questione, ovvero al problema centrale dell’istituto che ci occupa, dalla cui soluzione in un senso piuttosto che in un altro possono discendere, a cascata, conseguenze diametralmente opposte.

Ci si riferisce, con ciò, al tema della configurazione strutturale del negozio e, per l’effetto, delle modalità che rendono giuridicamente attuabile lo spostamento dell’attribuzione patrimoniale, in uno alla posizione societaria, da un soggetto ad un altro.

Ciò comporta, in primo luogo e con tutta evidenza, la necessità di stabilire se e fino a che punto possa essere realmente affermato che la assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento, così come introdotta dalla riforma del 2003, costituisca, in effetti, un *aliquid novi* rispetto a quanto già non fosse precedentemente realizzabile sotto il vigore della disciplina pre – riforma.

In particolare, non pare sia possibile – se non correndo il rischio di incorrere in un rilevante errore metodologico – giungere aprioristicamente alla affermazione di tale

assunto, e dunque, solo in nome della intervenuta innovazione normativa, escludere che il legislatore della riforma abbia semplicemente inteso – con l'introduzione per via codicistica della fattispecie che qui interessa – ratificare *expressis verbis* una possibilità in qualche modo già riconosciuta nelle pieghe della previgente normativa, mettendo, quindi, in chiaro la praticabilità di una soluzione che, allora, i soggetti potevano già in precedenza perseguire, magari valendosi di percorsi giuridici differenti ma non per questo meno validi o utilizzabili, quali, per esempio, gli istituti del contratto a favore di terzo, o dell'adempimento del terzo.

E ciò, peraltro, con immediate ripercussioni sul piano dell'indagine, poiché sostenere, al contrario, che la riforma abbia recato, con la previsione di cui al quarto comma dell'art. 2346 c.c., l'introduzione di una fattispecie nuova rispetto a quanto già rinvenibile nell'ambito dell'ordinamento, è statuizione che porta con sé, intuitivamente, la necessità di prendere posizione sull'altro ed ulteriore problema del rapporto di questa innovazione rispetto a quegli ulteriori strumenti, registrabili antecedentemente alla riforma e sopra individuati.

Si tratterà, allora, di comprendere se tali ipotesi continuino comunque a sussistere e quale ruolo esse oggi rivestano.

Si tratterà, in particolare, di capire se, alla luce della introduzione normativa del nuovo istituto, sia possibile affermare che esse continuino a mantenere un distinto ruolo, con una propria individualità strutturale⁹⁴.

⁹⁴ Non può revocarsi in dubbio, in effetti, che quello appena citato costituisca uno degli aspetti più significativamente problematici in relazione all'introduzione normativa dell'istituto della assegnazione non proporzionale. L'analisi della questione costituisce, infatti, il nucleo centrale di molti dei lavori fin qui elaborati dalla dottrina. Osserva, infatti, F. MAGLIULO, *L'assegnazione di partecipazioni*, in *Notariato*, p. 641 ss., che “*ci si deve chiedere se detto istituto debba essere inquadrato in uno degli schemi tradizionali suddetti, con la conseguente applicazione dei relativi principi, ovvero se esso rappresenti un istituto suo generis di diritto societario, con la conseguente applicazione di regole proprie*”. Così, pure, L. POMPONIO, *Contributo alla ricostruzione*, in *Le Società*, 2007, p. 1070 ss., il quale, nell'ambito di una complessa operazione di analisi e ricostruzione dell'operazione di assegnazione non proporzionale, esamina le differenze dell'istituto in parola rispetto a quello del sovrapprezzo, che sarebbe, “*secondo un primo orientamento, lo strumento negoziale mediante il quale realizzare le assegnazioni non proporzionali*”, per poi ricercare le differenze ed analogie rispetto al contratto a favore del terzo ed all'adempimento del terzo, ma sempre ricercando in tali diverse figure dei tipi di modalità applicative di operatività dell'attribuzione. Ma si veda anche, sul punto, l'esame della fattispecie condotto da G. LO IACONO e G. MARCOZ, *Assegnazione non proporzionale*, in *Riv. Not.*, p. 328 ss., che analizzando le peculiarità del momento attributivo ed i relativi risvolti anche in ordine alle posizioni dei soci, non mancano di analizzare le ricostruzioni via via proposte in dottrina per la assegnazione non

Ciò che inevitabilmente ci riporta, secondo quanto poc'anzi si accennava, ad una analisi in punto di causa della fattispecie legislativamente prevista di assegnazione non proporzionale: che se, per avventura, si giungesse infine a ritenere che l'istituto di cui si discorre sia animato – per tutte o, come si dirà, per almeno alcune delle sue ipotesi applicative – da una causa altra e diversa rispetto a quella che caratterizza le cennate tradizionali figure del diritto privato, si potrebbe allora finire con l'affermare la effettiva novità del dettato normativo, e dunque trarne i dovuti corollari in punto di disciplina.

È infatti fuor di dubbio che la assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento debba necessariamente registrare una giustificazione causale.

Il duplice spostamento patrimoniale – delle azioni e del conferimento – che caratterizza l'attribuzione in parola dovrà infatti necessariamente soddisfare una sua propria funzione, che andrà, così, a caratterizzare l'operazione, fotografata nel suo aspetto negoziale⁹⁵.

La causa, in questo senso, impronta di sé, quale elemento necessario, l'esplicazione della autonomia delle parti: ciò che peraltro è ben coerente al sistema di un ordinamento giuridico nazionale dove *“il bene non passa e l'obbligazione non sorge, se manca una causa, una giustificazione economico – sociale dell'atto di autonomia contrattuale”*⁹⁶.

proporzionale, e, in particolare, come si vedrà, la configurazione del versamento ulteriore effettuato da parte del socio in termini di soprapprezzo.

⁹⁵ Osserva infatti F. MAGLIULO, *L'assegnazione*, cit., p. 641 che, evidentemente, *“in ossequio ai principi generali dell'ordinamento, l'attribuzione patrimoniale che viene a determinarsi in favore del beneficiario delle partecipazioni in forza dell'assegnazione effettuata in suo favore a fronte del conferimento posto in essere da terzi deve trovare una propria giustificazione causale, alla stregua di quanto avviene per ogni altra forma di attribuzione patrimoniale indiretta, ove pure assume rilevanza a vario titolo la cd. causa esterna”*, sicché, secondo l'Autore, *“nei rapporti tra il beneficiario delle partecipazioni e colui che effettua il relativo conferimento, l'attribuzione sarà gratuita o onerosa sulla base del concreto assetto di interessi diviso tra le parti, rimanendo solo da definire gli effetti che la mancanza, i vizi o le vicende di tale rapporto causale dispiegano sull'attribuzione patrimoniale”*. Ed è proprio quest'ultimo, in effetti, il quesito centrale della questione che ci occupa, discendendo chiaramente, dalla scelta che si ritenga di compiere in punto di causa, rilevantissime conseguenze in termini di effetti, nei confronti della società, di eventuali vicende patologiche che vadano ad interessare il rapporto sottostante, ovvero quello intercorrente tra i soci coinvolti nell'operazione.

⁹⁶ Così, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, 2^a ed., Milano, 2002, p. 99. Osserva, infatti, l'Autore, in punto di teoria generale, che la concorde volontà delle parti è requisito necessario ma non sufficiente del negozio occorrendo, per la giuridica esistenza di questo, una causa, che è allora requisito essenziale tanto dei contratti (art. 1325 n. 2 c.c.), quanto degli atti unilaterali (art. 1324 c.c.). La causa

In ogni caso, l'analisi del momento causale dell'operazione, portando con sé la verifica della funzione e del funzionamento dell'istituto medesimo, e ponendosi evidentemente quale nodo cruciale dell'operatività dell'attribuzione non proporzionale, rappresenta senza dubbio alcuno il punto essenziale della presente trattazione.

2.1 Alcune ricostruzioni "tipiche": il sovrapprezzo.

Tra le varie ricostruzioni registrate in dottrina, particolare attenzione certamente merita quella, sostenuta da alcuni Autori, che propone una lettura dell'istituto della assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento in termini di sovrapprezzo, quale modalità giuridica di ottenimento del medesimo risultato economico⁹⁷.

Sul punto, è stato infatti rilevato come il perseguimento dell'effetto finale dell'operazione ben potrebbe essere ottenuto attraverso il maggiore versamento che uno o più soci facciano in sede di sottoscrizione delle azioni, con contestuale totale liberazione, per la parte appunto corrispondente al sovrapprezzo, in uno al dirottamento

costituirebbe, in tal senso, *“la funzione economico – sociale dell'atto di volontà”*, ovvero, *“come la definiscono le relazioni che accompagnano il codice civile, la «giustificazione della tutela dell'autonomia privata»; un «vincolo al potere della volontà individuale»*”, come esplicito, rispettivamente, nella Relazione al Re (nn. 8, 79), e nella Relazione del Guardasigilli (n. 193 ss.). In tal senso, la causa riveste dunque, nel nostro ordinamento, un'importanza assolutamente centrale. In particolare, *“i contratti tipici, proprio perché previsti e regolati dalla legge, hanno tutti una causa (cosiddetta causa tipica); e per essi non si pone il problema, già risolto positivamente dalla legge, di accertare la ricorrenza o no di una funzione economico-sociale”*; invece, per quanto riguarda i contratti atipici o innominati, dovrà caso per caso accertarsi, in linea con quanto previsto dal secondo comma dell'art. 1322 c.c., se essi siano o meno diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e dunque *“se, nel modello di operazione economica, non previsto dalla legge, al quale le parti hanno conformato il regolamento dei propri interessi, ricorra il requisito della causa (cosiddetta causa atipica)”*, così che *“il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2°, assume a questo modo la funzione di vaglio per immissione di schemi contrattuali atipici entro l'ordinamento giuridico”*. Ed è proprio questa valutazione di meritevolezza ad evidenziare la imprescindibile rilevanza della causa, essendo così riconosciuto *“un controllo giudiziario sull'uso che i privati fanno della propria autonomia contrattuale”*, controllo che, secondo l'Autore, non sarebbe attribuito al giudice *“a protezione di interessi pubblici”* ma, invece, *“a protezione degli stessi contraenti: per tutelarli «contro il rischio di atti capricciosi o imponderati» e, soprattutto, a protezione del contraente più debole, perché «le dichiarazioni prive di causa generano il sospetto che anche il consenso al vincolo giuridico sia difettoso»*” (così, F. GALGANO, *ibidem*, pp. 102 – 103, con citazione di R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, p. 591).

⁹⁷ L'ipotesi è stata, come detto (cfr. *infra*, nt. 94), ampiamente vagliata da L. POMPONIO, *Contributo*, cit., p. 1071 ss., ove anche riferimento a C.A. BUSI, *La riforma*, op. cit., ed a F. TASSINARI, in C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni, F. Tassinari, *La riforma*, op.cit., p. 69.

del vantaggio economico derivante alla società da tale maggiore apporto, a copertura della corrispondente quota di capitale di un altro socio, e cioè, appunto, del beneficiario dell'assegnazione non proporzionale⁹⁸.

Ed è d'altronde proprio l'obbligo, naturalmente connesso all'utilizzo della figura dell'istituto del soprapprezzo, dell'integrale versamento del relativo ammontare, il maggior pregio di una ricostruzione di tal tipo.

Ciò perché, evidentemente, con la integrale liberazione delle azioni naturalmente connessa ad una configurazione in siffatti termini dell'operazione in parola risulterebbe agevolmente superata, o per meglio dire assolutamente evitata, ogni questione relativa ad una eventuale successiva morosità nei versamenti dei decimi ancora dovuti in relazione alle azioni oggetto della operazione ed, in particolare, alla individuazione di quale sia il soggetto sul quale debba ritenersi gravi l'obbligo di tale versamento, e, dunque, se solo sul soggetto a suo tempo obbligatosi al conferimento, o se anche, eventualmente in via residuale, sul beneficiario, direttamente interessato a non veder instaurare in proprio danno il procedimento previsto dall'art. 2344 c.c. per il mancato pagamento delle quote⁹⁹.

E però, a fronte del chiaro vantaggio che, in termini quantomeno di semplificazione in punto di disciplina, discende dalla ricostruzione citata, altrettanto

⁹⁸ Così come previsto dal primo comma dell'art. 2439 c.c., che, nello stabilire, come è noto, che “(...) *i sottoscrittori delle azioni di nuova emissione devono, all'atto della sottoscrizione, versare alla società almeno il venticinque per cento del valore nominale delle azioni sottoscritte*”, precisa che “*se è previsto un soprapprezzo, questo deve essere interamente versato all'atto della sottoscrizione*”.

⁹⁹ È noto, infatti, che, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2344 c.c.: nel caso in cui il socio non esegua i pagamenti dovuti “*decorsi quindici giorni dalla pubblicazione di una diffida nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica*” gli amministratori, “*se non ritengono utile promuovere azione per l'esecuzione del conferimento, offrono le azioni agli altri soci, in proporzione alla loro partecipazione, per un corrispettivo non inferiore ai conferimenti ancora dovuti*”; in assenza di offerte, gli amministratori medesimi “*possono far vendere le azioni a rischio e per conto del socio, a mezzo di una banca o di un intermediario autorizzato alla negoziazione in mercati regolamentati*”; per il caso in cui la vendita “*non possa aver luogo per mancanza di compratori*”, gli amministratori possono “*dichiarare decaduto il socio, trattenendo le somme riscosse, salvo il risarcimento dei maggiori danni*”; e, comunque, “*il socio in mora nei versamenti non può esercitare il diritto di voto*”. Ebbene, le problematiche relative alla applicazione della disciplina che ci occupa, per il caso in cui oggetto della morosità siano proprio le azioni attribuite nell'ambito di una operazione di assegnazione non proporzionale sono del tutto evidenti. È chiaro, infatti, che, nell'ipotesi in parola, lo scollamento tra la persona del conferente e quella del beneficiario delle azioni in parola rendano non del tutto congruo, e comunque non ragionevole, l'anzidetto meccanismo, che pare invece partire dal presupposto – normale – della convergenza, nella persona del socio, del titolare delle azioni e del soggetto obbligato al versamento di quanto necessario alla liberazione delle stesse.

evidente appare quella che – invero – si presenta come la principale obiezione all'utilizzo del sovrapprezzo quale modalità operativa dell'attribuzione.

È stato, infatti, condivisibilmente osservato come in tale maniera vengano ad essere riuniti due tipi di apporto che, per loro intrinseca natura, sono invece nettamente e inconfutabilmente distinti.

La peculiarità del sovrapprezzo è, infatti, proprio quella di non essere destinato al capitale, ma invece di apportare nel patrimonio sociale una utilità altra ed ulteriore proprio rispetto al capitale stesso¹⁰⁰.

È noto che il sovrapprezzo era configurato, nella disciplina pre - riforma, come il maggior versamento da effettuarsi in sede di aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione, per evitare di danneggiare la partecipazione sostanziale dei soci (che non sottoscrivevano l'aumento) al patrimonio sociale: ciò avveniva, dunque, in definitiva, al fine di evitare che il sottoscrittore si avvantaggiasse, per il solo fatto della sua sottoscrizione, di partecipare alla ripartizione del patrimonio fino ad allora messo da parte dagli altri soci, così provvedendosi a riequilibrare, invece, il rapporto valore nominale / valore effettivo della partecipazione anche nei confronti del sottoscrittore l'aumento¹⁰¹.

¹⁰⁰ Sul punto, osserva infatti L. POMPONIO, *Contributo*, cit., p. 1071, che la tesi che ricostruisce l'operazione in parola in termini di sovrapprezzo, *“per quanto abbia il pregio di descrivere l'effetto finale dell'operazione e quello di superare problemi dogmatici e di applicazione pratica (connessi alla circostanza che il sovrapprezzo deve essere interamente liberato al momento della sottoscrizione)”*, non apparirebbe *“perfettamente aderente alla fattispecie in esame”*, e ciò *“per l'impossibilità giuridica di configurare un «sovrapprezzo da imputare a capitale»”*. Precisa, quindi, l'Autore che, in effetti, *“non si disconosce, in generale, la possibilità di un uso atipico del sovrapprezzo rispetto alle ipotesi legali, ma si ritiene che in tale contesto esso non possa essere usato”*.

