

Aumento di capitale

Sottoscrizione dell'aumento di capitale e diritto del curatore di pretendere l'adempimento dei soci

Cassazione civile, Sez. I, 1° dicembre 2011, n. 25731 - Pres. Fioretti - Est. Zanichelli - P.M. Apice - C.M.S. S.p.a. fallita c. SIR S.r.l.

Fallimento - Dichiarazione - Soggetti - Società a responsabilità limitata - Versamenti dei soci - Duplice aumento di capitale

(legge fallimentare art. 150; cod. civ. art. 2438)

Nel contesto del fallimento di una S.p.a. e in presenza di due successivi aumenti di capitale, il giudice delegato può ingiungere ai soci sottoscrittori del secondo aumento di capitale di eseguire integralmente i versamenti ancora dovuti sulle azioni anche nel caso i versamenti relativi al primo aumento di capitale non siano stati integralmente effettuati, non potendosi ritenere illecita la seconda deliberazione di aumento di capitale in assenza di totale liberazione delle azioni rivenienti dal primo aumento di capitale, perché è la sola esecuzione della deliberazione di aumento del capitale subordinata alla liberazione delle azioni emesse in seguito a un precedente aumento di capitale e non già la mera deliberazione assembleare (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).

I ricorsi principale e incidentale debbono essere riuniti in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

Con il primo motivo del ricorso principale si contesta il principio applicato dalla Corte d'appello secondo il quale la mancata liberazione delle azioni emesse in occasione di una precedente delibera di aumento di capitale comporterebbe la nullità di quella concernente un ulteriore aumento che secondo la ricorrente sarebbe invece pienamente valida, dovendosi subordinare la sola esecuzione della delibera stessa all'integrale liberazione delle azioni in precedenza emesse.

La censura è fondata. La questione circa l'interpretazione dell'art. 2438 c.c. nella formulazione vigente *ratione temporis* secondo cui "non si possono emettere nuove azioni fino a che quelle emesse non siano interamente liberate" è stata oggetto di valutazioni diverse sia nella giurisprudenza di merito che in dottrina ma ritiene il Collegio che debba essere privilegiata quella secondo cui è la sola esecuzione della deliberazione di aumento del capitale a dover essere subordinata alla liberazione delle azioni emesse in seguito ad un precedente aumento e non già la mera deliberazione assembleare avente ad oggetto quello ulteriore.

Tale opzione interpretativa, che trova una prima confer-

ma già sul piano letterale della disposizione previgente in quanto il termine "emissione" si attaglia maggiormente alla fase della sottoscrizione e della attribuzione dei titoli che non a quella della deliberazione dell'aumento, nonché nella *ratio*, che è quella di evitare il ricorso ad ulteriori forme di finanziamento quando può essere utilizzato il capitale già giuridicamente disponibile, ne trova una ulteriore di decisivo spessore nella modifica dell'art. 2438 c.c. operata con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

La nuova formulazione, che chiarisce inequivocabilmente che è la sola esecuzione della delibera di aumento di capitale che non è consentita fino a quando le azioni in precedenza emesse non sono integralmente liberate, non può non essere vista che in un'angolazione di continuità con la precedente disciplina, e quindi in funzione sostanzialmente interpretativa, non essendovi alcun elemento sistematico che induca a ritenere che il legislatore abbia optato per un mutamento di regime e anzi dovendosi presumere, in difetto di precise diverse indicazioni ermeneutiche, che il medesimo, allorquando interviene modificando testi preesistenti con formulazioni non dissonanti, si muova per successivi affinamenti e integrazioni piuttosto che in un'ottica di discontinuità.

Esclusa dunque l'illiceità della delibera di aumento di capitale la successiva condotta degli amministratori della

C.M.S. S.p.a., che in violazione del divieto di emissione di nuove azioni in difetto di liberazione di quelle già emesse hanno dato corso alla sottoscrizione dell'aumento, non rende viziata quest'ultima, come dimostra la precisazione contenuta nella vigente formulazione secondo cui dalla condotta non conforme al precetto in questione deriva unicamente la responsabilità degli amministratori per danni eventualmente arrecati ai soci e ai terzi mentre restano salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni, circostanza questa che esclude la valenza pubblicistica del divieto.

Ne consegue che l'obbligazione assunta dal dante causa della S.I.R. S.r.l. con la sottoscrizione dell'aumento è pienamente valida e si è trasferita a quest'ultima, acqui-

rente delle azioni non liberate, con conseguente diritto del curatore di pretendere l'adempimento (art. 150 l.fall.).

La fondatezza del motivo comporta l'assorbimento di quelli ulteriori e anche del ricorso incidentale, dovendosi procedere a nuova statuizione sulle spese.

Il ricorso principale deve dunque essere accolto e cassata la sentenza impugnata.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa può essere decisa nel merito e pertanto rigettata l'opposizione al decreto ingiuntivo.

La novità della questione induce alla compensazione integrale tra le parti delle spese dell'intero giudizio.

(*Omissis.*)

Aumento di capitale e precedente debito da conferimento nel fallimento delle società di Valerio Sangiovanni

In merito al principio secondo cui non si può eseguire un aumento di capitale fino a quando non siano state interamente liberate le azioni precedentemente emesse la Corte statuisce che il divieto riguarda solo l'esecuzione dell'aumento di capitale e non la previa deliberazione assembleare, sicché la deliberazione deve reputarsi valida e vincolante per i soci che hanno sottoscritto le azioni offerte in sede di aumento. L'Autore condivide nella sostanza la massima della Cassazione, basata sul nuovo e chiaro testo dell'art. 2438 c.c., pur manifestando qualche perplessità rispetto alla *ratio* della disposizione e alla scelta di politica legislativa di consentire deliberazioni di aumento di capitale quando non sono state interamente liberate le azioni già in circolazione.

1. Fatti di causa e normativa di riferimento

Una volta dichiarato il fallimento di una società (1), il curatore si trova nella necessità di reperire i mezzi necessari a soddisfare i creditori sociali. Tali risorse sono rappresentate dal patrimonio della società, che si compone peraltro anche di crediti. Fra i crediti della società vanno elencati non solo i crediti nei confronti dei terzi, ma anche quelli nei confronti dei soci per i conferimenti promessi in sede di costituzione oppure di aumento del capitale ma non ancora integralmente effettuati. Nel caso di specie, la società fallita è una S.p.a., il cui curatore conviene in giudizio uno dei suoi soci, una S.r.l. Questa S.r.l. aveva acquistato azioni della S.p.a. dal suo precedente titolare, azioni che però non erano state integralmente liberate. La Corte di cassazione ritiene che la S.r.l. sia obbligata a liberare le azioni che il suo dante causa aveva sottoscritto senza pagare integralmente.

Le disposizioni al centro della sentenza in commento sono due, una di diritto societario (art. 2438 c.c.) e una di diritto fallimentare (art. 150 l.fall.). Della prima di tali norme la Corte di cassazione ha fat-

to applicazione nella versione vigente prima della riforma del diritto societario del 2003, la quale stabiliva che non si possono emettere nuove azioni fino a che quelle emesse non siano interamente liberate (2). L'art. 150 l.fall. prevede dal canto suo che

Note:

(1) In materia di fallimento delle società cfr., fra i molti, L. Abete, *Il fallimento delle società*, in *Dir. fall.*, 2001, I, 1134 ss.; E. Civera, *Fusione e fallimento della società incorporata: una storia infinita?*, in *Società*, 2011, 23 ss.; F. Fimmanò, *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 724 ss.; V. Sangiovanni, *Obbligazioni e titoli di debito nel fallimento delle società*, in questa *Rivista*, 2010, 1229 ss.; F. Signorelli, *Società di fatto, holding e fallimento*, in questa *Rivista*, 2011, 567 ss.

