

Capitolo II

IL CAPITALE SOCIALE NELLA PROSPETTIVA FUNZIONALE E DEGLI INTERESSI SOSTANZIALI COINVOLTI

Sommario: 1. Oggetto e prospettiva dell'indagine: il capitale sociale nella sua dimensione funzionale. – 2. Il capitale «reale» quale oggetto immediato della garanzia offerta ai terzi creditori. – 3. Dalla garanzia immediata delle ragioni creditorie a quella mediata: la funzione «produttivistica» del capitale. – 4. Sviluppi teorici recenti e vocazione funzionale eclettica del capitale sociale. – 5. Il capitale sociale quale oggetto di tutela giuridica: una prima conclusione.

1. OGGETTO E PROSPETTIVA DELL'INDAGINE: IL CAPITALE SOCIALE NELLA SUA DIMENSIONE FUNZIONALE

Il capitale sociale si è posto al centro delle attenzioni della dottrina commercialista già a partire dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice civile. Oltre alle consuete voci enciclopediche ¹ ed all'irrinunciabile spazio dedicatogli dalla manualistica ² e dai principali trattati di settore ³,

¹ Cfr., ad esempio, M.S. SPOLIDORO, voce *Capitale sociale*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2000, p. 195 ss.

² Tra la più diffusa manualistica, prima della riforma, v. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, t. II, Cedam, Padova, 1994, p. 610 ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, VI ed., UTET, Torino, 1999, p. 61 ss.; P.G. JAEGHER, F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, V ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 126 ss.; F. FERRARA JR, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 252 ss.; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, XI ed., UTET, Torino, 2001, p. 335 ss.; G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, V ed., UTET, Torino, 2002, p. 7 ss.

³ Cfr., ad esempio, G. ANGELICI, *Le disposizioni generali sulla società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. XVI, *Impresa e Lavoro*, t. II, UTET, Torino, 1995, p. 200 ss.; G. MARASÀ, *Le società (società in generale)*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA, P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 1991, p. 130 ss.; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE, vol. I, t. II, *Capitale-Euro e azioni. Conferimenti in denaro*, UTET, Torino, 2004, p. 3 ss.

l'istituto *de quo* ha impegnato i cultori del diritto commerciale in una serie di approfondite riflessioni, arricchitesi, nel corso degli anni, anche del contributo offerto da altri ambiti scientifici ⁴. Del resto, il *nomen* «capitale» è ricorrente nel campo delle discipline sia economiche che giuridico-economiche, ove si colloca quasi sempre in una posizione di assoluto rilievo concettuale. Così, ad esempio, al «capitale» si allude, in microeconomia, per indicare uno dei principali «fattori produttivi», costituito dall'insieme dei beni prodotti dall'uomo e da questi impiegati nella produzione di altri beni ⁵; al «capitalismo» ci si riferisce, in macroeconomia, per designare un sistema economico caratterizzato, tra l'altro, dalla preponderante e libera applicazione del capitale privato alla produzione di nuova ricchezza ⁶; di «società di *capitali*» si parla, nel diritto commerciale, in contrapposizione alla formula «società di persone», originando così una delle distinzioni più significative in ambito giuridico societario.

Scontato, quindi, che siffatto termine sia oggetto di svariate declinazioni e vanti un'esperata polisemia. Nel linguaggio tecnico, infatti, sono ormai invalse contrapposizioni concettuali quali, tra le altre, quelle tra capitale «proprio» e capitale «di terzi», tra capitale «di rischio» e capitale «di credito», tra capitale «azionario» e capitale «obbligazionario», tra capitale «sottoscritto» e capitale «versato», tra capitale «fisso» e capitale «variabile», e numerose altre sono prospettabili, anche perché, come si diceva, il concetto in parola è comune a svariate discipline scientifiche ⁷; la stessa legge — sia civile che penale — non di rado parla *sic et simpliciter* di «capitale», lasciando poi all'interprete il compito di individuarne, di volta in volta, lo specifico contenuto, come negli esemplificativi casi degli artt. 2327, 2442, 2446, 2632 c.c.