¹⁰¹ È stato evidenziato in dottrina come la riserva da sovrapprezzo delle azioni costituisca una tipica riserva 'da apporto', o – come pur si è detto – 'da capitale', da contrapporsi alle riserve 'da utili'. La differenza, invero, consisterebbe in ciò: che mentre il sovrapprezzo sarebbe una risorsa attribuita da terzi, e cioè da vecchi e nuovi soci, alla società in determinate ipotesi, le riserve da utili deriverebbero dalla attività svolta proprio dalla società, e sarebbero dunque risorse da essa stessa prodotte. Il sovrapprezzo si definisce come la differenza tra il prezzo di emissione delle azioni e il loro valore nominale e tipicamente trova spazio – perché imposto dalla legge o dai soci nella relativa deliberazione – in caso di aumento del capitale sociale; esso si quantifica nell'importo nella differenza, relativamente alla singola azione, tra patrimonio netto e capitale sociale, *“sì che il sottoscrittore pagando il sovrapprezzo avrà contribuito alla società in proporzione non solo al capitale sociale, ma anche alla quota «ideale» di riserve attribuibili a ciascuna azione; in tal modo evita di espropriare (parzialmente) della «loro» quota di riserve i soci non sottoscrittori”*; così, M. BUSSOLETTI – P. DE BIASI, *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, cit., sub art. 2431 c.c., p 1071. Sull'istituto del sovrapprezzo, tra i tanti, G. MUCCIARELLI, *Il sovrapprezzo delle azioni*, Milano, 1997;

Nella nuova normativa, è dato constatare come il sovrapprezzo si sia sganciato da questa sua funzione iniziale e tipica, posto che l'art. 2464 c.c. prevede oggi la possibilità che un sovrapprezzo venga stabilito addirittura al momento della costituzione della società¹⁰², quando cioè quel fine di salvaguardare la proporzionalità della partecipazione al patrimonio sociale, di cui si è innanzi detto, non può per definizione in alcun modo venire in considerazione, posto che – a tacer d'altro – quel patrimonio, giuridicamente, ancora nemmeno esiste¹⁰³.

E pertanto, abbandonata - come detto - quella sua finalità tipica originaria, esso viene ad assumere un carattere più generico, di mero apporto economico, che potrà essere effettuato per munire la società, addirittura fin dal suo nascere, di maggiori ed ulteriori mezzi, che – pur soggetti alla sempre rigorosa disciplina che assiste ogni movimento finanziario della società in generale, e gli apporti a tale titolo in particolare, stante la cennata necessità dell'integrale immediato versamento – non vengano tuttavia imbrigliati nella rigida camicia di forza della registrazione tra le poste del capitale sociale¹⁰⁴.

Se, però, così è, non si comprende allora come, a meno di un ulteriore passaggio – logico, ancor prima che giuridico – e dunque di una delibera assembleare che operi

¹⁰² Tale peculiarità del sovrapprezzo risulta, d'altronde, ben rappresentata in bilancio, come previsto dall'art. 2424 c.c., che ne prevede l'iscrizione al 'Passivo - A) Patrimonio netto' sotto il numero II 'Riserva da sovrapprezzo delle azioni', dove invece il capitale è distintamente menzionato alla apposita voce, sotto il numero I).

¹⁰³ Per un altro cenno al sovrapprezzo nell'ambito della nuova disciplina, si veda l'art. 2343 c.c. in tema di perizia giurata per il conferimento in natura, ove si stabilisce che essa deve, fra l'altro, contenere la attestazione che il valore dei conferimenti è "almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo".

¹⁰⁴ Se poi il sovrapprezzo previsto in fase di aumento, e quello in sede di costituzione, presentino o meno la medesima natura giuridica, è argomento fortemente dibattuto in dottrina. Da una parte, infatti, si è osservato che il sovrapprezzo corrisposto all'atto di costituzione non deriverebbe, come l'altro, dalla fissazione di un più alto prezzo delle azioni da parte della società, che, a quello stato, ancora non esisterebbe; pertanto, esso sarebbe, invece, frutto di un patto tra i (futuri) soci; da tale diversa natura, correlata alla differente genesi del sovrapprezzo nell'uno e nell'altro caso, deriverebbe una sostanziale diversità anche in termini di disciplina, ciò per cui non sarebbe applicabile a questa fattispecie il limite alla distribuibilità di cui all'art. 2431; così, V. SALAFIA, *Limiti del divieto di distribuzione della riserva da sovrapprezzo azioni*, in *Società*, 2002, p. 177. A tale ipotesi ricostruttiva si è, però, altrettanto autorevolmente obiettato che "la differente origine non sembra tradursi in una differente natura, e del resto la differente natura entrerebbe in contraddizione con il principio (...) della unicità della riserva"; d'altronde – si rileva - il limite della tesi criticata sarebbe dato dal fatto che "essa in tal modo autorizzerebbe la creazione di una posta di patrimonio netto liberamente disponibile, ciò che non sembra consentito dalla disciplina dell'art. 2433 c.c."; M. BUSSOLETTI – P. DE BIASI, *Società di capitali*, *Commentario*, op. cit., sub art. 2431 c.c., p. 1073.

nel senso di una diversa imputazione del relativo importo, quel sovrapprezzo possa *tout court* entrare invece a far parte del capitale sociale a copertura delle azioni sottoscritte dal beneficiario del conferimento.

Non può infatti revocarsi in dubbio che il sovrapprezzo, durante quelle che sono le normali vicende della vita sociale, possa - come qualsiasi riserva - essere anche imputato a capitale, secondo la valutazione degli stessi soci, previa adozione della relativa deliberazione.

Ma in tal caso ne vengono evidentemente mutate natura e peculiarità, ed infatti non si potrà più, all'esito dell'operazione, ritenere di parlare ancora di sovrapprezzo, essendosi di fatto l'importo in parola - che precedentemente risultava come tale configurabile - risolto nella posta del capitale, con tutte le conseguenze che tale spostamento comporta.

Che infatti, come ovvio, ben lungi dal risolversi in una mera operazione contabile, l'imputazione di quanto costituente la riserva da sovrapprezzo a capitale, porta con sé, quale corollario, la modificazione, radicale, della disciplina applicabile al ridotto importo: da mezzo patrimoniale nella disponibilità dei soci, comunque utilizzabile per le più varie esigenze societarie e, aspetto non secondario, eventualmente anche distribuibile fra i soci stessi, sia pure non senza l'osservanza di alcune cautele¹⁰⁵, esso viene in questo modo vincolato, e destinato alla garanzia dei creditori sociali e dei terzi in genere, con tutte le conseguenze che ne derivano, prima fra tutte la non restituibilità ai soci se non, allo scioglimento della società, all'esito della procedura di liquidazione, ovvero anche precedentemente, ma solo dietro l'osservanza del severo, complesso procedimento che presidia la riduzione facoltativa del capitale sociale, e che

¹⁰⁵ Si veda sul punto, in particolare, quanto disposto dall'art. 2431 c.c., ai sensi del quale 'Le somme percepite dalla società per l'emissione di azioni ad un prezzo superiore al loro valore nominale, ivi comprese quelle derivate dalla conversione di obbligazioni, non possono essere distribuite fino a che la riserva legale non abbia raggiunto il limite stabilito dall'art. 2430 c.c.'. Il sovrapprezzo è infatti assoggettato al regime delle riserve indisponibili, "non potendo esso formare oggetto di distribuzione fino a che non sia stata completamente costituita la riserva legale", e, "poiché la norma rinvia al limite stabilito dall'art. 2430, ove la società avesse stabilito per la riserva legale una soglia superiore al quinto, la distribuzione del sovrapprezzo sarebbe libera una volta che la riserva legale avesse raggiunto il quinto del capitale sociale, senza necessità che sia stata raggiunta la più alta soglia prevista in statuto"; M. BUSSOLETTI - P. DE BIASI, *Società di capitali, Commentario*, op. ult. cit., sub art. 2431 c.c., p. 1072. Precisano, però, gli Autori, che tale indisponibilità andrà comunque letta come relativa, poiché, "se il sovrapprezzo non può, entro certi limiti, essere distribuito, non di meno esso può formare oggetto di impiego in sede di imputazione a capitale ovvero in sede di copertura di perdite".

tutela la posizione dei creditori attraverso la possibilità di opposizione alla delibera di riduzione.

È stato allora condivisibilmente osservato che, a voler proprio utilizzare una ricostruzione in termini di sovrapprezzo per pervenire ad una assegnazione non proporzionale delle azioni, l'operazione dovrebbe scindersi in due fasi: a) delibera assembleare di aumento a pagamento del capitale sociale con previsione del sovrapprezzo solo per alcuni soci, e quindi b) aumento a titolo gratuito, con imputazione del sovrapprezzo a capitale, da deliberare anche, eventualmente, nella stessa assemblea dell'aumento a pagamento di cui *sub* b), ma, evidentemente, con un passaggio logico e cronologico successivo¹⁰⁶.

E tuttavia - a parte i problemi normalmente posti dalla configurabilità delle cosiddette delibere «a cascata», viepiù acuiti qui anche dalla mancanza, per materiale impossibilità in termini di tempo, di iscrivere la nuova posta in bilancio prima di procedere alla sua utilizzazione.

La ricostruzione in parola resta, però, comunque manchevole: infatti, essa può essere attuata solo in sede di aumento del capitale (non potendo evidentemente il complicato meccanismo prospettato venir posto in essere al momento della costituzione della società), è necessariamente subordinata nella fattibilità alla assenza di perdite, e soprattutto presuppone che la attribuzione venga fatta in favore di tutti i soci, ad evitare di alterare le quote di partecipazione di ciascuno¹⁰⁷, ciò che finisce per ridurne

¹⁰⁶ Così, L. POMPONIO, *Contributo*, cit., p. 1071; rileva in effetti l'Autore che, per utilizzare la figura del sovrapprezzo al fine in discorso, "l'intera operazione dovrebbe scindersi in due fasi". Dunque, in primo luogo, l'assemblea dovrebbe deliberare "un aumento a pagamento del capitale sociale con previsione del sovrapprezzo solo per alcuni soci", con una delibera per l'adozione della quale, peraltro, si renderebbe "necessaria e non solo «preferibile»", secondo l'Autore, il raggiungimento dell'unanimità del consenso, trattandosi di delibera "lesiva della par condicio tra i soci". Solo a seguito di tale deliberazione sarebbe possibile, poi, per i soci, andare a deliberare "un aumento a titolo gratuito, imputando a capitale la riserva da sovrapprezzo creatasi a seguito del primo aumento". Nè, comunque, questa soluzione, pur complicata, risulterebbe appagante, posto che, in ogni caso, essa resta, a tacer d'altro, "artificiosa", nella misura in cui - continua l'Autore - in primo luogo, essa comporterebbe lo scorporamento in due distinte fasi di una operazione che la volontà del legislatore sembrerebbe invece aver immaginato come unitari; inoltre essa non corrisponderebbe al "principio di economicità in senso giuridico", e si risolverebbe in "un uso limitato dell'istituto della non proporzionalità".

¹⁰⁷ Tanto in osservanza del disposto di cui all'art. 2481 *ter* c.c., ove in effetti si prevede sì, al primo comma, che 'La società può aumentare il capitale imputando ad esso le riserve e gli altri fondi iscritti in bilancio in quanto disponibili', ma altrettanto espressamente si dispone, al secondo comma, che 'in questo caso la quota di partecipazione di ciascun socio resta immutata'.

drasticamente la portata, al punto tale da porre praticamente nel nulla il concreto ambito applicativo dell'istituto di nuova introduzione.

Ed insomma, l'uso della figura del sovrapprezzo nell'assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento pare far sorgere più problemi di quanti in realtà non ne risolva.

Emergono, in effetti, tali e tanti ostacoli anche nel semplice tentativo di accostare i due istituti, che – a sommosso avviso di chi scrive – non sembra azzardato concludere per la impraticabilità di una tale prospettazione, che, pur avanzata dalla prima dottrina sul tema, non appare tuttavia sostenibile alla luce di una più meditata e completa ricostruzione dogmatica.

2.2. (segue) *il contratto a favore del terzo e l'adempimento del terzo.*

Più congrua al fine appare, invece, l'altra opzione presa in considerazione dalla dottrina in tema di assegnazione non proporzionale, ovvero l'accostamento dell'istituto in parola rispetto alle figure del contratto a favore di terzo, regolato dall'art. 1411 c.c., e dell'adempimento del terzo, regolato dall'art. 1180 c.c.¹⁰⁸

Entrambe le figure giuridiche sono, infatti, idonee a porre in essere una attribuzione indiretta, dando luogo ad uno spostamento patrimoniale tra più soggetti coinvolti.

Con riferimento, in particolare, al contratto a favore di terzo, la pluralità di soggetti e il trasferimento di ricchezza da una parte in favore dell'altra sono gli elementi del modello negoziale che mostrano una più immediata somiglianza rispetto allo schema di funzionamento della assegnazione non proporzionale.

Infatti, ai sensi dell'art. 1411 c.c., come è noto, si registra, nel contratto a favore di terzo, la compresenza di tre distinti soggetti: si avrà, dunque, un soggetto 'stipulante',

¹⁰⁸ Le ipotesi di ricostruzione della disciplina della assegnazione non proporzionale in termini di contratto a favore del terzo e di adempimento del terzo vengono ampiamente vagliate da F. MAGLIULO, *L'assegnazione*, in *Notariato*, 2003, cit., p. 641 e ss., nell'ambito dell'opera di analisi sistematica atta a verificare se l'istituto di nuova introduzione sia o meno riconducibile a schemi tradizionali già in vigore, o se esso rappresenti, invece, un istituto diverso, disciplinato da regole proprie; sul punto, inoltre, L. POMPONIO, *Contributo*, in *Società*, 2007, cit., p. 1073.

che designerà un terzo ‘beneficiario’, a favore del quale dovrà essere eseguita la prestazione da parte di un altro soggetto, detto ‘promittente’.

In tal senso, la struttura contrattuale del contratto a favore di terzo ben si attaglia, dal punto di vista dell’elemento soggettivo – ed anche se, come ora si dirà, soltanto in parte – alla fattispecie della assegnazione non proporzionale, dove lo ‘stipulante’ potrà agevolmente rinvenirsi nel soggetto che apporta effettivamente il conferimento, mentre il ‘beneficiario’ sarà il soggetto che di tale conferimento si avvale, o in effetti, per meglio dire, che di quel conferimento beneficia, ricevendo un numero di azioni maggiore rispetto a quanto gli sarebbe spettato se la attribuzione in suo favore fosse stata effettuata in misura proporzionale alla contribuzione al capitale da lui stesso posta in essere.

Tanto premesso, resta, però, da chiarire quale possa essere il soggetto ‘promittente’: l’adozione dello schema tipico del contratto a favore di terzo per la ricostruzione dell’istituto della assegnazione non proporzionale pone infatti l’interprete dinanzi ad un problema di non semplice soluzione, nella misura in cui la presenza di tutti e tre i richiamati soggetti (‘stipulante’, ‘beneficiario’, ‘promittente’) è imprescindibile per la configurazione in parola ed, al tempo stesso, la parte promittente appare, in concreto, di difficile individuazione.

Ciò, come è stato in effetti osservato, è tanto più vero per il caso in cui le parti intendano porre in essere questo tipo di operazione al momento della costituzione della società, quando le partecipazioni della cui attribuzione non proporzionale si tratta ancora non esistono nel patrimonio di nessuno¹⁰⁹.

Tuttavia, tale obiezione non è apparsa determinante ad una certa parte della dottrina che, pur riconoscendo la fondatezza dell’osservazione, non ha comunque ritenuto di rinvenire, nella stessa, una argomentazione sufficientemente forte a suffragio della tesi dell’autonomia dell’istituto in parola rispetto alla affine figura del contratto a favore di terzo.