(2) Siccome la sentenza della Corte di cassazione in commento si fonda sull'interpretazione dell'art. 2438 c.c. nella versione previgente e in quella attuale, è opportuno riprodurre i due testi per facilitare al cortese lettore il confronto fra i due dettati normativi. L'art. 2438 c.c. nella versione previgente recitava: «non si possono emettere nuove azioni fino a che quelle emesse non siano interamente liberate». La nuova versione dell'art. 2438 c.c. risulta sdoppiata in due commi, così formulati: «un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano interamente liberate. In caso di violazione del precedente comma, gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni arrecati ai soci ed ai terzi. Resta-
(segue)

nel fallimento delle società con soci a responsabilità limitata il giudice delegato può, su proposta del curatore, ingiungere con decreto ai soci a responsabilità limitata e ai precedenti titolari delle quote o delle azioni di eseguire i versamenti ancora dovuti, quantunque non sia scaduto il termine per il pagamento. Il socio di S.p.a. risponde limitatamente al patrimonio della società e non può essere assoggettato a fallimento (3). Del patrimonio della società fanno però parte anche i crediti che la società vanta nei confronti dei soci. Di qui il potere-dovere del curatore di esigere che gli azionisti liberino le azioni che non sono state ancora integralmente pagate.

2. La capitalizzazione reale delle società e il rischio di fallimento

L'appropriata comprensione della sentenza della Corte di cassazione impone di esaminare sia i profili fallimentari sia quelli societari della fattispecie. Non possiamo esimerci da un seppur breve esame degli aspetti societari in quanto il corretto apprezzamento delle conseguenze fallimentari della non integrale liberazione delle azioni esige la previa analisi delle modalità operative di realizzazione degli aumenti di capitale. Inizieremo con l'esame dei profili societari, volendo rispettare la sequenza temporale degli eventi, che vede dapprima la costituzione di una società, dotata tuttavia di mezzi propri insufficienti (che non vengono forniti nemmeno in seguito a un posteriore aumento di capitale), e successivamente il fallimento della medesima, riconducibile anche alla sua sottocapitalizzazione. Evidenzieremo come proprio lo scarso apporto di risorse dei soci, quantunque promesso in sede di costituzione (ed eventualmente di aumento di capitale), possa essere una delle cause dell'insufficiente attivo.

In via preliminare è utile rilevare che i soci finanziano la società dapprima mediante i conferimenti iniziali, in sede di costituzione della società (4). Se la società funziona bene, nel corso degli anni verranno prodotte risorse che consentono all'impresa di auto-finanziarsi senza necessità di aumenti di capitale. Siccome il nostro ordinamento non prescrive, almeno espressamente, una relazione fra l'importanza dell'attività commerciale-industriale svolta e l'ammontare del capitale sociale, si tratta di una delle ragioni per cui le società italiane tendono a essere sottocapitalizzate. Tuttavia, a fronte della condizione migliore (quella della società che riesce ad auto-finanziarsi) può verificarsi anche lo scenario in cui l'impresa ha bisogno di nuovi fondi per procedere nello svolgimento della propria attività.

Nel caso in cui la società non disponga più di sufficienti risorse proprie, bisogna provvedere a finanziarla e, salvo il caso del ricorso a finanziamenti esterni, i soci vengano chiamati a finanziare ulteriormente la società mediante la sottoscrizione di un aumento di capitale (5). A queste condizioni si può già avere una situazione di tensione finanziaria che, se non adeguatamente affrontata, può portare anche all'insolvenza della società.

Note:

(segue nota 2)

no in ogni caso salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni emesse in violazione del precedente comma». Sul divieto di esecuzione dell'aumento di capitale fino a integrale liberazione delle azioni precedentemente emesse cfr. R. Benassi, *Commento all'art. 2438*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, 2ª ed., Padova, 2011, 1060 s.; L. Gaffuri, *Il limite dell'art. 2438 c.c. all'emissione di nuove azioni*, in *Riv. soc.*, 1989, 799 ss.; A. Postiglione, *Commento all'art. 2438*, in *Codice commentato delle società*, a cura di N. Abriani-M. Stella Richter, Torino, 2010, 1658 ss.

(3) Un discorso diverso vale per i soci illimitatamente responsabili, nei tipi societari che prevedono questa categoria di soci (art. 147 l.fall.). In materia cfr. in particolare M. Arato, *L'estensione dell'amministrazione straordinaria ai soci illimitatamente responsabili*, in questa *Rivista*, 2000, 964 ss.; M. Fabiani, *Riflessi costituzionali del nuovo assetto degli organi giurisdizionali del fallimento e procedimento di estensione del fallimento del socio*, in questa *Rivista*, 2010, 1170 ss.; G. Lo Cascio, *Inammissibilità dell'estensione del concordato preventivo ai soci illimitatamente responsabili: una decisione sofferta della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2002, 49 ss.; A. Patti, *La gestione del fallimento sociale e dei soci tra comunanza e separazione patrimoniale*, in questa *Rivista*, 2007, 355 ss.

(4) La S.p.a. deve ovviamente essere adeguatamente finanziata al fine di poter svolgere l'attività commerciale o industriale che ne costituisce l'oggetto sociale e il relativo patrimonio può provenire dai soci oppure dai terzi. Non ci occuperemo tuttavia nel prosieguo delle risorse che provengono dai terzi (in particolare mediante la sottoscrizione di obbligazioni), per concentrare invece la nostra attenzione sui rapporti finanziari fra soci e società. Sulle obbligazioni nella S.p.a. v. D. Boggiali-A. Ruotolo, *Rilevanza delle riserve da rivalutazione ai fini del calcolo del limite quantitativo all'emissione di obbligazioni ex art. 2412 c.c.*, in *Studi e materiali*, 2011, 667 s.; P. Ferro-Luzzi, *Il limite all'emissione di obbligazioni (art. 11, comma 1, lett. a, l. n. 262 del 2005)*, in *Riv. soc.*, 2007, 252 ss.; S. Rizzini Bisinelli, *Inesistenza della delibera dell'assemblea degli obbligazionisti*, in *Società*, 2007, 45 ss.; V. Sangiovanini, *Rimborso del prestito obbligazionario e conflitto fra obbligazionisti*, in *Giur. mer.*, 2011, 1857 ss.; P. Sarale, *Obbligazioni di serie diverse, assemblea degli obbligazionisti e questioni in tema di invalidità delle deliberazioni*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 555 ss.