⁴Tra i contributi più significativi, v. E. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Cedam, Padova, 1959, *passim*; F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità nelle società di persone*, Morano editore, Napoli, 1967, *passim*; F. FENGHI, *La riduzione del capitale. Premesse per una ricerca sulla funzione del capitale nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1974, *passim*; G. TANTINI, *Capitale e patrimonio nelle società per azioni*, Cedam, Padova, 1980, *passim*; G. NICCOLINI, *Il capitale sociale minimo*, Giuffrè, Milano, 1981, *passim*; G. OLIVIERI, *I conferimenti in natura nelle società per azioni*, Cedam, Padova, 1989, *passim*; A. PISANI MASSAMORMILE, *Conferimenti in S.p.A. e formazione del capitale*, Jovene, Napoli, 1992, *passim*; L. BENATTI, *Il capitale minimo nella disciplina degli intermediari finanziari*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*.

⁵Cfr., ad esempio, G. BANNOCK, R.E. BAXTER, R. REES, voce *Capitale*, in *Dizionario di economia*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 74; S. RICOSSA, voce *Capitale*, in *Dizionario di economia*, UTET, Torino, 1982, p. 53.

⁶Cfr., per tutti, S. RICOSSA, voce *Capitalismo*, in *Dizionario*, cit., p. 58.

⁷Sulle diverse declinazioni del termine «capitale», cfr. E. SIMONETTO, *Responsabilità*, cit., p. 429 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Capitale*, cit., p. 195 ss.

Nondimeno, sembra possibile isolare un nucleo concettuale minimo del sintagma *de quo*, che evoca l'immagine di un insieme di utilità per mezzo delle quali ci si prefigge, correndone il rischio, di intraprendere un'attività che produca nuova ed ulteriore ricchezza rispetto a quella inizialmente conferita per tale scopo⁸. Ed è proprio in tale contenuto minimo che il concetto di capitale si coniuga con l'aggettivo «sociale», di talché parlare di «capitale sociale» significa, almeno in via di prima approssimazione, alludere al complesso di risorse per mezzo delle quali s'intende esercitare una certa attività in forma societaria, entro la quale — ed il punto va sottolineato — ci si impegna a mantenere durevolmente investite le utilità inizialmente conferite⁹. Tale fondo di beni, tuttavia, può essere guardato da due diverse prospettive. Più precisamente, con l'espressione «capitale sociale» di norma ci si riferisce tecnicamente al c.d. capitale «nominale», ossia al valore, espresso in moneta corrente, riconosciuto al complesso dei conferimenti effettuati inizialmente dai soci ed iscritto contabilmente, per le ragioni di cui si dirà, nella colonna del «Passivo» dello Stato patrimoniale (art. 2424, comma 1, sez. «Passivo», lett. A, n. I). A tale concetto di tipo “formale” viene usualmente contrapposto quello di capitale «reale», cui si allude per indicare quella frazione del patrimonio sociale che rappresenta il *pendant*, nella parte «Attivo» dello Stato patrimoniale, del capitale nominale, trovando così corrispondenza in una quota ideale di beni effettivamente sussistenti¹⁰; orbene, di tale sottesa “bivalenza” del concetto di capitale sociale occorre sin da ora prendere atto.

È un dato agevolmente verificabile che i più approfonditi studi sul capitale sociale si soffermino ampiamente su almeno due ambiti tematici: la disciplina dei conferimenti, e ciò al fine di individuare con certezza ciò che è possibile apportare nella società; il significato profondo da attribuire alla previsione normativa del c.d. «capitale sociale minimo», e questo allo scopo di verificare se nel sistema esista un principio che imponga la costante congruità quantitativa del capitale impegnato rispetto all'attività che la società statutariamente esercita. Ebbene, le conclusioni di volta in volta raggiunte in questi due ambiti dell'indagine appaiono significative della prospettiva funzionale dalla quale, più o meno consapevol-

⁸ Sul significato «essenziale» del termine, cfr. SPOLIDORO, *Capitale*, p. 196.

⁹ Sul c.d. «principio di fissità», che governa la disponibilità del capitale da parte dei soci, v., per tutti, L. BENATTI, *Il capitale minimo*, cit., p. 16 ss.