Così, il rilievo è stato ritenuto superabile attraverso la individuazione del soggetto promittente nella società delle cui partecipazioni si tratta e, per il caso in cui le parti vogliano porre in essere l’operazione di attribuzione non proporzionale nella fase

¹⁰⁹ Così, F. MAGLIULO, *L’assegnazione*, cit., p. 642.

costitutiva – quando tecnicamente di società ancora non può parlarsi, non essendosi ancora concluso il procedimento legislativamente previsto per la sua costituzione – in quel “*centro giuridico d'interessi rappresentato, ma distinto, dai soci fondatori*” di cui tanta parte della dottrina tradizionalmente usa riconoscere l'esistenza nella fase che precede la nascita della società¹¹⁰.

Dunque, secondo l'opinione che si riporta, poiché non sarebbe revocabile in dubbio che, nel corso del procedimento di formazione della società, e comunque prima del perfezionamento dell'*iter* finalizzato alla sua costituzione, vi siano e vi debbano logicamente essere degli effetti anticipati, precedenti al momento della stipulazione dell'atto costitutivo¹¹¹, ben si potrebbe, in astratto, anche in questo caso, utilizzare lo schema del contratto a favore del terzo per pervenire al risultato della attribuzione indiretta, solo considerando l'efficacia di questa sottoposta alla *condicio iuris* della venuta ad esistenza della società.

Così anche sarebbe, secondo tale opinione dottrinale, agevolmente superabile l'altra obiezione pure a suo tempo mossa all'ipotesi della lettura della assegnazione non proporzionale in termini di contratto a favore di terzo, ovvero quella per cui il beneficiario dell'attribuzione non potrebbe dirsi, propriamente, terzo rispetto al negozio che viene posto in essere, poiché anch'egli sottoscriverebbe l'atto costitutivo, per

¹¹⁰ Si veda, in replica all'argomentazione di Magliulo, L. POMPONIO, *Contributo*, cit., p. 642. L'Autore, infatti, affermata con certezza la praticabilità del contratto a favore di terzo all'atto della sottoscrizione delle azioni in sede di aumento di capitale (a sostegno della quale cita *Cass. Civ., 1 agosto 1994, n. 7160*), quando sarebbe “*ben possibile configurare la società come la parte promittente, il socio sottoscrittore sul quale grava l'onere economico dell'operazione quale parte stipulante ed il socio beneficiario delle azioni quale terzo, a favore del quale lo stipulante effettua la sottoscrizione*”, ne avalla la applicabilità anche in fase di costituzione della società, quando comunque esisterebbe una “*duplicità di posizioni*” da parte dei soci, “*in quanto singoli ed in quanto rappresentanti l'autonomo centro di interessi della società*”.

¹¹¹ Nell'affermare ciò, e quindi a supporto della tesi della esistenza, già prima della costituzione della società, di un centro di interessi autonomamente rilevante dal punto di vista giuridico, osserva L. POMPONIO che altrimenti, ragionando *a contrario*, in maniera del tutto rigorosa, e dunque ritenendo l'inesistenza, in fase costitutiva, di qualsiasi centro d'imputazione di rapporti giuridici, non si riuscirebbe nemmeno a comprendere in favore di chi i soci stiano effettuando i rispettivi conferimenti, e ciò anche nell'ipotesi – normale – in cui non vi sia alcuno spostamento dettato da un'assegnazione non proporzionale; il ragionamento sarebbe stato peraltro – secondo l'Autore – anche condiviso dalla Suprema Corte con il riconoscimento de “*la possibilità di esperire l'azione revocatoria per i conferimenti effettuati in sede di costituzione*”, ed in particolare con l'affermazione per cui “*anche la società conferitaria, in qualità di controparte contrattuale del negozio di conferimento, può essere qualificata quale terzo ai sensi dell'art. 2901 c.c.*”; così, *Cass. Civ. 11 marzo 1995, n. 2817*, in *Riv. Nt., 1996, 1269*, L. POMPONIO, *Contributo*, cit., p. 1073.

accettare quelle che sono le norme che regoleranno la vita della società¹¹²; proprio questa stessa considerazione, infatti, sottolineerebbe invece il ruolo dell'intervento contrattuale del beneficiario che, pur facendolo rimanere comunque del estraneo al rapporto diretto di sottoscrizione che intercorre fra lo stipulante-sottoscrittore e la promittente-società, varrebbe proprio a consolidare la stipulazione, potendosi ragionevolmente considerare alla stregua della prescritta dichiarazione del terzo di volere profittare della stipulazione in suo favore, e rendendo questa di fatto irrevocabile ed immodificabile alla stregua del secondo comma dell'art. 1411 c.c.

Pertanto, secondo la dottrina riportata – e l'opinione appare, invero, tendenzialmente condivisibile – lo schema del contratto a favore di terzo potrebbe essere astrattamente idoneo a porre in essere il risultato di una assegnazione delle azioni non proporzionale al conferimento, e le stesse considerazioni varrebbero, *mutatis mutandis*, anche per la figura, strutturalmente assai simile a quella di cui all'art. 1411 c.c., dell'adempimento del terzo, ove pure si verificherebbe uno spostamento patrimoniale idoneo a porre in essere un'attribuzione indiretta, anche in questo caso con il coinvolgimento di tre soggetti ('creditore', 'debitore' e 'terzo')¹¹³.

Bisogna allora chiedersi se tanto basti, ovvero se stante la ritenuta astratta compatibilità tra la assegnazione non proporzionale da una parte, ed il contratto a favore di terzo e l'adempimento del terzo dall'altra, sia corretto ritenere che la prima fattispecie si risolva, o per meglio dire si dissolva, di fatto nelle altre due.

Ed insomma, la affinità strutturale tra le dette figure, è sufficiente a sostenere che fra esse corra un rapporto di identità totale?

La domanda è di forte rilievo, perché propendere per una risposta affermativa significherebbe, evidentemente, ritenere che con la modificazione dell'art. 2346 c.c. e l'introduzione dell'inciso per cui 'Lo statuto può prevedere una diversa assegnazione

¹¹² Così, ancora, F. MAGLIULO, *L'assegnazione*, cit., p. 642, che, nell'evidenziare le differenze tra contratto a favore di terzo ed assegnazione non proporzionale, rileva in effetti come, nel primo caso, il beneficiario si configuri, almeno normalmente, come un soggetto assente alla stipulazione del contratto tra le altre due parti, mentre, nella seconda fattispecie, la presenza del beneficiario sembrerebbe data dal legislatore per presupposta, "*quanto meno per approvare i patti sociali*", ciò per cui il beneficiario "*che in astratto potrebbe non essere presente in atto sotto il profilo dell'attribuzione patrimoniale in suo favore, deve però esserlo in quanto considerato dalla legge, a torto o a ragione, socio fondatore e come tale partecipa alla determinazione e dall'approvazione delle regole statutarie*".

¹¹³ Così, ancora, L. POMPONIO, *Contributo*, cit., p. 1074.

delle azioni', il legislatore abbia voluto semplicemente riportare in norma quella possibilità di effettuare una attribuzione indiretta già altrimenti attuabile con l'utilizzo di tradizionali negozi di diritto civile.

Ed invero, pur non potendosi aprioristicamente escludere la configurabilità di una tale *voluntas legis*, appare ragionevole dubitare di una tale soluzione o, quanto meno, riservarsi di aderirvi solo dopo aver vagliato l'ipotesi alternativa, e cioè che l'istituto di nuova introduzione presenti una sua propria identità, che esso sia in qualcosa differente dalle fattispecie citate, che pur ugualmente accedono al medesimo risultato dell'ottenimento di una liberalità indiretta.

Sul punto, peraltro, merita di essere evidenziato come, nel tentativo di ricondurre l'assegnazione non proporzionale al contratto a favore di terzo o all'adempimento del terzo, si sia dovuti ricorrere a forzature interpretative che, dilatando la struttura delle richiamate fattispecie di diritto civile, siano giunte a infine a ricomprendere ipotesi, invero, non direttamente aderenti al dettato normativo di cui, rispettivamente, agli artt. 1411 e 1180 c.c.

Così, nella ricostruzione della assegnazione non proporzionale in termini di contratto a favore di terzo, dovendo necessariamente individuare un soggetto 'promittente', si è giunti a riconoscere lo stesso nella società e, in fase costitutiva, quando la società ancora non esiste, in un centro di interessi autonomo e distinto dalla persona dei soci; così, ancora, per superare l'obiezione per cui il beneficiario dell'attribuzione non potrebbe dirsi, propriamente, terzo rispetto al negozio che venga posto in essere, poiché anch'egli sottoscrive l'atto costitutivo, per accettare i patti sociali, si è enfatizzato il momento dell'intervento contrattuale del beneficiario, che anzi perfezionerebbe la stipulazione in suo favore, quale dichiarazione di volerne profittare.

Ebbene, appare significativo che, proprio nel voler far aderire all'operazione di diritto societario il negozio di diritto civile, si sia finiti per enfatizzare l'aspetto più propriamente organizzativo della disposizione di interessi di quel negozio: nel primo caso, evidenziando la natura organizzativa, più che traslativa, del contratto sociale, anche nella fase del suo perfezionamento, ovvero in sede di costituzione della società; nella seconda ipotesi, evidenziando, nella sottoscrizione, da parte del socio, del

contratto sociale, più il momento organizzativo – programmatico, che quello strettamente contrattuale.

Allora, l'analisi delle soluzioni che si sono ricercate in difesa della opzione interpretativa prospettata, sembra tradire il vero senso delle obiezioni, il punto debole, cioè, della tesi che riconduce la assegnazione non proporzionale ai più tradizionali strumenti giuridici per l'attuazione di una attribuzione indiretta, e cioè quella, già più volte rilevata, per cui l'istituto di nuova introduzione va a collocarsi, e dovrà essere utilizzato, in un contesto societario, ovvero in una prospettiva dinamica, nell'ambito di una organizzazione deputata all'esercizio della attività economica.

Tanto, d'altronde, era chiaro già all'esame delle diverse ipotesi nelle quali i soci potrebbero dar luogo ad una assegnazione non proporzionale delle azioni, ed, in particolare, come già si è avuto modo di accennare¹¹⁴, relativamente a quelle prospettate nella Relazione di accompagnamento al decreto legislativo di riforma, ovvero, come detto: i) il possibile conferimento di elementi utili per il proficuo svolgimento dell'attività sociale ma "non corrispondenti ai requisiti richiesti per la loro imputazione al capitale", e ii) la diversa ripartizione delle azioni fra i soci a seguito dell'annullamento di azioni conseguente alla revisione della stima per il conferimento di beni in natura; entrambe situazioni, queste, nell'ambito delle quali attori della vicenda non sono soltanto i due soggetti direttamente coinvolti dalla assegnazione non proporzionale, ma tutti i soci, i quali vengono tutti direttamente attinti dalla vicenda¹¹⁵.

¹¹⁴ Cfr., *infra*, cap. II, § 6.

¹¹⁵ Un esempio potrà essere utile a chiarire quanto si va affermando. Prendiamo in primo luogo in considerazione le fattispecie nelle quali si configura, per esempio, un adempimento del terzo o una liberalità. Se in una società con capitale di 120, A conferisce 45 ed ha una partecipazione di 45, B conferisce 35 ed ha una partecipazione di 35, C - avendo un rapporto di debito con D - conferisce 35 ma prende una partecipazione solo di 25, mentre D (creditore di C) conferisce 5 ma prende una partecipazione di 15, è evidente che, pur dando per scontato che occorra la volontà anche degli altri soci per consentire tale spostamento (e che sia poi l'unanimità o la maggioranza è questione sulla quale si avrà modo di tornare in seguito), non vi è tuttavia dubbio che la vicenda sostanzialmente, quanto meno nei suoi aspetti essenziali (e salvo per quanto potrà riguardarne l'eventuale patologia, quale per es. la mancata liberazione delle azioni), riguarda comunque solo C e D, poiché le partecipazioni di A e B, in ogni caso, rimangono quelle che precedentemente erano.

Identica è la situazione anche laddove il rapporto tra C e D sia da ricondursi ad un'attribuzione liberale che il primo voglia fare al secondo: lo spostamento riguarda solo i due soggetti, donante e donatario (sia pure «indiretti») e non, immediatamente, anche le partecipazioni degli altri.

Passiamo, invece, ora, all'esame dei casi espressamente contemplati dalla Relazione al d.lgs. n. 6/2003. Poniamo allora che la società abbia sempre capitale di 120, che debba essere conferito dai quattro soci in ragione di 30 per ciascuno; il socio D conferisce in natura. Eseguita la revisione della stima, l'apporto di

È allora evidente come, nei due casi, riportati nella Relazione, della revisione della stima e della utilità non capitalizzabile, non siano direttamente coinvolte nella vicenda soltanto le posizioni di chi dà di più e prende di meno, ovvero di chi dà di meno e prende di più, ma di tutti i soci, il che ci porta ad invocare – ed i termini sembrano quasi scontati, tanto essi vengono da sé – un interesse sociale.

Il discorso si sposta allora dal profilo della struttura dell'operazione di attribuzione a quello della sua causa.

3. Una nuova “tipicità”: dalla regola organizzativa alla causa societatis.

Occorre dunque, a questo punto, mettere a fuoco l'obiettivo di questa ricerca, da incentrarsi, come pare, sull'aspetto della possibile – ma a questo punto lo si conceda, addirittura probabile – autonomia causale dell'istituto che ci occupa.

Al vertice, occorre chiedersi se – come sembrerebbe plausibile, ché ben difficile appare ormai, diversamente argomentando, e per tutto quanto fin qui evidenziato, trovare alla innovazione in parola una ragionevole spiegazione giuridico-sistematica – il legislatore abbia così voluto occupare uno spazio d'intervento in precedenza non coperto né disciplinato, dunque nuovo, con ciò aprendo agli effettivi fruitori della norma, alla società ed ai suoi soci dunque, un nuovo e diverso orizzonte.

Si tratterebbe, allora, di una soluzione altra e non ancora battuta, che, prendendo avvio dalla avvenuta trasformazione del sistema, poggiandosi sulla sovversione dei principi e giustificata dalle mutate esigenze delle imprese, permetta oggi di realizzare

D viene valutato non 30 ma 10, per cui egli vuole recedere (e ne avrebbe diritto *ex art. 2343*, terzo comma, c.c.) ma gli altri soci, che hanno un assoluto interesse comune a che egli rimanga in società - magari perché ritengono che sia la revisione a non tenere conto di alcuni aspetti di valutazione, o perché il bene è destinato a crescere sicuramente di valore, o per qualsiasi altro motivo – consentono che, annullate le azioni pari a 20, il capitale - che si riduce quindi a 100 - sia sempre diviso fra tutti in partecipazioni uguali, e cioè 25 per ciascuno.

Non diversamente può accadere se vi è da parte di un socio un apporto di una delle utilità “*non corrispondenti ai requisiti richiesti per la loro imputazione al capitale*” (a prescindere, in questo momento, dal cosa possa essere): se A, B e C conferiscono 30 per ciascuno, e D conferisce 10 più l'utilità in questione - fermo restando che il capitale deve essere 100, non potendo l'utilità capitalizzarsi in nessun modo - i soci possono decidere di attribuirsi anche qui partecipazioni uguali di 25 per ciascuno.

È allora evidente che in questi due esempi ora portati, della revisione della stima e della utilità non capitalizzabile, non sono direttamente coinvolte nella vicenda soltanto le posizioni di chi dà di più e prende di meno, ovvero di chi dà di meno e prende di più, ma di tutti i soci, il che ci porta ad invocare - i termini sembrano quasi scontati, vengono da sé - un interesse sociale.

direttamente, attraverso apposito e dedicato procedimento, un interesse proprio, con un progetto a sé stante.

Soccorre, a tale riguardo, proprio l'esame delle due fattispecie, già approfondite nel capitolo precedente¹¹⁶, di concreta applicazione dell'istituto suggerite nella Relazione di accompagnamento, e cioè quelle dell'apporto di utilità non diversamente conferibili, e della diversa assegnazione a seguito dell'annullamento di azioni conseguente alla revisione della stima per il conferimento di beni in natura.