(5) In tema di aumento del capitale cfr. la monografia di E. Ginevra, *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle s.p.a.*, Milano, 2001. V. inoltre E. E. Bonavera, *Sottoscrizione dell'aumento di capitale da parte dell'usufruttuario*, in *Società*, 2010, 1196 ss.; A. De Prà, *Aumento del capitale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 723 ss.; P. Divizia, *I termini per la sottoscrizione dell'aumento oneroso di capitale nella società per azioni*, in *Notariato*, 2010, 543 ss.; G. Festa Ferrante, *Natura giuridica e vicende dei versamenti collegati ad operazioni di aumento oneroso del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2010, I, 1301 ss.; G. Iaccarino, *Aumento del capitale sociale mediante compensazione del debito nascente dalla sottoscrizione con il credito per la restituzione del prestito vantato dal socio verso la società*, in *Società*, 2011, 936 ss.

La legge pone però dei limiti alla possibilità di effettuare aumenti di capitale: un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano interamente liberate (art. 2438, primo comma, c.c.). Per comprendere questa norma bisogna partire dalla considerazione che le azioni non devono essere necessariamente liberate al momento della loro sottoscrizione. Al contrario: alla sottoscrizione dell'atto costitutivo deve essere versato presso una banca solo e almeno il venticinque per cento dei conferimenti in danaro (art. 2342, secondo comma, c.c.). Su richiesta degli amministratori, i soci sono poi obbligati - quando ne sorgerà l'esistenza - a completare il pagamento dei conferimenti promessi. Se il socio non esegue i pagamenti dovuti, gli amministratori, se non ritengono utile promuovere l'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 (art. 2344, primo comma, c.c.). I conferimenti non devono essere effettuati immediatamente nella loro totalità in quanto l'esigenza di risorse per la società può essere graduata nel tempo e non appare sensato costringere i soci a pagare tutto subito: spetterà agli amministratori chiedere la liberazione delle azioni, quando ne sorgerà l'esigenza. Rimane fermo tuttavia l'obbligo dei sottoscrittori di pagare interamente le azioni in caso di bisogno. Questo stesso meccanismo (obbligo parziale di effettuazione dei conferimenti, salva successiva richiesta degli amministratori di completarlo) opera anche in caso di aumento di capitale. 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 (art. 2439, primo comma, c.c.). Può pertanto capitare che il capitale sia stato sì interamente sottoscritto, ma che i sottoscrittori abbiano effettuato pagamenti solo parziali. Si tratta proprio del caso affrontato dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento: un precedente aumento di capitale non era stato perfezionato con l'integrale pagamento delle azioni (6).

La separazione appena illustrata fra la promessa di pagamento e l'effettivo pagamento (che può poi non esserci) è alla base della frequente scarsa effettiva patrimonializzazione di numerose società italiane. Nel momento in cui le risorse non bastano per la realizzazione dell'oggetto sociale, se i soci non rispettano gli obblighi assunti di liberazione delle azioni si può verificare l'insolvenza della società.

3. Il problema dell'aumento di capitale in presenza di azioni non liberate

Il problema centrale affrontato dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento concerne la validità della deliberazione di aumento di capitale decisa quando le azioni rivenienti da un precedente aumento di capitale non sono ancora state integralmente liberate. Il mancato versamento di quanto dovuto ha condotto la società a difficoltà finanziarie, determinandone infine la dichiarazione di fallimento.

Per cercare di comprendere la *ratio* dell'art. 2438 c.c. è opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sul procedimento di aumento di capitale, distinguendo accuratamente fra "deliberazione", ed "esecuzione" del medesimo. Al riguardo una differenziazione che va operata in via del tutto preliminare concerne i soggetti protagonisti, rispettivamente, della "deliberazione" e della "sottoscrizione" dell'aumento del capitale: la deliberazione di aumento è atto dell'assemblea (o, in determinati casi, degli amministratori), mentre la sottoscrizione è atto dei soci. Volendo semplificare, si può dire che la deliberazione è la proposta della società di aumentare il capitale sociale, mentre la sottoscrizione è l'accettazione di tale proposta (7).

Con riguardo alla *fase deliberativa*, l'aumento di capitale presuppone anzitutto una deliberazione. Di norma il relativo potere deliberativo spetta all'assemblea: si deve trattare addirittura di assemblea straordinaria, in quanto l'aumento di capitale configura una modificazione dello statuto (art. 2365, primo comma, c.c.). La legge legittima peraltro in alcuni casi gli amministratori a deliberare l'aumento senza passare tramite previa decisione assembleare (8). Vuoi che la decisione venga assunta dall'as-

Note:

(6) Il caso affrontato dalla Corte di cassazione è reso più complesso dal fatto che le azioni della società erano state acquistate dal nuovo socio dal suo precedente titolare. La responsabilità in caso di trasferimento di azioni non liberate è disciplinata dall'art. 2356 c.c. Trova applicazione il disposto secondo cui coloro che hanno trasferito azioni non liberate sono obbligati in solido con gli acquirenti per l'ammontare dei versamenti ancora dovuti, per il periodo di tre anni dall'annotazione del trasferimento nel libro dei soci (art. 2356, primo comma, c.c.). Nel caso di specie il giudice delegato si limita a rivolgersi al nuovo socio.

(7) Sul punto si è espressa Cass., 19 ottobre 2007, n. 22016, affermando che l'obbligo di versamento per il socio deriva non dalla deliberazione, ma dalla distinta manifestazione di volontà negoziale, consistente nella sottoscrizione della parte del nuovo capitale offertagli in opzione, cioè indipendentemente dall'aver egli concorso o meno con il proprio voto alla deliberazione di aumento.

(8) Il riferimento è alla disposizione dell'art. 2443 c.c. secondo cui lo statuto può attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare in una o più volte il capitale fino a un ammontare deter-

(segue)

semblea vuoi che venga assunta dagli amministratori, ciò che conta rilevare - ai fini della nostra analisi - è che l'assemblea o gli amministratori che decidono l'aumento di capitale svolgono inizialmente una funzione meramente deliberativa e non eseguono l'aumento.

Alla fase deliberativa, fa però seguito la *fase esecutiva*: l'aumento deve essere eseguito, nel senso che dei soggetti devono sottoscriverlo. L'esecuzione dell'aumento presuppone difatti che si trovi qualcuno, attuali soci oppure terzi, disponibile a sottoscrivere l'aumento. In prima istanza le azioni sono offerte in opzione ai soci attuali (art. 2441 c.c.) (9). Così facendo si consente a chi è già socio di mantenere la propria percentuale di capitale sociale, senza diluire la quota detenuta. Chi sottoscrive l'aumento di capitale compra le azioni della società (paga inoltre subito, almeno parzialmente, il corrispettivo previsto) e diventa socio della medesima. Lo svolgimento della fase esecutiva è di competenza degli amministratori, quali soggetti preposti a eseguire le deliberazioni assembleari e a rappresentare la società nei rapporti con i terzi. L'art. 2438, primo comma, c.c., nella versione attuale, è un divieto imposto agli amministratori, tanto è vero che il secondo comma della medesima disposizione statuisce la responsabilità dei gestori in caso di violazione (10).

La due fasi, così sommariamente descritte, della deliberazione e della esecuzione dell'aumento di capitale vanno tenute chiaramente distinte. La versione previgente dell'art. 2438 c.c. era invece stata oggetto di contrasti interpretativi. Secondo una prima tesi il divieto di nuova emissione ai sensi dell'art. 2438 c.c. previgente era radicale, nel senso che la legge non consentiva nemmeno la mera assunzione di una deliberazione di aumento di capitale in presenza di azioni non liberate (11). Secondo una seconda opinione il divieto di legge previsto dall'art. 2438 c.c. previgente doveva invece intendersi meno restrittivamente, nel senso che era sì possibile deliberare un aumento di capitale, anche se non si poteva procedere alla sua esecuzione mediante sottoscrizione se non previa liberazione delle azioni già precedentemente emesse (12).