¹⁰ Su tale fondamentale distinzione, in particolare, G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 33, nota 1, ribadito di recente in *Capitale sociale e società*, cit., p. 3 ss., nonché M.S. SPOLIDORO, *Capitale*, cit., p. 208; nella manualistica, per tutti, P.G. JAEGER, F. DENOZZA, *Appunti*, cit., p. 126.

mente, la dottrina guarda all'istituto del capitale sociale ¹¹. Invero, promuovere la "conferibilità" di certi beni, ovvero negare quella di altri, è sintomatico della prevalenza accordata a taluno dei molteplici interessi che ruotano attorno alla formazione di tale massa patrimoniale; parimenti, la ricerca di un nesso che vincoli giuridicamente l'ammontare del capitale all'esercizio dell'attività sociale evoca una specifica funzione che il primo si ritiene svolga all'interno dell'ente collettivo. Si tratta, quindi, di ripercorrere schematicamente le conclusioni che, muovendo da questi due temi, la dottrina ha raggiunto in ordine alle funzioni svolte dal capitale sociale ed agli interessi che su di esso gravitano.

2. IL CAPITALE «REALE» QUALE OGGETTO IMMEDIATO DELLA GARANZIA OFFERTA AI TERZI CREDITORI

Sul finire degli anni cinquanta, il profilo funzionale del capitale sociale fu oggetto di un attento studio. Quest'ultimo, per vero, si prefiggeva anzitutto di evidenziare il particolare atteggiarsi della responsabilità patrimoniale in ambito societario rispetto a quella prevista per il debitore individuale e, in seconda battuta, di approfondire il contenuto della prima sia *all'interno* dell'ente collettivo, sia nella sua proiezione *all'esterno* dello stesso ¹². Ed è proprio quest'ultimo il profilo che qui maggiormente interessa.

Anche nelle società ove non è previsto il diretto coinvolgimento patrimoniale dei soci per le obbligazioni sociali, come nel caso della S.p.A., il principio generale di responsabilità sancito dall'art. 2740 c.c. — si afferma — risulta applicabile, seppure in una specifica forma ¹³. In particolare, detto principio implicherebbe la predisposizione di un sistema di garanzia che, alternativo a quello incentrato sul diretto coinvolgimento dei soci, tuteli in ogni caso le pretese dei creditori. Ebbene, tale "sistema" sarebbe costituito da un insieme di vincoli giuridici finalizzato a costituire all'interno della società un fondo patrimoniale «qualificato», poiché

¹¹ Al riguardo, si vedano le osservazioni di G. ANGELICI, *Le disposizioni*, cit., pp. 200-201, che riflette appunto sui nessi tra concezioni funzionali del capitale e disciplina dei conferimenti e del capitale minimo. Di recente, per un diverso approccio al tema dei conferimenti, svincolato dal profilo funzionalistico del capitale, v. A. PISANI MASSAMORMILE, *Conferimenti*, cit., p. 36 ss., di recente ribadito in *I conferimenti nelle società per azioni. Acquisti «pericolosi». Prestazioni accessorie (artt. 2342-2345)*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1994, p. 7 ss.

¹² Il riferimento è ad E. SIMONETTO, *Responsabilità*, cit., *passim*.

¹³ E. SIMONETTO, *op. ult. cit.*, p. 22 ss.

formato da beni idonei a fondare la garanzia (e quindi l'affidamento) dei terzi creditori¹⁴. In particolare, e senza ripercorrere i complessi passaggi della teoretica in esame, il nucleo centrale del citato fondo di beni sarebbe costituito proprio dal «capitale» (per ora non ulteriormente qualificato)¹⁵, del quale la legge si preoccuperebbe, già *ab initio*, di garantire una determinata composizione qualitativa, atta, per l'appunto, ad assolvere tale funzione; è così che vengono ritenuti idonei al conferimento soltanto beni realizzabili *in executivis*, ossia espropriabili e, conseguentemente, descritta in termini di «[diretta] garanzia per i creditori» la funzione espletata già dallo stesso conferimento iniziale di ogni singolo socio¹⁶.