Ebbene, queste ipotesi, che potremmo *lato sensu* definire "tipiche" proprio per l'essere state espressamente prospettate dallo stesso legislatore in quella che, in effetti, si appalesa come l'unica traccia ermeneutica concessa all'interprete in relazione alle possibili ipotesi applicative del nuovo dettato normativo, rappresentano, a ben vedere, e come in effetti si è appena avuto modo di rilevare¹¹⁷, due esempi di fattispecie altamente caratterizzate dalla centralità della tutela riconosciuta all'obiettivo primario di perseguimento dell'interesse della società, in uno, sì, a quello dei suoi soci, e però, in capo ad essi, non singolarmente, ma generalmente inteso, quale interesse collettivo che ritrova, proprio nell'ente quale soggetto giuridico autonomo, il punto suo di convergenza¹¹⁸.

¹¹⁶ Cfr., *infra*, cap. II, §. 6.

¹¹⁷ Cfr., *infra*, cap. III, § 2.

¹¹⁸ E' stato osservato come *"la riforma del diritto delle società di capitali tocchi in maniera significativa argomenti di vertice del diritto societario e sia in grado di porre in questione tematiche di gran rilievo per la sua configurazione dogmatica"*, tanto che *"in questa prospettiva merita di chiedersi se ed in che senso ne siano modificati gli equilibri tra le tre parole chiave che certamente hanno dominato la storia culturale delle società commerciali, ed in particolare delle società di capitali: quelle di «società», «persona» e «impresa»"*. *"In tal senso"*, prosegue l'Autore, *"la formula della «società» esprime un modo di intendere la disciplina societaria in quanto volta a risolvere i problemi che si pongono quando una pluralità di soggetti persegue uno «scopo comune», che ivi ravvisa quindi il nucleo centrale e caratterizzante dell'intera vicenda"*, ciò che sarebbe *"certamente presente, ma con ulteriori implicazioni, nella figura della «attività comune» postulata dall'art. 2247 cod. civ."*, e però è *"anche nota la lunga tradizione che alla formula della «società» contrappone, come a priori della disciplina societaria, e per quanto qui interessa soprattutto con riferimento a quelle che noi chiamiamo società di capitali, quella della «persona»"*, in una dialettica *"che solo in una visione storico si potrebbe considerare fondata su equivoci"*, poiché – ed è proprio questo il momento centrale del ragionamento – *"in tal modo al centro del sistema non si pongono più i singoli soggetti e ciò che consente di predicare con riferimento ad essi uno «scopo comune», bensì l'attività che essi svolgono e la struttura organizzativa mediante la quale la svolgono"*, così che, per questa via, la prospettiva diviene *"metaindividuale"* e *"sia quell'attività sia quella struttura tendono ad assumere una valenza oggettiva, al punto da potersi porre in termini di «alterità» rispetto ai soggetti medesimi"*; C. ANGELICI, *La riforma*, op. cit., pp. 213 -215.

Detto interesse, che l'interesse delle singole parti coinvolte assorbe, comprende e supera, si spiega in effetti nella componente organizzativa della società, cornice dell'attività dinamicamente sviluppata, ontologicamente protesa al raggiungimento di quello scopo comune che, giova sottolinearlo, permea di sé il contratto sociale e, caratterizzando il negozio quale sintesi delle posizioni di varie e diverse parti, tutte però protese verso lo stesso ed unico fine, traccia una significativa differenza rispetto ad ogni altra figura contrattuale del diritto civile¹¹⁹.

Differenza questa che peraltro, vale osservare, è emersa con tutta evidenza proprio quando, poc'anzi, nel tentativo di ricondurre il nuovo istituto della assegnazione non proporzionale alle più note figure di diritto civile del contratto a favore di terzo e dell'adempimento del terzo, ci si è infine ritrovati nella concreta e, ad avviso di chi scrive, insuperabile difficoltà di dover adattare ad un contratto, quale quello di società, tanto intimamente connotato dalla particolarità della comunione di scopo, due figure negoziali sviluppate, invece, su presupposti di rapporti di dare avere, e la cui costruzione risulta, pertanto, fortemente incentrata sul quella sinallagmaticità che, partendo dalla causa, tanto profondamente modella la struttura della fattispecie contrattuale classica del diritto civile.

4. Le concrete differenze della configurazione della causa societatis, ovvero della non utilizzabilità della assegnazione non proporzionale al fine di porre in essere una attribuzione indiretta.

¹¹⁹ Sul punto, ampiamente, P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, op. cit., pp. 2 - 4; osserva infatti l'Autore che "Come è stato esattamente osservato è tradizionale nella dottrina privatistica la constatazione del fatto che il contratto di società si distacca per tutta una serie di caratteri dai restanti contratti. Distacco questo a ben vedere assai più netto di quello che contrappone ogni altro tipo di contratto, pel fatto solo di essere tale., agli altri; è in effetti la stessa applicazione alla società di principi e concetti propri della teoria generale del contratto a creare difficoltà. Tale situazione è emersa ben presto, e con particolare evidenza, per quel che concerne ad esempio le categorie della corrispettività, sinallagmaticità, bilateralità, onerosità, aleatorietà". Rileva in effetti l'Autore che "la sensazione della speciale posizione della società negli schemi contrattuali è assai più antica, ancorché allo stato diffuso", ma "la caratterizzazione dell'istituto (...) è stata costantemente operata facendo capo ad elementi di cui è estremamente difficile precisare il significato e la portata" e "nella dottrina tedesca (...) domina lo «scopo comune». Il ricorso a tale concetto, del tutto estraneo alla tipologia degli altri contratti, è in funzione della esigenza di inserire un dato ulteriore fra le prestazioni ed il loro rapporto, elementi quest'ultimi che appaiono in sé insufficienti ad identificare il fenomeno societario".

Ed è proprio prendendo le mosse da tali rilievi che appare lecito domandarsi quale sia e, a monte, se possa esservi uno spazio, nell'ambito del nuovo istituto della assegnazione non proporzionale e tra le ragioni della sua introduzione, per quelle fattispecie di attribuzione indiretta che, comunque già precedentemente praticabili con l'utilizzo, *a latere* del contratto sociale, delle richiamate figure di diritto civile del contratto a favore di terzo e dell'adempimento del terzo, attengono però, unicamente, ad alcuni dei soci e non alla compagine sociale nel suo complesso, inerendo, per esempio, la regolamentazione e/o la tacitazione dei rapporti di debito – credito intercorrenti tra due o più di essi, o la volontà di porre in essere, con il passaggio di danaro necessario all'acquisto, sottoscrizione e liberazione delle azioni, ipotesi di liberalità indirette da un socio in favore dell'altro.

Ed appare invero ragionevole innanzitutto osservare che, ove questa fosse stata, all'atto della introduzione del nuovo istituto, l'intenzione del legislatore, di tale *voluntas* vi sarebbe stata traccia, quantomeno, nel corpo della Relazione di accompagnamento, con un espresso accenno a tali ipotesi, e non a quelle – o, almeno, non solo a quelle – del tutto nuove e peculiari, del conferimento di elementi utili alla società ma non imputabili a capitale, e della diversa ripartizione delle azioni fra i soci a seguito dell'annullamento di azioni conseguente alla revisione della stima per il conferimento di beni in natura.

Ma vi è di più.

Occorre, infatti, fare un passo ulteriore, posto che, a questo momento dell'indagine e limitandosi a tali considerazioni, ben potrebbe comunque apparire ancora validamente sostenibile una valutazione di contiguità fra l'istituto che ci occupa e quegli altri, sopra esaminati, adoperabili al fine di porre in essere una attribuzione indiretta.

Potrebbe dunque sembrare, in effetti, che l'assegnazione non proporzionale possa essere impiegata indifferentemente, in un caso o nell'altro, e cioè tanto per regolamentare ipotesi “generalì”, ovvero tali da coinvolgere la generalità dei soci collettivamente intesi (*rectius*: la società), quali appunto quella delle utilità non altrimenti conferibili o della diversa assegnazione in esito alla revisione della stima,

quanto anche per consentire ipotesi “particolari”, tra cui, *in primis*, la regolazione di rapporti di debito – credito, o l’attribuzione di una liberalità indiretta.

Una tale prospettazione non sembra però, a sommosso avviso di chi scrive ed in esito della analisi fin qui compiuta, oltremodo sostenibile, sol se si pensi alle conseguenze, tanto teoriche che pratiche, che, ove si decidesse di accedere ad una tale tesi, dalla applicazione dell’istituto in parola alle richiamate ipotesi immediatamente deriverebbero.

Un utilizzo della assegnazione non proporzionale al servizio dei fini “privati” dei soci *uti singuli* considerati richiederebbe, infatti, l’espressa menzione, nel contratto sociale, del rapporto sottostante fra i soggetti direttamente interessati (cd. *expressio causae*), e ciò, quantomeno, per dare ragione della particolare disciplina che, per tale via, si starebbe andando ad instaurare, oltre che per evitare che un’assenza totale di causa valga a rendere la stessa assegnazione non proporzionale radicalmente invalida alla stregua dei più fondamentali principi del diritto civile.

E però, così facendo, per mettere al riparo l’operazione da facili censure di contrasto rispetto ai dogmi del diritto civile, si finirebbe, evidentemente, per rendere la stessa sostanzialmente in contrasto con quelle più elementari esigenze cui invece il diritto commerciale, che è diritto dell’impresa, è chiamato a rispondere, e dunque, prima di tutto, alla tutela e protezione della stabilità della società quale organismo autonomamente considerato.

Non v’è chi non veda, infatti, come, con la menzione, nel corpo del contratto sociale, della causa particolare che ha dato luogo all’attribuzione, da intendersi, nel caso, quale ragione dell’attribuzione nel rapporto tra singoli soci – transazione, compensazione, donazione indiretta, o altra e diversa ipotesi che nel caso concreto gli stessi possano, per qualsivoglia ragione, ritenere di voler porre in essere – si finirebbe inevitabilmente con il porre il contratto stesso, e conseguentemente la società, quale struttura organizzata che da esso prende vita, alla mercé di tutte le patologie da cui tale rapporto sottostante dovesse risultare eventualmente interessato.

Si pensi, per esempio, al caso – null’affatto peregrino – in cui l’attribuzione venga effettuata a titolo di liberalità indiretta, ma in spregio alle prescrizioni di legge in tema di successione necessaria, e che poi, a suo tempo, taluno dei legittimari, leso nella

propria quota dalla attribuzione patrimoniale così posta in essere, ritenga di agire in riduzione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 809 e 555 c.c.¹²⁰

L'assegnazione non proporzionale diverrebbe, in tal caso, un «congegno ad orologeria» innescato in seno alla società, idoneo a dare ingresso, nell'ambito di essa, ad estranee ed imprevedibili patologie, con conseguenze potenzialmente devastanti per la vita della stessa.

Non può evidentemente essere stato questo, ciò a cui tendeva il legislatore della riforma; e non può essere questa la scelta dell'interprete nel suo compito di trovare, all'istituto di nuova introduzione, una collocazione utile e congrua ai fini del diritto societario, nel cui contesto lo stesso è inserito.

È del tutto ovvio e logico, infatti, sottolineare come l'istituto sia e debba necessariamente essere stato pensato per il perseguimento di interessi sociali – e non

¹²⁰ Come è noto, infatti, ai sensi del primo comma dell'art. 809 c.c., “Le liberalità anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli, nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari”, mentre, ai sensi dell'art. 555 c.c., “Le donazioni, il cui valore eccede la quota della quale il defunto poteva disporre, sono soggette a riduzione fino alla quota medesima. Le donazioni non si riducono se non dopo esaurito il valore dei beni di cui è stato disposto per testamento”. Il legislatore assoggetta, per questa vista, alla disciplina generale dettata in tema di riducibilità delle donazioni, anche le donazioni cd. indirette, ovvero gli atti, in qualsiasi forma compiuti e comunque privi della forma solenne, tali da porre in essere uno spostamento patrimoniale caratterizzato da spirito di liberalità. Trattasi, in particolare, degli atti di liberalità, diversi da quelli contemplati nell'art. 769 c.c., che “rispondono alla volontà reale di chi li pone in essere, hanno la loro causa tipica nel negozio attuato, ma producono nelle loro ulteriori conseguenze, che l'atto stesso rende palesi, quello ch'è lo scopo di liberalità indirettamente voluto”, ed è per questo che “la donazione indiretta, se è sottoposta alla forma specificamente stabilita dalla legge per il negozio attuato, poiché questo mira al vantaggio altrui per solo spirito di beneficenza senza importare alcun sacrificio a carico di chi se ne giovi, è d'altra parte soggetto alla disciplina sostanziale della vera e propria donazione, che è poi il negozio giuridico direttamente attuato” (F.S. AZZARITI – G. MARTINEZ – G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, V ed., Padova, Cedam, 1969, pp. 719 – 720). Ciò perché “lo scopo economico, che è proprio del contratto tipico di donazione, l'arricchimento di altri senza corrispettivo, può ottenersi anche ponendo in essere atti diversi dal contratto tipico di donazione”, poiché vi è “una moltitudine di casi nei quali, mediante l'impiego di strumenti giuridici diversi dal contratto di donazione, è possibile raggiungere – come si diceva – il risultato di far conseguire ad altri un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo” (A. TORRENTE, *La donazione*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1956, p. 15). Ebbene, è evidente che in tali ipotesi, configurandosi, al di là della forma concretamente utilizzata dalle parti per il raggiungimento dello scopo, un vero e proprio spostamento patrimoniale attuato con spirito di liberalità, ben possa profilarsi una lesione ai diritti previsti dalla legge in capo al legittimario, attraverso una lesione della quota di legittima alla stesso spettante, da cui l'estensione, anche alle figure in parola, del rimedio della azione di riduzione. Dunque, così come, ai sensi dell'art. 554 c.c., le disposizioni testamentarie aventi quale effetto quello di eccedere la quota di cui il defunto poteva disporre saranno riducibili entro i limiti della quota medesima, anche le donazioni che eccedano, per valore, la quota di cui il defunto poteva disporre saranno, ai sensi del citato art. 555 c.c., riducibili fino a tale quota, ove, esaurito il valore dei beni di cui è stato disposto per testamento, permanga comunque una lesione della quota di legittima.

certo a-sociali o, peggio, anti-sociali – intesi come interessi ontologicamente finalizzati alla crescita ed al potenziamento della attività societaria.

In tal senso, non esulterà, dunque, dalla fattispecie, la presenza di un interesse dei soci singolarmente considerati, ma esso sarà sempre un interesse indiretto, da realizzarsi per il tramite di quello, primario, della società: tutti i soci saranno attenti dalla messa in atto dell'operazione, poiché tutti ne dovranno poter trarre un'utilità, quale conseguenza riflessa del rafforzamento dell'impresa collettiva.

Al contrario, nelle ipotesi, citate, della regolazione di rapporti di debito – credito o della liberalità indiretta, l'interesse immediato alla realizzazione della assegnazione non proporzionale sarebbe limitato solo ed unicamente ai soggetti direttamente coinvolti: gli altri soci non ne vedrebbero alcun giovamento, limitandosi ad assistervi quali spettatori disinteressati.

Alla luce di tutto quanto fin qui osservato, non potrà che concludersi affermando che l'intervento normativo di inserimento, nel diritto societario, della possibilità di dare luogo ad una assegnazione delle azioni in misura non proporzionale al conferimento non può essere stato volto ad una duplicazione – o, peggio, ad una mera citazione – di istituti di tipo privatistico già esistenti nell'ordinamento; esso deve invece, sicuramente, avere apportato un *quid novi*, in linea, peraltro, con lo spirito generale della riforma del 2003, volta al potenziamento dell'impresa sociale nel solco del più ampio riconoscimento della autonomia statutaria.

Si potrebbe quindi asserire – con ciò quasi ribaltando il *modus operandi* – che tanto comporti, da un lato, l'inquadramento, nell'ambito dell'istituto in esame, di tutte quelle ipotesi di assegnazioni non proporzionali che verranno poste in essere allo scopo di valorizzare l'attività e l'impresa sociale, e, dall'altro, l'esclusione della possibilità di utilizzazione della fattispecie, di tutte quelle altre ipotesi nelle quali l'attribuzione di azioni in misura non proporzionale risulti, sostanzialmente, soltanto funzionale al perseguimento di interessi particolari di alcuni soggetti (ipotesi, queste, che andranno quindi ricollocate, così come peraltro già avveniva in passato, nell'ambito di altre e diverse categorie giuridiche, da individuarsi di volta in volta alla luce dei comuni schemi privatistici).