Il legislatore del 2003 ha inteso prendere posizione con chiarezza su questo problema statuendo ora che "un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano interamente liberate" (art. 2438, primo comma, c.c.). Attualmente dunque risulta che il divieto investe solo l'esecuzione dell'aumento di capitale e non la sua previa deliberazione (13).

Note:

(segue nota 8)

minato e per il periodo massimo di cinque anni dalla data dell'iscrizione della società nel registro delle imprese.

(9) Sul diritto di opzione concesso ai soci in sede di aumento del capitale sociale cfr. A. M. Bentivegna, *Lesione del diritto di opzione e vizio della delibera di aumento del capitale*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 262 ss.; M. Bianca, *Aumento di capitale, esercizio del diritto di opzione ed illegittima mancata emissione delle azioni da parte degli amministratori*, in *Dir. fall.*, 2005, II, 956 ss. A. Colavolpe, *"Tempestiva" sottoscrizione di azioni emesse in attuazione di aumento del capitale sociale e versamento del 25% del valore nominale delle azioni in data successiva alla scadenza del termine per l'esercizio del diritto di opzione*, in *Contr. impr.*, 2006, 311 ss.; F. Funari, *Aumento del capitale sociale, diritto di opzione e collocamento delle quote inoptate*, in *Società*, 2007, 500 ss.; V. Salafia, *Validità della sottoscrizione di un aumento del capitale, destinato ai soci, da parte di soggetto estraneo alla compagine sociale*, in *Società*, 2011, 12 ss.

(10) In materia di responsabilità degli amministratori v., fra i più recenti contributi, M. Aiello-S. Ambrosini, *Società per azioni. Responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 951 ss.; D. Itzi, *Responsabilità civile di amministratori e sindaci verso la società, prima e dopo la riforma del 2003*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1785 ss.; A. Lolli, *Vizi della relazione sulla gestione, responsabilità degli amministratori e impugnativa della delibera di approvazione del bilancio*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 962 ss.; L. Nazzicone, *Responsabilità "da omesso controllo" degli amministratori non esecutivi di società azionaria*, in *Foro it.*, 2011, I, 1700 ss.; D. Scarpa, *Specificazione di responsabilità e segmentazione gestoria nell'amministrazione di s.p.a.*, in *Resp. civ.*, 2011, 486 ss.; A. Tina, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori di società*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 833 ss.

(11) Volendo citare qualche precedente giurisprudenziale, in questo senso si era espressa ad esempio App. Genova, 21 ottobre 1999, *decr.*, in *Società*, 2000, 440 ss., con nota di G. Zagra, affermando che non è omologabile la delibera di aumento di capitale in presenza di azioni precedentemente sottoscritte e non liberate. Similmente si era precedentemente espresso anche Trib. Napoli, 14 ottobre 1993, *decr.*, in *Società*, 1994, 252 s., decidendo che, finché non siano state integralmente liberate le azioni sottoscritte in sede di costituzione della società o in occasione di un precedente aumento a pagamento, la società non può deliberare nuovi aumenti di capitale. Lo stesso Tribunale di Napoli aveva deciso, con un provvedimento più datato (Trib. Napoli, 28 novembre 1985, *decr.*, in *Dir. fall.*, 1986, II, 997 ss., con nota di D. Raffone), che non può omologarsi la deliberazione di aumento di capitale di una S.p.a. se la deliberazione non è stata corredata dalla prova del prescritto previo richiamo dei decimi afferenti al capitale precedente, in quanto la condizione prevista dall'art. 2438 c.c. svolge il ruolo di condizione di legittimità della deliberazione e non di mera esecuzione della medesima.

(12) In questo senso si era espressa App. Perugia, 31 luglio 1990, in *Riv. not.*, 1990, II, 1088 ss., con nota di V. Lemmi, affermando che è omologabile la delibera di aumento oneroso del capitale sociale assunta da una S.p.a. in presenza di azioni non ancora liberate.

(13) Un problema che si può porre nella prassi deriva dal fatto che, a fronte di un ampio numero di soci, vi può essere un unico socio inadempiente al dovere di versamento che impedisce la realizzazione di un successivo aumento di capitale. Il testo della legge, che impone l'intera liberazione delle azioni precedentemente emesse come condizione per l'esecuzione dell'aumento, pare al riguardo insormontabile. Gli amministratori devono pertanto diffidare il socio in mora a effettuare i pagamenti ancora dovuti (art. 2344 c.c.). Solo all'esito della procedura qui prevista (il socio paga in quanto vi viene costretto esecutivamente oppure gli altri soci comprano le sue azioni oppure le azioni ven-

(segue)

4. La *ratio* dell'art. 150 l.fall. e la *ratio* dell'art. 2438 c.c.

Quali sono gli scopi di tutela perseguiti, rispettivamente, dall'art. 150 l.fall. e dall'art. 2438 c.c.?

La *ratio* dell'art. 150 l.fall. è intuitiva e, per certi versi, banale: si tratta solo di garantire che il curatore, operando in coordinamento con il giudice delegato, raccolga tutto l'attivo possibile (ivi compresi i crediti della società nei confronti dei soci) al fine di soddisfare al meglio i creditori sociali. Il principio di diritto sostanziale affermato dalla norma è che i soci continuano a rispondere per i versamenti promessi anche se subentra il fallimento. Anzi: proprio l'insolvenza della società rende urgente l'immediato pagamento di quanto dovuto. L'art. 150 l.fall. si limita in sostanza a chiarire che, a fronte del fallimento, il curatore può pretendere immediatamente quanto dovuto dai soci a tutela dei creditori della società. Proprio per sottolineare l'urgenza dell'intervento si riconosce espressamente la possibilità di avvalersi dello strumento processuale del decreto ingiuntivo.

Se la *ratio* dell'art. 150 l.fall. è evidente, al contrario l'individuazione dello scopo di tutela della disposizione societaria risulta alquanto complessa. Si può con certezza affermare che l'art. 2438 c.c. garantisce anzitutto una certa autonomia decisionale alla S.p.a. nella "ideazione" (ma non nella "attuazione") della propria organizzazione finanziaria. Il legislatore non mostra timori per il caso che vengano assunte due distinte deliberazioni in materia di aumento di capitale, anche se le azioni di prima emissione non sono ancora state interamente liberate. Un esempio semplice può aiutarci a comprendere i ragionamenti che cercheremo di sviluppare nel prosieguo: si immagini una S.p.a. con un capitale sociale originario di 1.000.0000 di euro versato solo per il 25%; si immagini altresì che, poco dopo la costituzione della società, emerga l'esigenza di effettuare degli investimenti per i quali è necessario disporre di un'ulteriore somma di 1.000.000 di euro. La società può legittimamente deliberare questo secondo aumento; viceversa - dice la legge - non può eseguirlo fino a integrale liberazione delle azioni originarie.

Tanto premesso, bisogna però dire che non è agevole comprendere la *ratio* dell'art. 2438, primo comma, c.c. Appare ragionevole affermare che la disposizione svolga una funzione di protezione di più interessi: da un lato quello dei terzi alla effettiva consistenza patrimoniale della società, da un altro lato quello dei soci di minoranza che sono contrari

a nuove iniezioni di capitali. Analizziamo separatamente queste voci.

L'art. 2438, primo comma, c.c. è anzitutto posto *nell'interesse dei terzi*. I terzi che contraggono con la società, e assumono il ruolo di creditori della medesima, devono poter fare affidamento sul capitale sociale. Il capitale può costituire effettiva garanzia per essi purché sia stato versato e sia tuttora esistente. Dal momento che la S.p.a. è una società con regime di responsabilità limitata in cui la società risponde solo con il suo patrimonio (art. 2325, primo comma, c.c.), la consistenza del capitale rappresenta una degli indici basilari di affidabilità della società e della sua capacità di onorare i propri debiti. Se si susseguono più aumenti di capitale, senza che i soci paghino integralmente le azioni, il capitale della società risulta formalmente particolarmente elevato, senza però una corrispondenza nella realtà: il patrimonio della società sarebbe costituito prevalentemente da crediti nei confronti dei soci, la cui realizzabilità non è certa. Questa mi pare la *ratio* più convincente dell'art. 2438 c.c.: assicurare "concretezza" al patrimonio della società, che non può risultare in larga misura da meri crediti nei confronti dei soci.

Un discorso diverso va invece fatto per la pubblicità della consistenza patrimoniale della società. Il rischio qui è che, laddove risultasse nei confronti dei terzi un capitale più alto di quello realmente versato, tale circostanza potrebbe ingannarli, creando in essi un affidamento mal riposto. Nell'ottica della tutela dei terzi gioca insomma un ruolo significativo la pubblicità che viene data in merito alla sussistenza del capitale sociale. L'aumento del capitale deve essere iscritto nel registro delle imprese: nei trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione delle azioni di nuova emissione gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione che l'aumento del capitale è stato esegui-

Nota:

(segue nota 13)

gono vendute a un terzo), sarà possibile effettuare l'aumento del capitale. App. Genova, 21 ottobre 1999, decr., in *Società*, 2000, 440 ss., con nota di G. Zagra, si è occupata del caso particolare di una società composta di due soci, uno dei quali moroso al versamento di quanto dovuto per liberare le azioni (nella fattispecie si trattava di una S.r.l., ma il ragionamento deve ritenersi valevole anche per la S.p.a.). Al fine di superare l'ostacolo all'aumento di capitale costituito dalla mancata liberazione delle quote del primo socio, il secondo socio aveva messo a disposizione della società, accantonandolo, il danaro corrispondente alla quota non liberata. La Corte di appello di Genova ritiene che l'iniziativa del socio non sia sufficiente per potersi procedere all'aumento di capitale, dovendosi prima terminare il procedimento di vendita coattiva della quota.

to (art. 2444, primo comma, c.c.). Fino a che l'iscrizione nel registro non sia avvenuta, prevede la legge, l'aumento del capitale non può essere menzionato negli atti della società (art. 2444, secondo comma, c.c.). Inoltre il regime pubblicitario imposto dal codice civile stabilisce che, negli atti e nella corrispondenza della società, si indichi il capitale secondo la somma effettivamente versata e quale risulta esistente dall'ultimo bilancio (art. 2250, secondo comma, c.c.) (14). Per la tutela dei terzi è importante conoscere quale sia l'ammontare del capitale "versato"; meno affidabile è il parametro del capitale "deliberato", in quanto esso potrebbe non essere stato interamente pagato (e non essere facilmente esigibile). Complessivamente si può affermare che il nostro ordinamento assicura in modo più che adeguato la pubblicità in merito al capitale, insistendo sul fatto che si deve trattare di quello versato. Non mi pare pertanto che il rischio che i creditori vengano ingannati sulla consistenza patrimoniale della società possa costituire una convincente *ratio* a giustificazione dell'esistenza di una disposizione come l'art. 2438 c.c.

L'esigenza di tutela dei terzi peraltro, e a condizione che sia effettuata la pubblicità di legge, non appare di così fondamentale importanza se si riflette sul fatto che nulla impedisce di costituire fin dall'inizio una società con un capitale più elevato, pagato solo per il 25%. Per riprendere l'esempio numerico fatto sopra, si pensi a una società che viene costituita con un capitale iniziale di 2.000.000 di euro, pagato al 25% (e, dunque, per una somma di 500.000 euro). Se invece la società ha un capitale iniziale di un 1.000.000 di euro, poi aumentato a 2.000.000, la legge impone che l'esecuzione del secondo aumento sia subordinato all'integrale liberazione delle azioni: in altre parole, vi devono essere versamenti complessivi per 1.250.000 euro. In assenza di una disposizione come l'art. 2438 c.c., non vi sarebbe differenza fra la costituzione con successivo aumento di capitale rispetto al caso di costituzione già con un capitale sociale più elevato: in ambedue i casi le azioni dovrebbero essere pagate subito nella sola misura del 25%. Non si comprende, in un'ottica di tutela dei terzi, perché l'attuale regime sia maggiormente punitivo nei confronti di chi effettua un aumento di capitale magari subito dopo la costituzione rispetto al caso della immediata e diretta costituzione di una società con capitale già più elevato.

La *ratio* di protezione dell'art. 2438 c.c. non si esaurisce nella tutela dell'integrità del capitale sociale nell'interesse di terzi, ma va pertanto cercata anche altrove. Sotto un secondo profilo lo scopo di tutela

della disposizione in commento risiede nella *protezione dei soci di minoranza*. La deliberazione di aumento di capitale viene assunta dall'assemblea straordinaria. È vero che questa assemblea decide con maggioranze particolarmente elevate, tuttavia può capitare che vi siano dei soci di minoranza che non intendono sottoscrivere nuovo capitale se non è stato prima pagato il capitale originario. Sotto questo aspetto, l'obbligo di legge d'integrale liberazione delle precedenti azioni impedisce alla maggioranza di adottare decisioni che rappresentano una pressione sui soci di minoranza, implicando per questi un esborso maggiore di quanto originariamente preventivato. Per tacere del fatto che, nel caso i soci di minoranza non fossero in grado di fronteggiare i pagamenti dovuti a fronte delle nuove azioni, la loro quota di partecipazione al capitale si diluirebbe.

Un'ulteriore *ratio* di tutela dell'art. 2438 c.c. può infine essere identificata nel garantire un'ordinata amministrazione della società. Se i soci si sono già obbligati a pagare interamente le azioni originarie, si deve procedere con tali pagamenti prima di emettere nuovo capitale.

5. La responsabilità degli amministratori sussiste anche durante il fallimento

La conseguenza dell'interpretazione fatta propria dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento è che il secondo aumento di capitale è valido e la deliberazione che lo ha deciso non può essere invalidata. Non si pongono problemi di validità dell'atto, ma solo questioni di legittimità del comportamento posto in essere dagli amministratori.