L'assegnazione non proporzionale potrà dunque essere definita, a sommosso avviso di chi scrive, come un istituto *tipico*, nuovo nel panorama del diritto societario, dotato di una sua causa propria, autonoma ed autosufficiente, che si realizzerà tutte le volte in cui la diversa attribuzione delle azioni non sia riconducibile ad alcuno dei soci *uti singulus*, ma risponda, invece, ad un interesse generale di tutti, risultando quindi sussumibile in una più ampia *causa societatis*.

In quest'ottica, non sarà, allora, più così importante – ed, anzi, potrebbe divenire addirittura fuorviante – quella ricerca di analogie o differenze con figure affini, della quale si è già dato conto.

Centrale, invece, appare, il riferimento a quell'interesse sociale che da solo reggerebbe, allora, l'istituto in esame; che se, come si sta sostenendo, esso interesse sociale sia da considerarsi il perno della fattispecie della assegnazione non proporzionale, tanto da segnare la linea di ciò che potrà essere ricompreso nella operazione giustificandone la messa in opera, da ciò che, invece, dovrà restarne escluso, problema essenziale diviene, in conseguenza, quello – nient'affatto semplice – di discernere, non soltanto in astratto, ma vieppiù in concreto, ciò che può configurare un interesse sociale, da ciò che non lo è.

E d'altra parte, come detto, se si avrà assegnazione non proporzionale, secondo lo schema indicato dal legislatore, tutte le volte in cui essa sia retta da un interesse endosocietario, corollario ne è che tutte le volte in cui l'interesse in rilievo sia invece riconducibile ad un parametro esosocietario, l'operazione di assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento che venga eventualmente posta in essere non andrà a configurare, comunque, l'istituto tipico di cui al quinto comma dell'art. 2346 c.c., per cui del tutto ragionevolmente la società ed i soci che hanno consentito vi si facesse luogo, potranno restare esposti alle patologie ed alle vicende del rapporto sottostante.

In questo senso, probabilmente, l'esatto inquadramento della fattispecie risulta fuorviato dalla errata prospettazione che la partecipazione sociale sia in un certo modo il corrispettivo del conferimento, ad esso agganciata in maniera quasi sinallagmatica¹²¹; ed

¹²¹ Cioè a dire che, in effetti, affrancandosi da tale presupposto, e riuscendo invece a considerare indipendente il conferimento – nelle sue due fasi di sottoscrizione ed esecuzione – di ciascun socio dalla

infatti, ove si scinda il fenomeno della formazione del capitale nella atomistica singolarità dei vari conferimenti, non rileva più se vi sia un beneficio per taluno in corrispondenza del sacrificio di un altro, secondo quella che è la struttura propria delle attribuzioni patrimoniali indirette: il socio che versa di meno lo fa solo in quanto si registri, in capo alla società, l'interesse a mantenerlo all'interno della compagine sociale pur con un versamento inferiore; il socio che versa di più lo fa solo perché corrisponde all'interesse della società che qualcuno si tassi per ottenere, con giovamento generale, apporti che altrimenti si perderebbero.

In pratica, la valutazione dei singoli conferimenti in sede di apporto, non viene più eseguita in maniera esclusivamente monetaria in corrispondenza di un mero valore facciale, ma viene effettuata con criteri altri e diversi che tengono in conto, appunto, l'interesse della società a che essi vengano conseguiti e non dispersi, per la crescita ed il potenziamento dell'impresa collettiva.

5. L'assegnazione non proporzionale in sede di aumento di capitale: fattibilità dell'operazione e quorum necessario per la approvazione della deliberazione.

Alla luce di tanto, e così inquadrato l'istituto della assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento, rimane da trovare soluzione a quelli che sembrano essere i quesiti principali sul punto, ovvero, in primo luogo, se l'operazione, per come sopra delineata, possa trovare spazio anche in una fase successiva a quella costitutiva, e dunque durante la vita della società, in sede di aumento di capitale; in secondo luogo, e naturalmente ove si addivenga ad una risposta affermativa relativamente alla domanda appena posta, quale sia il consenso necessario per la approvazione di una siffatta deliberazione, e precisamente se debba ritenersi all'uopo

attribuzione al medesimo della sua partecipazione sociale, la comprensione dell'istituto della assegnazione non proporzionale diviene immediatamente più semplice: il socio Tizio conferisce 10 ma non è detto che debba ricevere 10 ma potrebbe benissimo ricevere $10+x$ o $10-y$, il socio Caio conferisce 15 ma non è detto che debba ricevere 15 ma potrebbe benissimo ricevere $15+x$ o $15-y$; da una parte alla società, intesa come entità sovrastante, non interessa che uno prenda di più ed un altro prenda di meno ma che alla fine tutti sottoscrivano ed eseguano i propri conferimenti, e tutti complessivamente ottengano la totalità delle partecipazioni, dall'altra parte al sistema non interessa chi abbia sottoscritto e conferito cosa ma che tutto quello che c'era da sottoscrivere e conferire sia stato sottoscritto e conferito (tutela dell'integrità del capitale sociale).

necessario il raggiungimento dell'unanimità, o se possa ritenersi sufficiente il voto favorevole della maggioranza.

È chiaro, infatti, che l'operazione di assegnazione non proporzionale potrà essere eseguita alla nascita della società: qui, nel momento costitutivo, con l'unanimità dei consensi necessaria al perfezionamento del momento contrattuale, i soci ben potranno, in effetti, scegliere di porre in essere detto tipo di diversa attribuzione, sol che si curino di inserire, nell'atto costitutivo, la possibilità di tale scelta.

Resterà comunque necessario (e vale sottolinearlo) che – perché l'operazione posta in essere dall'unanimità in sede di costituzione della società possa dirsi riconducibile all'istituto della assegnazione non proporzionale di cui al quinto comma dell'art. 2346 c.c. – si configuri e si individui la sussistenza di un interesse sociale, secondo quanto fin qui detto; ma l'unanimità – che in tale fase è naturalmente presente – potrà sovvenire, ad evitare il sorgere di ogni ulteriore e successiva questione in merito alla legittimità dell'operazione ed alla sua efficacia nei confronti di tutti.

Ciò posto, è possibile ritenere che l'operazione di assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento possa essere effettuata anche, eventualmente, in un momento successivo, e dunque durante la vita della società?

È possibile, cioè, ritenere che i soci, nel corso della attività, in sede di aumento di capitale, ed ove lo statuto sociale – secondo quanto disposto dallo stesso art. 2346, quinto comma, c.c. – lo preveda espressamente, possano deliberare un aumento di capitale in attuazione del quale uno o più di essi si vedrà attribuire un numero di azioni inferiore al valore di quanto conferito nell'ambito dell'aumento medesimo, mentre qualcun altro, pur conferendo meno, otterrà un maggiore numero di azioni, proprio in ragione dell'altrui sacrificio patrimoniale?

Ebbene, secondo la ricostruzione dell'istituto che si è proposta, la risposta a tali quesiti non potrà che essere affermativa.

Ed infatti, da un lato, nulla osta acchè l'operazione venga posta in essere in un momento successivo a quello costitutivo, non venendo in rilievo, sul punto, nessuna violazione di principi generali o di specifiche norme di legge; dall'altro, ed al contrario, è da evidenziarsi come l'istituto, inserendosi, quale regola corporativa, nella dimensione organizzativa della fattispecie societaria, e dunque nell'ambito della attività, ben si

presti – ed anzi, verosimilmente, sarà proprio questa l'ipotesi più ricorrente – ad essere utilizzato successivamente, in fase di aumento di capitale.

Ed invero se, come si è fin qui affermato, l'introduzione legislativa dell'istituto che ci occupa trova ragione nell'esigenza di assicurare alla società un vantaggio in termini di maggiore competitività, attraverso l'acquisizione al patrimonio della stessa di elementi idonei al miglior perseguimento dello scopo – così infatti le due ipotesi tipiche di cui alla Relazione, ovvero quella dell'apporto di utilità non diversamente conferibili, e quella della diversa assegnazione a seguito dell'annullamento di azioni conseguente alla revisione della stima per il conferimento di beni in natura – allora dovrà vieppiù riconoscersi, rispondendo ciò sicuramente ad un interesse meritevole di tutela, che la ridetta operazione possa essere deliberata ed eseguita nel corso della vita della società, quando lo svolgimento della attività avrà evidenziato le altre ed ulteriori necessità dell'impresa collettiva.

In questi casi, dunque, e purché, come detto, lo statuto lo preveda, i soci potranno far luogo ad una assegnazione di azioni non proporzionale, con l'adozione della relativa deliberazione, in sede di aumento di capitale.

Ed ecco profilarsi, a questo punto, il secondo e più spinoso quesito, ovvero quale debba ritenersi essere il consenso necessario per la approvazione di tale deliberazione, e precisamente se debba ritenersi imprescindibile il raggiungimento del consenso unanime, o se possa ritenersi sufficiente il voto favorevole della maggioranza.

Il problema è di ancor più difficile soluzione, ove si consideri l'ipotesi – estrema, ma null'affatto peregrina – in cui la maggioranza dei soci approvi una deliberazione per la quale la assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento sarà realizzata attraverso il sacrificio patrimoniale di uno o più soci che, si ponga il caso, non acconsentano alla deliberazione medesima.

Meno dubbi, infatti, perché invero meno grave dal punto di vista della compressione della posizione del singolo, appare l'ipotesi in cui, pur trattandosi di approvazione della deliberazione di assegnazione non proporzionale a maggioranza, possa comunque registrarsi, nell'ambito della stessa maggioranza che provvede alla approvazione della deliberazione, il consenso e del socio che beneficerà della maggiore assegnazione, e, soprattutto, del socio in capo al quale si realizzerà il ridetto sacrificio,

ovvero di colui che otterrà, infine, una partecipazione sociale di valore inferiore a quanto in effetti conferito.

In tale ultimo caso, in effetti, pur comunque nell'ambito di una approvazione della deliberazione con il solo voto favorevole della maggioranza, e non dell'unanimità, il consenso dei soggetti direttamente coinvolti ed, in particolare, del soggetto che otterrà la minore attribuzione, consente di mettere al riparo la deliberazione e, per questa via, l'operazione dai comprensibili dubbi di legittimità che una siffatta ipotesi pur naturalmente pone.

Diverso è invece il caso, cui poc'anzi si accennava, in cui il socio in capo al quale graverà il sacrificio patrimoniale risulti dissenziente o assente rispetto alla deliberazione in parola.

Trattasi, allora, di capire se, e fino a che punto, sia legittimamente configurabile, nel diritto societario, che un socio sia obbligato, anche eventualmente contro la sua volontà, a sopportare una diminuzione patrimoniale altrimenti imposta, in specie di attribuzione di un numero di azioni inferiore al valore del conferimento dal medesimo sostenuto, e dunque di ottenimento di una partecipazione sociale inferiore a quanto di spettanza, con tutte le ovvie conseguenze che ciò comporta, tra l'altro, in termini di posizione del medesimo all'interno della società.

Di più, trattasi di capire se, e fino a che punto, il diritto del socio alla partecipazione sociale si mantenga sempre ed in ogni caso intangibile rispetto alle successive vicende che possano coinvolgere la società, ovvero di comprendere se possano registrarsi, nell'ambito del sistema – ed, allora, da quali giustificazioni siano esse sostenute – ipotesi in cui il diritto del socio alla partecipazione sociale, che si esplicita, in questo caso, nel diritto a vedersi assegnare un numero di azioni pari al valore del conferimento effettuato e dunque all'esborso patrimoniale sostenuto, arretri rispetto ad esigenze altre e diverse, nell'eventualità ritenute dall'ordinamento meritevoli di maggior tutela.

Ebbene, si è fin qui detto di come la configurabilità di un interesse sociale alla base dell'operazione *de qua*, in uno alla individuazione della causa societaria quale causa autonoma dell'istituto nella sua tipicità, possa valere alla giustificazione dell'introduzione dell'istituto della assegnazione non proporzionale, funzionalmente

orientato a venire incontro all'esigenza, prettamente sociale, di acquisizione di ogni elemento utile allo svolgimento dell'attività, in un'ottica di valorizzazione del momento organizzativo dell'impresa collettiva dinamicamente considerata.

Ed allora la questione dovrà essere riformulata, dovendo a questo punto domandarsi se sia possibile, e vada dunque ritenuta legittima, l'approvazione di una delibera della maggioranza che, nel caso – e, si badi, soltanto nel caso, perché nelle altre ipotesi la risposta non potrà che essere negativa – in cui sia configurabile la sussistenza di un interesse sociale come sopra descritto, preveda una assegnazione di azioni che, realizzando il ridetto interesse sociale, si concreti, pur tuttavia, nel sacrificio di uno o più soci, eventualmente anche senza il consenso di questi.

Così inquadrata, invero, l'ipotesi non appare del tutto estranea rispetto al sistema, nella misura in cui, al contrario, il diritto societario già ben conosce una ipotesi nella quale, stante la ricorrenza di un interesse sociale, il diritto del socio alla partecipazione – da configurarsi, in questo caso, come il diritto del socio a mantenere invariata, in sede di aumento di capitale, la propria partecipazione sociale, attraverso il riconoscimento del diritto a sottoscrivere un numero di nuove azioni proporzionale a quelle già in suo possesso¹²² – compie «un passo indietro» rispetto all'esigenza della società.

È il caso di deroga del diritto di opzione “quando l'interesse della società lo esige”, nonché – fattispecie, questa, che viene comunque ricondotta alla stessa *ratio* della prima¹²³ – “per le azioni di nuova emissione che, secondo la deliberazione di

¹²² L'importanza del riconoscimento del diritto di opzione è di palese evidenza, avendo tale diritto non soltanto “*un contenuto economico concreto*”, nella misura in cui esso permette ai soci di mantenere i medesimi diritti patrimoniali connessi alla entità della propria partecipazione, ma consentendo, altresì, agli stessi di “*mantenere invariata la loro posizione per quanto concerne la formazione della volontà sociale nelle assemblee, continuando a partecipare a queste con un numero di voti proporzionalmente immutato anche dopo l'aumento del capitale della società*”; G. FRÈ, *Società per azioni*, in Commentario del Codice civile a cura di a. Scialoja e G. Branca, *sub artt.* 2438 – 2444, 4ª ed., Zanichelli, Bologna, p. 732.

¹²³ In effetti, mentre negli altri casi di derogabilità del diritto di opzione – conferimento in natura, offerta di azioni ai dipendenti, emissione di azioni quotate - l'interesse della società viene valutato *ex ante* dal legislatore, per il caso di assenza di tali presupposti viene prevista una clausola ampia, atta a ricomprendere tutte quelle ipotesi che concretamente potranno verificarsi nella vita della società, e per le quali si realizzi un'esigenza, da parte della società stessa, cui i soci decidano di far fronte con il sacrificio totale o parziale del diritto di opzione.

aumento di capitale, devono essere liberate mediante conferimenti in natura”, ai sensi dell’art. 2441 c.c.¹²⁴.

In tali casi, è dunque legislativamente riconosciuto che una maggioranza – seppure qualificata – possa approvare una deliberazione, vincolante anche per la minoranza assente o dissenziente, che vada a limitare il diritto di opzione e quindi, per questa via, a mutare gli assetti della società, sol che sussista un interesse della società¹²⁵.

Non può allora revocarsi in dubbio che, in tale circostanza, l’ordinamento riconosca ed ammetta ipotesi nelle quali possa eventualmente realizzarsi, a maggioranza, un sacrificio del diritto del singolo socio al mantenimento della partecipazione e, quindi, una deroga al principio della parità di trattamento¹²⁶.