Sul punto l'attuale testo normativo prevede che, in caso di violazione del divieto di esecuzione dell'aumento di capitale in presenza di azioni di precedente emissione non interamente liberate, gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni arrecati ai soci e ai terzi (art. 2438, secondo comma, primo periodo, c.c.). Bisogna anzitutto dire che questa previsione di legge non sarebbe a rigore necessaria, anche se la sua presenza aiuta a dissipare

Nota:

(14) Le inosservanze dell'art. 2444 c.c. e dell'art. 2250 c.c. sono colpite con sanzione amministrativa. Prevede difatti il codice civile che chiunque, essendovi tenuto per legge a causa delle funzioni rivestite in una società, omette di eseguire, nei termini prescritti, denunce, comunicazioni o depositi presso il registro delle imprese, ovvero omette di fornire negli atti, nella corrispondenza e nella rete telematica le informazioni prescritte dall'art. 2250 c.c., è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 103 a 1032 euro (art. 2630, primo comma, c.c.).

dubbi interpretativi che potrebbero altrimenti porsi. La “esecuzione” dell’aumento di capitale rientra nei compiti degli amministratori, costituendo uno dei loro doveri. Nel caso in cui i gestori dessero seguito a un aumento di capitale in presenza di precedenti azioni non interamente liberate, essi violerebbero un loro dovere. La legge già prevede in via generale (art. 2392, primo comma, c.c.) che la violazione di doveri imposti dalla legge è fonte di responsabilità per gli amministratori: di qui la superfluità della disposizione speciale.

Al di là però della discussione in merito alla reale necessità di una previsione espressa come quella dell’art. 2438, secondo comma, primo periodo, c.c., ciò che conta in questa sede rilevare è che le conseguenze della (illegittima) esecuzione dell’aumento di capitale prima della integrale liberazione delle azioni di precedente emissione sono di tipo risarcitorio e non reale: il terzo o il socio che si reputi danneggiato può citare in giudizio gli amministratori, mentre non può invalidare la deliberazione. La responsabilità degli amministratori è solidale (15) e sussiste sia nei confronti dei terzi sia nei confronti dei soci (16). Il fatto che la responsabilità degli amministratori venga affermata in una disposizione di diritto societario (l’art. 2438 c.c.) non deve ingannare: la responsabilità degli amministratori può essere fatta valere anche in sede fallimentare. Proprio l’insolvenza della società è la dimostrazione che non vi è più la capacità di soddisfazione dei creditori sociali. Gli amministratori che non hanno provveduto, in violazione dei loro doveri, a far liberare dai soci di prima emissione le azioni hanno impedito la raccolta di tutto il patrimonio della società. Una volta subentrato il fallimento, essi possono essere citati in giudizio dal curatore (art. 146, secondo comma, l.fall.) (17). La contestazione che verrà mossa agli amministratori è di avere adottato una condotta omissiva: l’assenza della richiesta di liberazione delle azioni ai soci oppure il ritardo nelle presentazioni della medesima ha fatto sì che esistano due categorie di azionisti, di prima e seconda emissione, senza che gli azionisti di prima emissione abbiano interamente liberato le azioni. Sussiste un’insufficienza patrimoniale, accertata con la dichiarazione di fallimento, ascrivibile al comportamento negligente dei gestori: di qui l’affermazione di responsabilità dei medesimi.

6. Il debito dei soci da conferimento nel fallimento

L’analisi svolta sull’art. 2438 c.c. ci consente di ap-

prezzare meglio gli ulteriori significativi risvolti fallimentari dell’opzione interpretativa fatta propria della Corte di cassazione nella sentenza in commento (18). Una volta dichiarato il fallimento di una S.p.a. si possono realizzare due situazioni: i soci hanno pagato integralmente le azioni oppure lo hanno fatto solo parzialmente. Nel primo caso il curatore non potrà pretendere nulla dagli azionisti, i quali si possono richiamare al principio che la loro responsabilità è limitata al patrimonio della società. Nell’ipotesi però in cui le azioni non siano state interamente liberate, i soci sono in debito nei confronti della società e il curatore, che opera in nome e per conto della società, può esigere tali pagamenti. Una volta subentrato il fallimento, l’obbligazione di pagamento del socio non viene meno. Anzi, proprio la dichiarazione di fallimento - che presuppone una situazione d’insolvenza della società - testimonia la presenza di creditori insoddisfatti. L’in-

Note:

(15) Ciò significa che, in presenza di più amministratori, tutti rispondono anche se l’iniziativa di eseguire l’aumento di capitale e dunque di raccogliere le sottoscrizioni è di uno solo (o di alcuni solo) di essi. La presenza di un regime solidale aumenta i patrimoni disponibili e dunque le probabilità di soddisfazione dei terzi.

(16) La responsabilità nei confronti dei terzi si realizza in caso d’insufficienza del patrimonio sociale, riconducibile anche al fatto che gli azionisti di prima emissione non hanno versato tutto quanto dovuto. Il rischio di danno non è infrequente nella prassi proprio per il fatto che l’art. 2438 c.c. presuppone conferimenti non integralmente effettuati: la pochezza patrimoniale della società può lasciare insoddisfatto il creditore sociale, che così può chiedere ai gestori il ristoro del danno subito. Ma la responsabilità sussiste anche nei confronti dei soci. Qui viene in particolare in considerazione il trattamento peggiore cui possono essere esposti gli azionisti di seconda emissione che, in ipotesi, pagano per intero i versamenti dovuti sulle azioni mentre gli azionisti di prima emissione non hanno ancora provveduto.

(17) Bisogna peraltro segnalare che una soluzione legislativa che si limitasse ad affermare la responsabilità degli amministratori rischierebbe di non tutelare sufficientemente i terzi. I creditori della società devono poter confidare nel fatto che le azioni vengano interamente liberate, sia con riferimento alle azioni di prima emissione sia con riferimento alle azioni di nuova emissione: in questo modo si moltiplicano i patrimoni disponibili per la soddisfazione dei creditori. Al fine di conseguire la dovuta tutela dei creditori la legge specifica che rimangono in ogni caso salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni emesse in violazione (art. 2438, secondo comma, secondo periodo, c.c.). Dunque, nell’interesse dei terzi, chi ha sottoscritto le azioni di seconda emissione è tenuto a pagarle - almeno nell’importo minimo previsto dalla legge - anche nel caso esistano azionisti di prima emissione che non hanno ancora pagato completamente le loro azioni.

(18) Sull’obbligo dei soci a responsabilità limitata di effettuare i versamenti ancora dovuti una volta che è stato dichiarato il fallimento v. A. R. Adiatori, *Commento all’art. 150, in La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro, 2° vol., Torino, 2010, 1971 ss.; S. Blandino, *Commento all’art. 150, in Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 1378 ss.

solvenza può, in ipotesi, essere stata causata proprio dalla mancata liberazione delle azioni da parte dei soci. Al fine di soddisfare i creditori il giudice delegato può ingiungere agli azionisti il pagamento di quanto dovuto in conseguenza della sottoscrizione delle azioni (19).

Normalmente sarà dapprima il curatore, in via stragiudiziale, a sollecitare i versamenti dovuti. Solo in caso di diniego dei soci, si procederà con decreto ingiuntivo. L'iniziativa di chiedere al giudice d'ingiungere ai soci i versamenti ancora dovuti spetta al curatore. Rispetto al modello previsto dal codice di rito per i procedimenti d'ingiunzione, in questo caso non si avrà dunque una domanda del creditore, ma una mera "proposta" del curatore, che verrà poi recepita dal giudice delegato. Parrebbe che la proposta del curatore, proprio in quanto prevista espressamente dalla legge, sia una condizione per la pronuncia del decreto ingiuntivo. Ne conseguirebbe che il giudice delegato non potrebbe, in assenza di corrispondente proposta, emettere il decreto d'ufficio (20). Bisogna dire che questa soluzione è maggiormente rispettosa del ruolo del curatore come soggetto chiamato, seppure sotto il controllo del tribunale fallimentare, a recuperare il patrimonio del fallito per distribuirlo fra i creditori: nello svolgimento di tale attività viene lasciata ampia autonomia al curatore. Sotto un altro profilo peraltro non si vede per quale ragione il giudice delegato non debba potere, in caso di omissione del curatore, ingiungere ai soci i pagamenti ancora dovuti. Per questa ragione di ordine sostanziale si può forse sostenere la tesi che il giudice delegato possa ingiungere il pagamento anche in assenza di una proposta del curatore. Nella prassi, il problema potrebbe essere risolto nel senso che il giudice delegato avverte il curatore dell'opportunità di chiedere il pagamento delle azioni e il curatore formalizza una breve proposta cui il giudice dà seguito. Rimane irrisolto il caso estremo del curatore che non chiede il pagamento delle azioni, in contrasto con quelle che sono le indicazioni del giudice delegato. Ad avviso di chi scrive, nell'interesse dei creditori, al giudice delegato può essere riconosciuto un potere autonomo di ingiunzione (e ferma restando la possibilità di revocare il curatore inerte ex art. 37 l.fall.).

Pare condivisibile l'opinione largamente diffusa secondo cui il curatore non deve essere assistito da un avvocato nella presentazione della sua proposta. Il curatore è già un soggetto professionale che svolge importanti funzioni all'interno del fallimento e la sua relazione con il giudice delegato non è normalmente connotata dalla necessità di un'assistenza

tecnica. Una soluzione diversa va invece affermata qualora il decreto venga opposto: in questo caso - instaurandosi un vero e proprio giudizio di cognizione pieno - sarà necessario che il curatore (o, più precisamente, la società fallita) si faccia assistere da un avvocato nel processo.

7. Aspetti processuali del recupero in sede fallimentare dei crediti della società

Avanzata la proposta del curatore, il provvedimento giudiziario viene assunto dal giudice delegato. Ragionevolmente la competenza funzionale in un contesto fallimentare non potrebbe essere diversa: dal momento che è già pendente il fallimento, non sarebbe economicamente sensato attribuire ad altro giudice la competenza a emettere il decreto ingiuntivo. Non può pertanto trovare applicazione l'art. 637 c.p.c., che determina altrimenti il giudice competente per i procedimenti d'ingiunzione.

Lo strumento del procedimento d'ingiunzione si caratterizza per la sua celerità. Questa esigenza di velocità è particolarmente sentita nel fallimento, nel quale gli organi fallimentari hanno il compito di realizzare in tempi brevi tutto l'attivo possibile al fine di soddisfare i creditori sociali. Sotto questo profilo può sollevare qualche perplessità il fatto che la legge prevede che il giudice delegato "può" ingiungere di eseguire i versamenti. Stante l'utilizzo dell'espressione "può" si potrebbe pensare alla legittimità di un giudizio di cognizione pieno: il curatore non

Note:

(19) Il tenore dell'art. 150, primo comma, l.fall. potrebbe *prima facie* trarre in inganno, nel passaggio in cui si fa riferimento alle "società con soci a responsabilità limitata". Il richiamo non è tuttavia da intendersi alla sola S.r.l. Il legislatore si riferisce invece a tutti i tipi societari in cui vi sono soci che rispondono limitatamente. La circostanza risulta chiaramente dal prosieguo della disposizione che fa riferimento sia a quote sia ad azioni. Come è noto, nella società in accomandita si hanno due categorie di soci, gli accomandanti e gli accomandatari. Qui sarà possibile chiedere i versamenti ai soci accomandanti nei limiti della loro quota (cfr. l'art. 2313, primo comma, c.c. per la S.a.s. e l'art. 2452, primo comma, c.c. per la S.a.p.a.). Si è occupata di obbligo di conferimento in sede fallimentare dei soci di S.a.s. Cass., 5 maggio 1988, n. 3324, in questa *Rivista*, 1988, 965 s., con nota redazionale, affermando il principio che l'obbligo di conferimento, assunto dal socio di una S.a.s. con l'atto costitutivo, integra un debito verso la società, non verso gli altri soci, che persiste per tutta la durata del rapporto sociale. Ne consegue che il diritto della società di pretendere l'adempimento di tale debito, anche quando venga esercitato dal curatore del fallimento con la speciale procedura monitoria contemplata dall'art. 150 l.fall., è soggetto a prescrizione solo a partire dalla data della cessazione del rapporto sociale. Per i fini che qui interessano basterà rilevare che i versamenti ancora dovuti possono senz'altro essere chiesti ai soci di S.p.a., presentando questo tipo societario soci a responsabilità limitata.

(20) In questo senso R. Casucci, *Versamenti dei soci e poteri del curatore*, in questa *Rivista*, 1996, 788.

si avvale dello strumento del decreto ingiuntivo, ma propone ordinaria azione in giudizio. Appare tuttavia del tutto improbabile una scelta del genere: se il legislatore espressamente prevede la possibilità di usare uno strumento agile come il procedimento d'ingiunzione, non renderebbe un buon servizio ai creditori sociali il curatore che instaurasse un procedimento pieno per ottenere (più tardi) il medesimo risultato. Semmai sarà il socio resistente a opporsi al decreto ingiuntivo, determinando così l'instaurazione di un giudizio di cognizione pieno. Ritengo pertanto, alla luce delle prevalenti esigenze di celerità processuale, che si debba concludere nel senso che il curatore non possa optare per un giudizio di cognizione pieno nei casi in cui è possibile usare lo strumento ingiuntivo. Bisogna peraltro dare atto che la giurisprudenza si orienta in senso contrario. In particolare il Tribunale di Pavia ha affermato che il curatore del fallimento può avvalersi, per ottenere il pagamento delle quote non liberate, della via ordinaria invece che del procedimento di cui all'art. 150 l.fall. (21).

L'uso dell'espressione "può" non mi pare significhi che il giudice delegato possa omettere l'attività di recupero dei crediti nei confronti dei soci, quando tale recupero appaia ragionevole. Al contrario, consistendo la funzione della procedura fallimentare nella soddisfazione dei creditori sociali nel rispetto della *par condicio*, dovrà porre in essere ogni ragionevole iniziativa che persegua tale fine. Il recupero dei crediti nei confronti dei soci costituisce pertanto un obbligo degli organi fallimentari. "Facoltativa" è invece la modalità per recuperare i crediti da conferimento mediante decreto ingiuntivo: l'espressione "può", quale usata dalla legge nel testo dell'art. 150 l.fall., va interpretata nel senso che il curatore può astrattamente utilizzare altri strumenti processuali, a condizione che siano più efficaci della proposta di decreto ingiuntivo.

Con riferimento ai soggetti cui può essere rivolta l'ingiunzione di pagamento del giudice delegato la legge specifica che si può trattare degli attuali azionisti nonché dei precedenti titolari delle azioni. La cessione delle azioni non ha effetti liberatori per il cedente, prevedendo il codice civile che coloro che hanno trasferito azioni non liberate sono obbligati in solido con gli acquirenti per l'ammontare dei versamenti ancora dovuti per il periodo di tre anni dall'annotazione del trasferimento nel libro dei soci (art. 2356, primo comma, c.c.). Questa responsabilità ha però una durata di tempo limitata, con l'effetto che - decorsi i tre anni - i creditori (compreso il curatore del fallimento che opera come collettore

dei vari crediti vantati dalla società) possono rifarsi solo sull'attuale titolare delle azioni.