Se così è, non appare allora peregrino sostenere la configurabilità di un parallelo tra i due istituti, ovvero, da una parte, l’aumento di capitale con esclusione totale o parziale del diritto di opzione e relativa compressione del diritto dei soci coinvolti al mantenimento della propria partecipazione per l’esigenza di far fronte ad un interesse sociale che verrà determinato nella delibera e, dall’altra, l’aumento di capitale effettuato con assegnazione ai soci di un numero di azioni in misura non proporzionale ai

¹²⁴ Come è noto, infatti, l’art. 2441 c.c., dopo aver stabilito che, in via generale, “Le azioni di nuova emissione e le obbligazioni convertibili in azioni devono essere offerte in opzione ai soci in proporzione al numero delle azioni possedute”, estendendo poi detto diritto anche in capo ai possessori di obbligazioni convertibili in azioni, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio, e che “coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell’acquisto delle azioni e delle obbligazioni convertibili in azioni che siano rimaste non optate”, individua alcune ipotesi di derogabilità del diritto di opzione, affermando, al quarto comma, che “il diritto di opzione non spetta per le azioni di nuova emissione che, secondo la deliberazione di aumento del capitale, devono essere liberate mediante conferimenti in natura” e poi, al quinto comma, che “quando l’interesse della società lo esige, il diritto di opzione può essere escluso o limitato con la deliberazione di aumento del capitale, approvata da tanti soci che rappresentino oltre la metà del capitale sociale, anche se la deliberazione è presa in assemblea di convocazione successiva alla prima”.

¹²⁵ È stato rilevato che, in tal caso, che “l’esistenza di uno specifico interesse della società, idoneo a giustificare la particolare modalità dell’operazione, costituisce una condizione di validità e deve risultare dalla motivazione della delibera di aumento (art. 2441, co. 5)”, mentre è discusso “se la società possa ricorrere al procedimento di esclusione soltanto quando ciò sia «necessario» per la realizzazione dell’interesse sociale, cioè quando esso costituisca l’unico mezzo per soddisfare le esigenze dell’impresa, ovvero se vi si possa ricorrere anche nell’ipotesi in cui l’esclusione rappresenti uno tra gli strumenti a disposizione, magari il più conveniente”, precisandosi che “quest’ultima opinione, cui aderisce la giurisprudenza maggioritaria, richiede per la validità della delibera l’esistenza di un «interesse sociale obiettivo e concreto», diverso da quello di dotare la società di nuovi mezzi finanziari, che deve essere indicato espressamente nella delibera”; F. GUERRERA, *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini ed A. Stagno d’Alcontres, sub art. 2441 c.c., Jovene, Napoli, 2004, pp. 1175 – 1176.

¹²⁶ Sulla posizione dell’azionista rispetto alla società e sulla parità di trattamento dei soci si veda, *supra*, capitolo II, §. 4 – 5.

conferimento dagli stessi effettuato, ove, naturalmente, detta possibilità sia, come richiesto dalla legge, prevista dallo statuto, dovendosi peraltro ritenere così sussistente in capo ai soci - che alle regole dello statuto, per il fatto stesso della permanenza in società, necessariamente acconsentono - almeno la consapevolezza rispetto alla possibilità di futura realizzazione di una operazione di questo tipo.

Il proposto parallelo sarà, però, possibile soltanto ove si creda di poter condividere quella lettura “tipica” della assegnazione non proporzionale che si è andata fin qui argomentando, e che fa della *causa societatis* e della sussistenza di un interesse sociale il punto centrale dell’istituto; che dunque, alla luce di tale comunanza di *ratio*, non appare irragionevole sostenere che, arretrando la posizione del singolo socio rispetto all’interesse dell’impresa collettiva, detto interesse possa ben essere attuato – sempre, giova ripeterlo, se ed in quanto lo statuto lo preveda – con deliberazione approvata con le maggioranze della assemblea straordinaria, e che sarà vincolante anche per i soci eventualmente assenti o dissenzienti, anche qualora, per avventura, il sacrificio patrimoniale della effettuazione del conferimento di valore maggiore rispetto alle azioni ricevute vada a gravare su uno o più soci facenti parte della minoranza dissenziente.

In tal senso, poi, la sussistenza dell’interesse sociale si pone come ragione e limite della legittimità dell’operazione, potendosi ragionevolmente affermare che una delibera di aumento di capitale da effettuarsi con assegnazione non proporzionale a carico della minoranza non sostenuta da un effettivo interesse sociale integrerà una ipotesi di abuso della maggioranza a danno della minoranza, così come, d’altronde, ormai sostenuto anche per il caso di delibera di aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione perché “l’interesse della società lo esige”, ove poi un interesse sociale obiettivo e concreto non possa invero ritenersi sussistente¹²⁷.

¹²⁷ Sul punto, ampiamente, F. GUERRERA, *Commentario*, op. cit., p. 1176 ss., il quale, riportando il dibattito emerso negli anni in dottrina e giurisprudenza sul tema della invalidità della delibera assembleare di deroga del diritto di opzione non sostenuta da effettivo interesse sociale, osserva che: “*la giurisprudenza ha affermato talora che l’inosservanza del requisito previsto dall’art. 2441, co. 5, per l’esclusione dell’opzione comporterebbe la nullità della delibera per illiceità dell’oggetto*”, ma “*la nullità ricorre solo in caso di contrasto con norme poste a tutela di interessi generali; mentre il contrasto con norme, anche cogenti, volte alla tutela dell’interesse dei singoli soci o di gruppi di essi determina la semplice annullabilità della delibera*”, mentre “*in dottrina, si è anche sostenuto che la delibera in questione sarebbe semplicemente inefficace, mancando all’assemblea la legittimazione a disporre di un*

Ed in effetti, come già si aveva avuto modo di rilevare, il principio della parità di trattamento tra gli azionisti sembra porsi, nel sistema, e vieppiù alla luce della riforma, come una *“regola generale residuale”*, poiché invece *“come indicazione di principio, il diritto societario evidenzia piuttosto come preminente l’interesse alla corretta ed efficiente gestione dell’impresa, che in qualche caso può comportare il sacrificio del principio di proporzionalità di vantaggi e sacrifici fra azionisti”*, ed *“il modello di disciplina, in tal senso, può essere costituito dalla norma tradizionale sull’esclusione del diritto di opzione, che prevede un controllo giurisdizionale per eccesso di potere della deliberazione discrezionale di esclusione”*¹²⁸.

Sul punto, solo un’ultima considerazione.

La condivisibile preoccupazione per la tutela della posizione del singolo potrebbe portare a domandarsi se vi sia spazio, nell’ipotesi appena trattata, per il riconoscimento, in capo al socio che non abbia acconsentito alla detta deliberazione, per il riconoscimento del diritto di recesso.

Ebbene, la risposta dovrà essere, a sommosso avviso di scrive, negativa. Ed infatti, da un lato, la configurabilità del diritto di recesso non sembra essere prospettabile nel caso che ci occupa, non rientrando l’ipotesi in parola tra quelle tassativamente previste dall’art. 2437 c.c.; dall’altro, un eventuale riconoscimento recesso, sostanzialmente vanificando la portata applicativa dell’istituto della assegnazione non proporzionale, sembrerebbe difficilmente compatibile con la costruzione che si è fin qui proposta, e con le stesse ragioni per le quali si è ritenuto di dover suffragare la possibilità di approvazione a maggioranza della deliberazione recante l’operazione di assegnazione non proporzionale.

diritto individuale degli azionisti”, e concludendo nel senso che, invece, si tratti, in realtà, *“di una ipotesi legalmente tipizzata di «abuso della maggioranza» in danno degli altri soci”*.

¹²⁸ M. LIBERTINI – A. MIRONI – P. M. SANFILIPPO, *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d’Alessandro, vol. II, tomo I, Commento agli articoli 2325 – 2379 *ter* del Codice Civile, Piccin, Padova, 2010, *sub* art. 2346 c.c., p. 203, che affermano la possibilità di costruire, per questa via, *“una regola più generale, applicabile a tutte le deliberazioni discrezionali di organi della s.p.a. (non solo l’assemblea, ma anche l’organo amministrativo), quando esse sacrificino l’interesse di alcuni azionisti senza che il sacrificio sia giustificato da specifiche ragioni di interesse sociale”* e che *“in ogni caso, sembra ragionevole pretendere che le deliberazioni lesive della parità di trattamento fra azionisti siano adeguatamente motivate, a pena di illegittimità, in analogia a quanto disposto dall’art. 2441, c. 5”*.

6. *L'introduzione della clausola statutaria di aumento di capitale con assegnazione non proporzionale: fattibilità dell'operazione e quorum necessario per la approvazione della deliberazione.*

Si è fin qui argomentato in ordine alla possibilità che la delibera assembleare recante la previsione di aumento di capitale con assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento sia approvata a maggioranza, e si è ritenuto, infine, di poter concludere affermativamente.

Tanto sul presupposto, però, che l'eventualità di realizzazione dell'operazione sia comunque prevista nello statuto, come espressamente richiesto dal quinto comma dell'art. 2346 c.c. ed anche perché – si è detto – con la stipula del contratto sociale, od anche successivamente, con l'ingresso in società, il socio esprime, in effetti, accettazione relativamente alle regole di funzionamento dell'impresa collettiva, come appunto consacrate nello statuto medesimo.

Ma *quid iuris* ove lo statuto nulla preveda?

Ovvero, posto che, naturalmente, i soci non potranno in nessun caso deliberare una assegnazione non proporzionale in assenza di una simile previsione statutaria, potrà detta clausola essere inserita in un successivo momento, e se sì, ancora una volta, quale sarà il consenso necessario al fine?

Ebbene, non sembra potersi revocare in dubbio che una simile clausola possa essere inserita anche dopo il momento costitutivo, durante la vita della società, nulla ostando, evidentemente, ad una tale soluzione, che anzi, parallelamente a quanto già osservato in precedenza, appare in linea con l'esigenza, certamente meritevole di tutela, di soddisfare i bisogni della società, quali possano venire in luce nel corso dell'attività di impresa.

Meno immediata appare, invece, la soluzione al secondo quesito proposto, ovvero quale debba essere l'ampiezza del consenso da richiedersi per l'approvazione della modifica statutaria occorrente per l'inserimento della clausola in parola.

Resta infatti da domandarsi se, per modificare lo statuto sociale nel senso di permettere una eventuale futura operazione di assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento, sia sufficiente l'osservanza della regola generalmente

prevista per l'approvazione delle modifiche dello statuto di società per azioni di cui all'art. 2368, secondo comma, c.c. ed all'art. 2369, terzo comma, c.c.¹²⁹, o se invece sia necessario, sul punto, il raggiungimento dell'unanimità dei consensi, nel qual caso, ovviamente, nessun problema si pone in termini di legittimità della deliberazione eventualmente lesiva dei diritti dei singoli soci.

Valgano, sul punto, le considerazioni già svolte relativamente all'importanza di assicurare alla società la possibilità di realizzazione di un tale tipo di operazione, stante l'importanza degli interessi sottesi e la rilevanza delle implicazioni funzionali dell'istituto; si consenta rinviare, altresì, a quanto fin qui detto in termini di possibilità di limitazione e deroga del diritto del socio alla partecipazione sociale, qui in rilievo quale diritto di ciascuno all'ottenimento di una partecipazione azionaria di valore pari al conferimento effettuato.

Alla luce di tutto quanto detto, non sembra, a sommosso avviso di chi scrive, che possa richiedersi quale necessaria, per l'approvazione della delibera concernente l'inserimento nello statuto sociale della clausola che importi la futura possibilità di far luogo ad una assegnazione non proporzionale, la presenza del voto favorevole di tutti i soci.

Ciò anche perché, in effetti, quella della maggioranza sembrerebbe, nell'impianto tipologico strutturale della società per azioni, atteggiarsi a regola generale per l'approvazione delle modificazioni statutarie, essendo normalmente all'uopo sufficiente l'assenso delle maggioranze previste per l'assemblea straordinaria, ed essendo infatti suscettibili di approvazione a maggioranza, seppur particolarmente qualificata, finanche le particolari variazioni di cui al quinto comma dell'art. 2369 c.c.¹³⁰

¹²⁹ Come è noto, ai sensi del secondo comma dell'art. 2368 c.c., "L'assemblea straordinaria delibera con il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più della metà del capitale sociale, se lo statuto non richiede una maggioranza più elevata"; inoltre, secondo il disposto del terzo comma dell' art. 2369 c.c., "In seconda convocazione (...) l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea".

¹³⁰ È noto, infatti, che, ai sensi del quinto comma dell'art. 2369 c.c., "Nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale per le deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto sociale, la trasformazione della società, lo scioglimento anticipato, la proroga della società, la revoca dello stato di liquidazione, il trasferimento della sede sociale all'estero e l'emissione delle azioni

E però, una cosa è ritenere che, in presenza della relativa clausola statutaria (e quindi comunque di un consenso di massima alla eventuale fattibilità dell'operazione), e sussistendo un interesse sociale a ragionevole giustificazione della diversa attribuzione, il socio possa, ed anzi debba, vedere sacrificata la propria posizione, anche eventualmente contro la sua volontà, per deliberazione approvata a maggioranza, salvo, in ogni caso, il controllo anche giurisdizionale sulla motivazione della delibera stessa, onde scongiurare il concreto rischio di abusi; altra cosa è giungere a sostenere che un socio, in ipotesi, si veda inserire in statuto, per mano di una maggioranza che pure non lo ricomprende, una clausola di tal fatta e dunque, magari in un secondo momento, si veda approvare, anche in questo caso da una maggioranza che lo registra dissenziente, una deliberazione che importi un aumento di capitale da realizzarsi, appunto, con assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento, per la quale, si ponga il caso, egli sarà proprio il socio in capo al quale è previsto il sacrificio patrimoniale.

L'ipotesi è chiaramente insostenibile, perché è contrario ai più elementari principi di giustizia, prima ancora che alle norme del diritto, che un soggetto possa essere obbligato, in questo caso assolutamente contro la sua volontà, a far fronte ad un impegno altrimenti imposto, senza potersi in alcun modo sottrarre al vincolo così stabilito.

E allora, l'importanza, da un lato, degli interessi coinvolti, e quindi di assicurare la massima fruibilità dell'istituto di nuova introduzione, e la necessità, dall'altro, di garantire comunque il socio nella propria sfera di diritto, impone di trovare una mediazione che importi un equilibrio tra le due posizioni, secondo una soluzione che, invero, appare già suggerita dalla considerazione poc'anzi svolta, ma ancora da svilupparsi, secondo la quale, in effetti, anche le più delicate variazioni organizzative della società sono, sì, ai sensi del quinto comma dell'art. 2369 c.c., approvabili a

di cui al secondo comma dell'art. 2351". Va rilevato che la possibilità di approvazione a maggioranza di tali pur delicatissime deliberazioni era, peraltro, già prevista anteriormente alla riforma del diritto societario del 2003, quando, tuttavia, si è provveduto, significativamente, ad abbassare il *quorum* richiesto al fine (oltre che ad ampliare il novero delle ipotesi delle deliberazioni approvabili); il vecchio testo della norma, infatti, così disponeva: "Tuttavia anche in seconda convocazione è necessario il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più della metà del capitale sociale per le deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto sociale, la trasformazione della società, lo scioglimento anticipato di questa, il trasferimento della sede sociale all'estero e l'emissione di azioni privilegiate".

maggioranza, ma con il riconoscimento, in capo ai soci assenti o dissenzienti, della possibilità di esercitare il diritto di recesso.

E così, a ben guardare, l'art. 2437 c.c., nel riconoscere tale diritto in capo ai soci che non hanno espresso voto favorevole relativamente a determinate deliberazioni, tali da modificare in maniera particolarmente gravosa le condizioni di rischio della partecipazione sociale, espressamente dispone che: "Hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti (...) g) le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione"¹³¹.

¹³¹ Tanto nel più ampio impianto dell'art. 2437 c.c. che, nella prima parte, assicura quale inderogabile il riconoscimento del diritto di recesso, per tutte o parte delle loro azioni, ai soci che "non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti: a) la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società; b) la trasformazione della società; c) il trasferimento della sede sociale all'estero; d) la revoca dello stato di liquidazione; e) l'eliminazione di una o più cause di recesso previste dal successivo comma ovvero dallo statuto; f) la modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso; g) le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione". In tali casi, il recesso si impone con norma imperativa, ed infatti sarà "nullo ogni patto volto ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso" nelle ipotesi richiamate (art. 2437, sesto comma, c.c.). Sarà invece derogabile, perché la relativa previsione potrà essere esclusa dallo statuto, il diritto di recesso nei casi di cui al secondo comma dello stesso art. 2437 c.c., ovvero in caso di deliberazioni riguardanti: "a) la proroga del termine; b) l'introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari". Va rilevato come la disciplina del diritto di recesso sia stata profondamente modificata per effetto della riforma del diritto societario del 2003, con l'ampliamento delle casi di riconoscimento del diritto, la introduzione di un particolare procedimento di liquidazione delle azioni, la assegnazione all'organo amministrativo del compito della determinazione del valore di liquidazione delle azioni medesime. La previgente disciplina, infatti, si limitava a stabilire che "I soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, o il trasferimento della sede sociale all'estero hanno diritto di recedere dalla società e di ottenere il rimborso delle proprie azioni secondo il prezzo medio dell'ultimo semestre, se queste sono quotate in borsa, o, in caso contrario, in proporzione del patrimonio sociale risultante dal bilancio dell'ultimo esercizio". La modificazione delle cause e delle modalità di esercizio del recesso è stata, dunque, espressamente prevista dalla legge delega quale uno degli obiettivi da raggiungere attraverso la emananda riforma; la lg. n. 366/2001, all'art. 4, comma nono, lett. d), delegava infatti il Governo, tra l'altro, a "d) rivedere la disciplina del recesso, prevedendo che lo statuto possa introdurre ulteriori fattispecie di recesso a tutela del socio dissenziente, anche per il caso di proroga della durata della società; individuare in proposito criteri di calcolo del valore di rimborso adeguati alla tutela del recedente, salvaguardando in ogni caso l'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali". Il legislatore delegato ha quindi provveduto ad introdurre nell'ordinamento una disciplina particolarmente articolata, con una novità che, si è osservato, sembra rappresentare, *"almeno in parte, un ritorno al passato"*, poiché *"il codice di commercio del 1882 (...) dava al recesso una veste sicuramente più ampia di quella che poi (anche grazie all'influsso della legislazione speciale del novecento) gli attribuì il codice del 1942"*, con una oscillazione che sembrerebbe attestare *"non solo e non tanto un diverso modo di valutare, in momenti storici ed in contesti socioeconomici diversi, lo stesso istituto, quanto piuttosto ad una difficoltà intrinseca di cogliere in esso una fisionomia unitaria e costante"*, che *"se infatti, da un lato, può valorizzarsi il recesso come strumento che consente il disinvestimento, e che quindi incentiva l'investimento (e questa è la dichiarata visione della riforma del 2003), dall'altro è evidente che il recesso esercita sempre una sicura forza disgregatrice"*, e *"questa intrinseca ambivalenza, comunque ineliminabile, (...) è la diretta responsabile di regole che sembrano in più punti peccare di coerenza, non riuscire a delineare un quadro di interessi ed obiettivi veramente univoco e preciso"*; così, V. DI

In quest'ottica, non sembra irragionevole affermare che la deliberazione che importi una modificazione dello statuto atta ad inserire nel corpo dello stesso una clausola che preveda la possibilità di porre in essere una assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento, concernendo direttamente i diritti di partecipazione del socio, implichi il riconoscimento, in capo allo stesso, ove assente o dissenziente, del diritto di recesso, esercitabile nei termini e con le modalità di cui all'art. 2437 *bis* e seguenti del codice civile.

Tanto, peraltro, in linea con la natura di diritto di *exit* ormai riconosciuta al diritto di recesso come configurato dopo la riforma del diritto societario, per cui esso sembrerebbe strutturarsi, in realtà, come il prezzo da pagarsi, da parte della maggioranza ed in favore della minoranza, per il compimento, anche a fronte dell'altrui dissenso, di operazioni reputate utili per la società, ma particolarmente significative – relativamente, come si diceva, alla valutazione delle condizioni di rischio – per le posizioni dei singoli soci¹³².

CATALDO, *Il recesso del socio di società di capitali*, in Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. III, Torino, 2007, p. 219 ss. Sul «nuovo» diritto di recesso, si vedano, *ex multis*, V. CALANDRA BONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 280 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *L'uscita volontaria del socio dalle società di capitali*, Milano, 2005; F. CHIAPPETTA, *Nuova disciplina del recesso di società di capitali: profili interpretativi e applicativi*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 487 ss.; A. DENTAMARO, *Il diritto al disinvestimento nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 41 ss.; M. STELLA RICHTER jr., *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 390 ss.

¹³² Si è affermato che, per effetto della introduzione della nuova disciplina, “quanto meno nelle società non quotate, il recesso cessa di essere – sempre e necessariamente – lo strumento più radicale di tutela offerto dall'ordinamento ai soci di minoranza a fronte e quale temperamento dell'introduzione del principio maggioritario per diventare, in misura crescente in proporzione al grado di espressione dell'autonomia statutaria in tema di ampliamento delle cause di recesso, una modalità di *exit* alternativa e sostitutiva di quella possibilità di facile e rapida monetizzazione della partecipazione che sussiste, invece, nelle società quotate”, così che, nelle società chiuse, “il recesso può di volta in volta assolvere sia la tradizionale funzione di strumento di reazione delle minoranze azionarie di fronte a comportamenti oppressivi dei soci di maggioranza, sia quella di mezzo per consentire ai soci il volontario esodo dalla società e la realizzazione del valore delle proprie azioni”; M. BIONE, *Informazione ed exit, brevi note in tema di recesso nella s.p.a.*, in Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Vol. III, Torino, 2007. D'altronde – si è ossevato – “sembra certo che la prima ragion d'essere delle nuove regole è nella volontà del sistema di favorire il disinvestimento del socio in ipotesi nelle quali le condizioni di rischio della società vengono a modificarsi in termini significativi per effetto di una decisione della maggioranza”; ciò che, invero, “era già la ragion d'essere esclusiva delle regole del codice del 1942”, per cui “il legislatore della riforma ha sviluppato questa linea, tranquillizzando anzi la maggioranza in ordine alla possibilità di imporre alla minoranza talune decisioni di particolare impegno (...); ha però previsto, anche per queste ipotesi, a tutela del socio dissenziente, un diritto di recesso”, che, però, “è stato apprestato solo in una serie di ipotesi (serie peraltro non chiusa, ma ampliabile per via statutaria), perché del resto un ampliamento eccessivo della facoltà di recesso priverebbe di effettività lo stesso principio di maggioranza”; così, V. DI CATALDO, *Il recesso del socio*, cit., p. 223.

7. L'assegnazione non proporzionale ai suoi estremi: il socio non conferente, il conferente non socio ed il divieto del patto leonino.

È necessario, a questo punto, porsi un ulteriore problema, la cui soluzione, in effetti, essendo strettamente connessa al tipo di ricostruzione dell'operazione cui si ritenesse di voler accedere, ragionevolmente si prospetta all'esito delle argomentazioni fin qui elaborate.

Una disamina dell'istituto della assegnazione di azioni in misura non proporzionale al conferimento non può infatti esimersi dall'affrontare il problema – di chiara importanza – della compatibilità dell'istituto medesimo con il cosiddetto “patto leonino”.

Come è noto, infatti, l'art. 2265 del codice civile sanziona con la nullità il patto con il quale “uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite”.

La disciplina della ripartizione dei guadagni e delle perdite, eventualmente rimessa alla determinazione di un terzo, è affrontata nei precedenti articoli 2263 e 2264 con la statuizione del prevalente criterio della proporzionalità: le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti; se il valore dei conferimenti non è determinato, esse si presumono eguali; se è determinata soltanto la parte di ciascun socio nei guadagni, nella stessa misura è presunta la partecipazione alle perdite.

Tale principio proporzionale, che ha da sempre costituito il baricentro del contratto societario, ne è stato però generalmente ritenuto soltanto una linea guida, dalla quale l'autonomia privata poteva liberamente discostarsi, sia, da una parte, offrendo a taluno dei soci una remunerazione più ampia di quella che gli sarebbe spettata in virtù di una rigida applicazione della proporzione conferimento/utile, con correlativo svantaggio degli altri soci che vedevano corrispondentemente ridursi la propria partecipazione ai

Secondo l'Autore, dunque, in conclusione, “*il ruolo complessivo del recesso appare quindi (...) multiforme*”, poiché “*esso vale ora da strumento di difesa del socio minoritario rispetto a decisioni prese dalla maggioranza e capaci di alterare sensibilmente le condizioni di rischio dell'impresa sociale (...), ora da strumento di dibattito e contrattazione endosocietaria, cioè di rinegoziazione del programma societario (...). In questo senso, lo si può dire istituto che è contemporaneamente strumento di exit e strumento di voice*”; IBIDEM, p. 224.

risultati positivi dell'attività sociale, sia, dall'altra, accordando a qualcuno dei soci stessi la possibilità di sopportare un minor rischio d'impresa, consentendogli di farsi carico di un eventuale risultato negativo dell'attività in misura inferiore a quanto effettivamente gli sarebbe effettivamente sarebbe dovuto toccare, ed anche qui naturalmente con correlativo sacrificio degli altri sodali, ai quali toccherà farsi carico di colmare col proprio apporto la perdita collettiva.

Il limite alla possibilità di derogare al criterio della proporzionalità è stato da sempre tradizionalmente fissato appunto nel divieto del cosiddetto patto leonino, felicemente riassunto nella lapidaria definizione dell'art. 2265: a nessuno dei soci è consentito fare la parte del leone, escludendo gli altri soci dagli utili o sottraendosi dal rischio dalle eventuali perdite.

È, d'altronde, la stessa natura del contratto di società ad esigerlo, posto che l'esercizio dell'attività economica dovrà necessariamente essere svolto in comune, quindi con l'apporto di tutti, senza prevaricazione di uno dei partecipanti sugli altri, e dovrà essere finalizzato allo scopo di dividere gli utili, e non di attribuirli soltanto a taluno di essi¹³³.

E però, alla luce della naturale evoluzione del diritto societario nei binari delle sempre più pressanti esigenze dell'attività di commercio in generale, nonché dei moderni meccanismi elaborati dalla prassi ed in grandissima misura recepiti dalla legge di riforma, viene oggi da chiedersi se il divieto del patto leonino, che continua

¹³³ Osserva infatti G. RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società, I – Le società in generale, la società di persone*, Cedam, Padova, 2000, pp. 274 – 275, che “sono ovvie le ragioni di tale nullità, che affonda le radici nella causa stessa del contratto di società”, poiché “un patto del genere trasformerebbe il contratto di società in un contratto di associazione in partecipazione”, per cui l’inserzione di un patto leonino provocherebbe, ad avviso dell’Autore, “la nullità del rapporto sociale limitatamente al socio escluso dalla partecipazione agli utili o alle perdite, secondo il principio della nullità parziale del contratto, di cui all’art. 1419 cod. civ.”, mentre “per il resto non c’è motivo di travolgere l’intero assetto contrattuale, a meno che si tratti di un socio la cui presenza sia determinante per l’esistenza della società”. Nel senso che la ragione della nullità sia da rinvenirsi nel contrasto del patto con l’essenza della società, altresì, G. FERRARA – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 14^a ed., Giuffrè, Milano, 2009, p. 252 ss., che infatti sottolinea come “non si può esser soci senza essere per ciò stesso partecipi dei risultati dell’attività sociale: d’altro canto è contraddittorio che un socio sia escluso dal partecipare ai guadagni, che corra il rischio di perdere il conferimento senza una utilità corrispondente, o che sia completamente escluso dalle perdite, per modo che possa conseguire un utile senza rischiar nulla” e che “la ragione della nullità non può non essere identica nelle due ipotesi”. Non così G. FERRI, *Le società*, op. cit., il quale invece ritiene che il divieto del patto di esonero di un socio dalle perdite risponda a considerazioni di ordine morale e politico. Sul patto leonino si veda anche, in generale, ABRIANI N., *Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994.

sicuramente a costituire - in quanto norma imperativa tuttora vigente – uno dei capisaldi in materia di società – non debba tuttavia essere riconsiderato e rivisitato dall’interprete per trovare una più adeguata collocazione nell’attuale panorama della normativa societaria.

Per quanto qui interessa, il patto leonino sembra andarsi ad intersecare con l’istituto della assegnazione non proporzionale nelle sue due ipotesi estreme, e dunque quella del socio non conferente e del conferente non socio, e cioè - come si è già avuto modo di esaminare - nel caso del soggetto al quale vengano assegnate delle azioni senza che egli apporti alcunché, in quanto il suo conferimento viene totalmente liberato da altri, e dell’altra ipotesi del soggetto che, pur apportando delle utilità imputabili, ed imputate, al capitale, non ne riceva in cambio alcuna azione e quindi, in definitiva, resti fuori della compagine sociale e non acquisisca quindi proprio la qualifica di socio.

Le due ipotesi, invero, e valga sottolinearlo fin da subito, hanno, al di là del gioco di parole che sembra *prima facie* assimilarle, ben poco d’altro in comune, ponendo problemi del tutto differenti, ciò per cui sembra opportuno che esse siano trattate separatamente.

Nella seconda ipotesi, dunque quella del soggetto conferente che però non diviene socio, si rinviene, come detto, un soggetto che apporta, ma non riceve in cambio alcuna azione della società, in quanto quelle azioni che a lui spetterebbero sono, col suo consenso ed anzi per sua stessa volontà, assegnate ad un altro soggetto (il quale fra l’altro - si osservi - potrebbe anche dal suo canto non eseguire alcun apporto imputabile a capitale, e potrebbe quindi essere, a sua volta, un socio non conferente, cosicché ben potrebbe accadere che le due figure vadano ad incrociarsi e sovrapporsi in un unico evento).

E però, se questa è la posizione del conferente non socio, che dunque è e rimane, per tutta l’operazione, esterno alla compagine sociale, allora dovrebbe dirsi che il divieto del patto leonino, per cui “è nullo il patto con cui uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite”, non venga neppure in rilievo, posto che, non acquisendo mai il conferente la qualifica di socio, egli si pone, per ciò stesso, al di fuori del perimetro di applicazione del divieto.

Vale a dire che, se alla stregua della statuizione normativa il patto leonino è quello con il quale “uno o più soci” sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite, non si può evidentemente parlare di una sua violazione, nel momento in cui il soggetto del quale si discute non faccia proprio parte della compagine sociale: in tal senso, il soggetto si limita a conferire, appunto, e resta fuori; le azioni vengono attribuite ad altro soggetto, ed è quest’ultimo il socio, così che potremmo per questi - come si è accennato sopra - valutare se si configuri l’altra e diversa ipotesi di socio non conferente, ma questa è, come ben evidente, questione del tutto diversa¹³⁴.

Più delicata, ed abbisognevole di più approfondita analisi, è invece l’altra ipotesi, quella, cioè, del socio non conferente.

Qui la definizione sembra impattare immediatamente nel divieto di legge, che far parte di una società e non rischiare nulla è esattamente ciò che il legislatore, da sempre, non vuole, e non vuole, si badi, non solo e non tanto per un motivo di giustizia sociale, perché non è lecito arricchirsi alle spalle altrui senza nulla apportare, ma ancor più perché chi versa in tale situazione, mette a rischio l’ordine economico generale, potendo essere invogliato ad operazioni avventate nella consapevolezza di poter al massimo dover sopportare un lucro cessante ma senza poter essere attinto comunque mai da un danno emergente¹³⁵.

Il che sembrerebbe, peraltro, confermato dalla definizione stessa del contratto di società, quale delineata dall’art. 2247 c.c.: “due o più persone *conferiscono*”¹³⁶.

¹³⁴ Come è stato, infatti, rilevato “*colui il quale libera il conferimento, o comunque ne assume l’impegno, non ‘partecipa’ al contratto di società, non diventa socio e non assume nessuno dei conseguenti obblighi; tali presupposti consentono di qualificare la sua implicazione nella fase costitutiva della società mediante il ricorso a schemi di diritto comune, quali l’adempimento del terzo o la delegazione*”; J. SODI, *L’assegnazione delle partecipazioni non proporzionale ai conferimenti nelle società di capitali*, Studio n. 148-2008/I, in Studi di Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato.