Un problema specifico concerne la possibilità del soggetto che ha ceduto le azioni di eccepire, in sede fallimentare, la necessità che venga previamente escusso l'attuale possessore dei titoli. Secondo la regola dettata dal codice civile il pagamento non può essere domandato al cedente se non nel caso in cui la richiesta al possessore dell'azione sia rimasta infruttuosa (art. 2356, secondo comma, c.c.). Se si legge però l'art. 150, primo comma, l.fall., non viene operata alcuna distinzione fra gli attuali azionisti e i precedenti venditori delle azioni. Considerando la legge fallimentare come legge speciale rispetto al codice civile si può concludere che il giudice delegato può ingiungere il pagamento contestualmente sia all'attuale azionista che al suo dante causa, senza che sia necessario provare prima a escutere quando dovuto dall'attuale azionista. Questa eccezione al principio del *beneficium excussionis* si giustifica con le esigenze di celerità proprie del procedimento fallimentare. La giurisprudenza conferma questa impostazione. In particolare il Tribunale di Genova ha affermato che la disposizione di cui all'art. 150 l.fall. costituisce un'espressa deroga alla disciplina prevista dall'art. 2356 c.c., secondo cui il pagamento non può essere domandato al socio alienante se non dopo l'infruttuosa richiesta al socio attuale moroso e, pertanto, il giudice delegato può ingiungere il pagamento per il titolo anzidetto ai soci a responsabilità limitata e ai precedenti titolari delle azioni senza osservare il principio del *beneficium excussionis* (22).

Un'altra particolarità che si pone nel contesto fallimentare risiede nel fatto che il giudice delegato può ingiungere di eseguire i versamenti dovuti "quantunque non sia scaduto il termine per il pagamento", recita la legge. Bisogna premettere che gli amministratori, in linea di principio, possono chiedere in qualsiasi momento ai soci di liberare le azioni: saranno le esigenze di tipo commerciale-industriale a determinare la scelta del tempo appropriato per l'esecuzione dei versamenti. Potrebbe tuttavia capitare che lo statuto preveda un termine entro il quale i gestori non dispongono di tale potere (23). A ben vedere qualche dubbio sulla legittimità di

Note:

(21) Trib. Pavia, 12 febbraio 1996, in questa *Rivista*, 1996, 786 ss., con nota di R. Casucci. Il caso concerneva una S.r.l., ma il principio deve reputarsi applicabile anche alla S.p.a.

(22) Trib. Genova, 4 aprile 1989, in questa *Rivista*, 1989, 1231 ss., con nota redazionale.

(23) Cfr. A. R. Adiutori, *op. cit.*, 1973 s.

una previsione statutaria del genere può essere sollevato. Si deve difatti riflettere sulla circostanza che i conferimenti promessi costituiscono garanzia dei creditori sociali: una previsione statutaria che consentisse di posticipare la corresponsione di tali somme, nell'interesse dei debitori ma contro l'interesse dei creditori, potrebbe arrecare un significativo pregiudizio a questi ultimi. Se si afferma la legittimità di una clausola statutaria che consente di dilazionare il versamento delle somme dovute sulle azioni, si può affermare anche la legittimità di un accordo fra soci avente il medesimo tenore. Anche in questo caso è tuttavia lecito dubitare della validità di una tale pattuizione nei confronti dei terzi. Va infine menzionato l'art. 2344, primo comma, c.c., che consente agli amministratori di chiedere ai soci di effettuare i versamenti entro quindici giorni dalla corrispondente diffida pubblicata nella Gazzetta Ufficiale. Alla luce dell'art. 150, primo comma, l.fall., nei casi illustrati i termini non trovano applicazione nel contesto fallimentare. Le esigenze di tutela dei creditori sociali prevalgono rispetto al termine eventualmente previsto a favore dei soci, con la conseguenza che il giudice delegato può emettere immediatamente il decreto.

Rispetto al decreto emesso dal giudice delegato, il socio non rimane privo di tutela. Come è noto, il rimedio ordinario contro i decreti del giudice delegato è il reclamo al tribunale (art. 26, primo com-

ma, l.fall.). Nel contesto del recupero dei crediti da conferimento, la legge specifica però che il socio può proporre opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c. La presentazione dell'opposizione impone al giudice di entrare nel merito della controversia con un giudizio ordinario di cognizione piena. Si tratta esattamente di quanto è successo nel caso affrontato dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento: a seguito dell'opposizione presentata dall'azionista all'ingiunzione di pagamento del giudice delegato si è giunti a una prima sentenza del tribunale e a una successiva sentenza della corte di appello, avverso la quale è stato presentato il ricorso per cassazione. L'opposizione presentata dal socio deve avere a oggetto l'infondatezza della pretesa fatta valere dal fallimento. Tale infondatezza può consistere nell'affermazione, radicale, che l'ingiunto non è socio della società oppure che ha già interamente liberato le azioni, non avendo dunque più nulla la società a pretendere nei suoi confronti (24).

Nota:

(24) Con riferimento all'onere della prova, Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 208 ss., con nota di F. Di Maio; in *Società*, 2009, 223 ss., con nota di N. de Luca, ha affermato che la pretesa della curatela ai versamenti residui può ritenersi provata se dai bilanci sociali e da altre scritture risulta un credito verso i soci al momento in cui vengono acquistate le azioni. Il possessore delle azioni deve provare il fatto estintivo della pretesa.

LIBRI

COLLANA: **Codici Annotati Ipsoa**

CODICE DELLA STRADA

Annotato con la giurisprudenza

di *Francesco Molfese e Diego Molfese*



Il volume raccoglie le norme relative al **Codice della strada**. Ciascun articolo è **annotato con un'aggiornata selezione della giurisprudenza** più significativa, nonché con i principali **referimenti bibliografici** in materia. Le massime giurisprudenziali sono illustrate in una sequenza sistematica, per gruppi di argomenti. Le **parole chiave sono state evidenziate con carattere grassetto** al fine di permettere al lettore una più rapida individuazione delle tematiche affrontate. L'Opera comprende anche la **Tavola di confronto tra il nuovo e il vecchio codice della strada**, la **Tabella dei punteggi (Patente a punti)**, la **Tabella delle infrazioni**, la **Tabella sinottica dei limiti di velocità**, la **Tabella degli "spazi e tempi di**

frenatura", il **Regolamento di esecuzione e di attuazione** del Codice.

Il volume è aggiornato con la **legge n. 120/2010** "Disposizioni in materia di sicurezza stradale"; con il **d.m. 22/12/2010** "Aggiornamento delle sanzioni amministrative" e con la **legge n. 10/2011** "Decreto mille proroghe". Il testo è corredato da un **dettagliato sommario** e dagli **indici cronologico e analitico-alfabetico** della giurisprudenza.

Ipsoa 2011, pp. 1529, EURO 60,00

Per informazioni e acquisti

• **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)

• **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)

• <http://shop.wki.it/ipsoa>