¹³⁵ Sul principio della necessaria correlazione tra rischio e potere, si veda, *supra*, capitolo II, §. 5.

¹³⁶ Sul punto, si è osservato che “*il richiamo all’art. 2247 non appare pertinente, in quanto la norma che esprime la nozione generale di società non impone affatto che i conferimenti provengano necessariamente da ciascun socio, e in ogni caso non si può escludere che la norma in commento abbia natura derogatoria rispetto all’ipotesi tipica (come avviene, rispetto ad altre parti della nozione societaria, ad esempio per le norme che consentono la costituzione di società uni personale, o per quella che consente alle imprese “sociali” di cui al d. lgs. 155/2006 di costituire società senza scopo di lucro)*”; M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO, *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d’Alessandro, vol. II, tomo 1, *Commento agli articoli 2325 – 2379 ter del Codice Civile*, Piccin, Padova, 2010, sub art. 2346 c.c., p. 210.

E però vi è da chiedersi se non sia opportuno, e forse addirittura necessario, oggi, nel diritto commerciale più recente, esaminare la disciplina dei conferimenti da un nuovo angolo visuale.

Ed infatti, si noti, non è sempre vero che si diviene soci soltanto effettuando un conferimento: l'art. 2349 c.c., per esempio, espressamente prevede l'assegnazione di utili ai prestatori di lavoro dipendenti delle società o di società controllate mediante l'emissione, per un ammontare corrispondente agli utili stessi, di speciali categorie di azioni da assegnare individualmente ai prestatori di lavoro, con un correlativo aumento del capitale sociale¹³⁷.

Ed è forse proprio questo lo spunto da cui prendere le mosse per tentare di affrontare la questione di quella che ben si potrebbe chiamare "apparente" mancanza di un conferimento, che si registrano, in effetti, nel sistema, ipotesi nelle quali in realtà vi è comunque un conferimento, o quantomeno un apporto, ma non è di immediata percezione, non corrispondendo al concetto tradizionale che di conferimento, o di apporto, si è abituati a mantenere.

Nel caso dei prestatori di lavoro, l'apporto potrà allora rinvenirsi nel migliore risultato produttivo apportato alla società, ciò che giustificherebbe, allora, l'assegnazione delle azioni ai sensi dell'art. 2349 c.c.

Non diversamente potrebbe avvenire nel caso che ci interessa: può esattamente darsi, infatti, l'ipotesi, per molti versi affine a quella testé esaminata, per cui vengano apportate in società utilità non direttamente imputabili a capitale, ovvero proprio quelle utilità che la Relazione afferma di voler assicurare all'impresa, in quanto "elementi utili per la sua attività", seppure "non corrispondenti ai requisiti richiesti per la loro imputazione al capitale".

Potrebbe quindi trattarsi di un apporto d'opera, o magari di un apporto di *know-how*, o talora persino del solo nome o della sola persona del socio, che gli altri

¹³⁷ Reca tale esempio, affermando anche come "su di un altro piano, ed accettando una definizione più ampia e meno restrittiva del concetto di "conferimento", si potrebbero escludere dalla censura avanzata tutte le ipotesi nelle quali il socio non conferente, pur non conferendo in senso tecnico alcunché nella società, si impegna comunque ad effettuare un apporto non computabile nel capitale nominale a favore della stessa", J. SODI, L'assegnazione delle partecipazioni non proporzionale ai conferimenti nelle società di capitali, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 148 – 2008/I, consultabile su www.notariato.it.

potrebbero avere interesse ad avere all'interno della compagine sociale per i più svariati motivi (ragioni di immagine, pubblicitarie, di *lobbying*); una partecipazione che, quindi, non sarà certamente quantificabile in termini strettamente monetari ma che non per questo appare priva di un proprio significato economico.

Poniamoci infatti dal punto di vista del socio che apporta in società il proprio nome: è possibile, in tale caso, giungere ragionevolmente ad affermare che sarà per lui del tutto indifferente il futuro andamento della società, e che in tal caso, non avendo effettuato un conferimento imputabile a capitale, egli non avrà nulla da perdere?

Potrebbe, in effetti, sostenersi esattamente l'opposto, e cioè che, con l'andamento negativo dell'impresa sociale questo socio, col tracollo del suo nome e della sua fama, potrà infine venire a perdere molto di più di coloro che avranno fatto semplicemente un conferimento in denaro, avendo peraltro potuto quanto meno calcolare in anticipo l'ammontare preciso del proprio rischio.

E d'altronde, se è vero che, pur non imputando tali apporti a capitale, la società può avvantaggiarsi, alla stregua dell'art. 2346 c.c., di elementi utili di altro tipo, dovrà, per converso, riconoscersi che anche il (possibile) vanificarsi di tali utilità costituisca, per chi le ha apportate, una (possibile) partecipazione alle perdite, tale da far venir meno la paventata violazione del divieto del patto leonino.

E per altro verso, a ben vedere, una perdita comunque c'è, posto il socio al quale sono state assegnate le azioni, vede comunque ridotto, o del tutto azzerato, il valore di esse, ciò per cui in effetti si registra, nel suo patrimonio, un reale danno economico¹³⁸.

Dunque, ampliando la visuale, ed analizzando il fenomeno – come la riforma vuole – nel suo quadro di insieme, potrà allora rilevarsi come, nella ipotesi che ci occupa, non sia neanche vero che a fronte di un eventuale esito negativo dell'attività sociale non vi sia depauperamento alcuno, ma che, al contrario, la perdita vi sia comunque, apparendo, anzi, paradossalmente duplicata poiché essa si rifletterà, da un lato, nel patrimonio di colui che ha liberato le azioni, e, dall'altro, nel patrimonio di colui al quale quelle azioni sono state assegnate.

Da un punto di vista strettamente pratico, sembra, allora, assai più problematica, ai fini che ci occupano, la posizione di un normale donatario di azioni sociali, già

¹³⁸ Così, anche G.A. RESCIO, *Distribuzione di azioni*, op. cit., p. 112.

interamente liberate, il quale, proprio per aver ricevuto tale partecipazione a titolo gratuito, in definitiva non rischia davvero nulla: non è, è vero, tecnicamente esonerato dalle perdite, ma alla fine dei conti, praticamente, non ci rimette alcunché.

Nel perimetro così tracciato, pare quindi potersi concludere che nell'ipotesi del socio non conferente non ricorra, quanto meno in linea generale, una violazione del divieto del patto leonino, ma debba intendersi invece realizzato l'obiettivo, fissato dalla legge delega, di *“consentire ai soci di regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali”*.

BIBLIOGRAFIA

1. AA.VV., *Il nuovo diritto societario, Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, a cura di A. Genovese, Giappichelli, Torino, 2004;
2. AA.VV., *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, Jovene, Napoli, 2004;
3. ABRIANI N., *Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994;
4. ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali, Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006;
5. ANGELICI C., *La costituzione della s.p.a.*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, Torino, 1985, p. 260 ss.;
6. ANGELICI C., *Parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, pp. 1 – 22;
7. ASCARELLI T., *Problemi giuridici*, voll. I - II, Milano, 1959;
8. ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti e F. Vella, Bologna, 2006;
9. AZZARITI F.S. – MARTINEZ G. – AZZARITI G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, V ed., Padova, Cedam, 1969;
10. BIONE M., *Informazione ed exit, brevi note in tema di recesso nella s.p.a.*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Vol. III, Torino, 2007;
11. BUONOCORE V., *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003;
12. BUONOCORE V., *Principio di uguaglianza e diritto commerciale*, in *Giur. Comm.*, I, 2008, p. 551 ss.
13. BUSI C.A., *La riforma delle società, s.p.a. – s.r.l., operazioni sul capitale*, Milano, 2004;
14. CALANDRA BONAURA V., *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 291 ss.;
15. CALLEGARI M., *Le azioni e le regole di circolazione*, ne *La riforma delle società*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003;
16. CASTELLANO M., *Riserve e organizzazione patrimoniale nella società per azioni*, Milano, 2000;
17. CHIAPPETTA F., *Nuova disciplina del recesso di società di capitali: profili interpretativi e applicativi*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 487 ss.;
18. CIAN M., *Gli strumenti finanziari di s.p.a.: pluralità delle fattispecie e coordinamento delle discipline*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 389 ss.;
19. CORAPI D., *La riforma italiana delle società di capitali: modelli continentali, modelli di common law e modello comunitario*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, per *I Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2004, p. 75 ss.;
20. COSTI R., *Strumenti finanziari partecipativi e non*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 1, Torino, 2007, p. 727 ss.;
21. COTTINO G., *Contrattualismo e istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. Soc.*, 2005, p. 639 ss.
22. D'ALESSANDRO F., *«La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata». Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. Soc.*, I, 2003, p. 34 ss.;
23. D'ATTORRE G., *Il principio di uguaglianza tra soci nelle società per azioni*, per *I Quaderni di Giur. Comm.*, Milano, 2007;
24. DELLI PRISCOLI L., *L'uscita volontaria del socio dalle società di capitali*, Milano, 2005;

25. DENTAMARO A., *Il diritto al disinvestimento nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 41 ss.;
26. DI CATALDO V., *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. III, Torino, 2007, p. 219 ss.;
27. DI FABIO M., *Il procedimento di omologazione dopo la riforma del diritto societario e l'intervento del Notaio*, in *Riv. Not.*, 2008, p. 237 ss.;
28. DIMUNDO F., sub art. 2346, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, 2003;
29. FERRARA G. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, 14^a ed., Giuffrè, Milano, 2009;
30. FERRARINI G., «Un'azione – un voto»: un principio europeo?, in *Riv. Soc.*, 2006, p. 24 ss.;
31. FERRI, *Le società*, in *Trattato di dir. civ. it.*, X, 3, 1987;
32. FERRI jr. G., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. Dir. Comm.*, I/2003, 805;
33. FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, 2001;
34. FERRO LUZZI P., *La «diversa assegnazione delle azioni»*, (art. 2346, comma 4^o, c.c.), in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, p. 583 ss.;
35. FERRO LUZZI P., *Riflessioni sulla riforma; I: La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 697 ss.;
36. FOIS C., *L'autonomia statutaria e i suoi limiti*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, per *I Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2004, p. 107 ss.;
37. FORTUNATO S., *Dall'omologazione alla verifica notarile*, in *Giur. Comm.*, 2001, I, p. 539 ss.;
38. FRÈ G., *Società per azioni*, in *Commentario del Codice civile* a cura di a. Scialoja e G. Branca, artt. 2325 – 2461, Zanichelli, 4^a ed., Bologna, 1972;
39. GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, 2^a ed., Milano, 2002;
40. GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001;
41. GAMBINO A., *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, p. 42 ss.;
42. GIANNELLI G., *Sulla competenza a deliberare l'emissione di strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 166 ss.;
43. GRAZIANI A., MINERVINI G., BELVISO U., *Manuale di diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2004;
44. IBBA C., *In tema di autonomia statutaria e norme inderogabili*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, per *I Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2004, p. 155 ss.;
45. IBBA C., *Il controllo sull'iscrivibilità degli atti d'impresa dopo la legge 340 del 2000*, in *Riv. Not.*, 2001, I, p. 323 ss.;
46. LIBERTINI M., *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2/2008, p. 198 ss.;
47. LIBERTINI M. – MIRONE A. – SANFILIPPO P.M., *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, vol. II, tomo 1, Commento agli articoli 2325 – 2379 ter del Codice Civile, Piccin, Padova, 2010, sub art. 2346 c.c., p. 199 e ss.
48. LO IACONO G. – MARCOZ G., *Assegnazione non proporzionale e sottoscrizione di azioni di s.p.a.*, in *Riv. Not.*, 2008, p. 307 ss.;
49. MAGLIULO F., *L'assegnazione di partecipazioni sociali in misura non proporzionale al conferimento*, in *Notariato*, n. 6/2003, p. 638 ss.;

50. MAGLIULO F., *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, collana diretta da G. Taurini, Milano, 2004;
51. MUCCIARELLI G., *Il sovrapprezzo delle azioni*, Milano, 1997;
52. MARASÁ G., *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*, *Scritti*, Padova, 2005;
53. MORERA U., *Dall'«omologazione» del Tribunale all'«omologazione» del notaio; prime riflessioni sull'art. 32, L. n. 340 del 2000*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 292 ss.;
54. MORERA U., *L'omologazione degli statuti di società*, Milano, 1988;
55. NOTARI M., *Azioni e strumenti finanziari: confini delle fattispecie e profili di disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, p. 542;
56. OPPO G., *Eguaglianza e contratto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, pp. 629 – 656;
57. OPPO G., *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, p. 7 ss.;
58. PAVONE LA ROSA A., *Il controllo degli atti societari per l'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, II, 101 ss.;
59. PAVONE LA ROSA A., *Il registro delle imprese*, Milano, 1954;
60. POMELLI A., *Rischio d'impresa e potere di voto nella società per azioni: principio di proporzionalità e categorie azionarie*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, p. 510 ss.;
61. POMPONIO L., *Contributo alla ricostruzione teorico – pratica delle assegnazioni di azioni e quote non proporzionali*, in *Società*, 9/2007, p. 1070 ss.;
62. RAGUSA MAGGIORE G., *Trattato delle società, I – Le società in generale, la società di persone*, Cedam, Padova, 2000;
63. RESCIGNO P., *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1959, pp. 1515 – 1532;
64. RESCIO G.A., *Distribuzione di azioni non proporzionali ai conferimenti effettuati dai soci di s.p.a.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. Benazzo, S. Patriarca e G. Presti, Milano, 2003, p. 103;
65. ROSSI G. – STABILINI A., *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 1 ss.;
66. SACCHI R., *Autonomia statutaria, competizione fra ordinamenti e giurisprudenza comunitaria*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, per *I Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2004, p. 157 ss.;
67. SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975;
68. SALAFIA V., *I limiti della funzione omologatoria del Tribunale dopo la novella della L. n. 340*, in *Società*, 2001, p.1244 ss.;
69. SALAFIA V., *Limiti del divieto di distribuzione della riserva da sovrapprezzo azioni*, in *Società*, 2002, p. 173 ss.;
70. SALVATO F., *Dalla omologazione giudiziaria alla «omologazione» notarile: profili problematici della nuova disciplina del controllo di legalità degli atti societari*, in AA.VV., *Il controllo notarile sugli atti societari*, Milano, 2001;
71. SALVATO L., *Osservazioni sulla «rettifica» da parte dei contraenti o dell'assemblea degli atti societari soggetti ad omologazione*, in *Riv. soc.*, 1995, pp. 940 ss.;
72. SANTORO V., *Commento art. 2346*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, vol. 2/I, p. 129 ss.;
73. SIMONETTO E., *L'apporto nel capitale di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958, I, 12;
74. SODI J., *L'assegnazione delle partecipazioni non proporzionale ai conferimenti nelle società di capitali*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 148 – 2008/I, consultabile su www.notariato.it;
75. SPADA P., *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 127 – 2006/I, consultabile su www.notariato.it;

76. SPADA P., *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1985, I, p. 95 ss.;
77. SPADA P. – SCIUTO M., *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato Colombo Portale*, Torino, 2004;
78. STAGNO D'ALCONTRES A., sub *art. 2346*, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. Niccolini ed A. Stagno d'Alcontres, vol. I, p. 251 ss.;
79. M. STELLA RICHTER jr., *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 390 ss.;
80. TASSINARI F., *I conferimenti e la tutela dell'integrità del capitale sociale*, in C. CACCAVALE, F. MAGLIULO, M. MALTONI, F. TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003;
81. TOMBARI U., *Gli strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 212 ss.;
82. TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Il nuovo diritto societario, Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, a cura di A. Genovese, Torino, 2004, p. 25 ss.;
83. TORRENTE A., *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1956;
84. VASSALLI F., *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, p. 230 ss.
85. WEIGMANN R., *Luci ed ombre del nuovo diritto societario*, in *Società*, 2003, p. 7 ss.;
86. ZANARONE G., *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, p. 56 ss.;