Tale asservimento funzionale del capitale non sarebbe però limitato alla fase costitutiva della società, essendosi dimostrato come la disciplina relativa alla formazione del bilancio selezioni costantemente i valori dei beni che saranno iscritti nell'attivo patrimoniale — e che fanno da *pendant* al capitale nominale — con criteri omogenei rispetto a quelli che presidiano la formazione del capitale stesso, sì da preservarne pressoché intatta la richiamata funzione di garanzia per i creditori¹⁷. Emergerebbe, in conclusione, un'unica nozione di capitale rilevante agli effetti giuridici, ossia quella di «capitale reale», inteso come insieme di beni idonei, poiché espropriabili, a garantire i creditori (c.d. «beni-capitale»); da qui, la differenza qualitativa con la nozione di patrimonio. Invero, mentre il capitale sarebbe costituito da beni idonei alla garanzia, e quindi iscrivibili nell'attivo patrimoniale (*Bilanzfähigen*), il patrimonio risulterebbe, più genericamente, dall'insieme di tutti i beni posseduti dalla società ed utili all'espletamento dell'attività sociale, a prescindere dalla loro idoneità alla garanzia¹⁸.

Alla base di siffatta teorica v'è un ben preciso assetto degli interessi in gioco che vale la pena evidenziare. La promozione del fenomeno societario, ed in particolare il riconoscimento di forme di limitazione della responsabilità patrimoniale dei singoli soci, corrisponderebbe — così si sostiene — ad un «interesse nazionale alla formazione di organismi economici più forti ed idonei [...] a raggiungere risultati economici più importanti di quelli che possono essere perseguiti dal singolo»¹⁹. Tuttavia, si precisa che tale interesse, cui viene rico-

¹⁴ Cfr. E. SIMONETTO, *op. ult. cit.*, p. 217 ss.

¹⁵ L'assunto è ribadito e sviluppato più volte dall'autore nell'opera più volte sopra citata: cfr. pp. 229, 271-272, 279-283, nonché p. 465 ss.

¹⁶ E. SIMONETTO, *op. ult. cit.*, pp. 42 ss., 228, nonché, in modo riassuntivo, p. 411 ss.

¹⁷ E. SIMONETTO, *op. ult. cit.*, p. 283 ss. ed anche pp. 470-471.

¹⁸ E. SIMONETTO, *op. ult. cit.*, p. 425 ss.

¹⁹ E. SIMONETTO, *op. ult. cit.*, p. 67.

nosciuta natura «pubblica», deve necessariamente contemperarsi con l'esigenza, altrettanto importante, di «tutela del credito». Questa, in particolare, sarebbe propria sia dei potenziali creditori sociali, sia dell'ente collettivo, poiché «il permettere che le società possano costituirsi senza garanzia di sorta sarebbe da un lato dannoso ai terzi che stipulano con la società, e dall'altro sarebbe a lungo andare dannoso per le società stesse»²⁰. In tale prospettiva, la ricostruzione del capitale quale garanzia dei creditori non solo va ad ovvio beneficio di questi ma avvantaggia anche lo stesso ente collettivo, che non potrebbe sopravvivere in assenza del credito altrui e, quindi, di un "sistema" normativo di vincoli patrimoniali che incoraggi i terzi ad accordarglielo; da sola, infatti, la società non appare capace di mantenere tale garanzia, poiché, essendo costituita a scopo di lucro, man mano che l'utile si produce la tendenza sarà quella di distribuirlo ai soci, sì che il patrimonio societario tenderà più alla conservazione del proprio valore originario che a quell'incremento che rassicura i terzi²¹.

Al di là dei richiami ad improbabili interessi ordinamentali sulla gestione dell'attività d'impresa, peraltro riecheggianti antistoriche istanze di promozione del potenziale economico nazionale, ciò che la teoria in esame valorizza maggiormente sembrano essere gli interessi "ultrasocietari" orbitanti attorno al capitale sociale. In effetti, se, da un lato, non si nega che il capitale svolga una funzione endosocietaria, dovendo comunque il conferimento essere utile all'esercizio dell'attività d'impresa²², dall'altro è evidente lo spostamento che il baricentro funzionale dell'istituto subisce a vantaggio della tutela dei terzi creditori. In ultima analisi, è l'interesse, trascendente l'ente collettivo, al sicuro svolgimento di un astratto «mercato del credito» — che coinvolge, *in primis*, l'aspettativa di coloro che potrebbero concedere credito alla restituzione di quanto prestato — ad ergersi a fulcro della disciplina del capitale sociale.

3. DALLA GARANZIA IMMEDIATA DEI CREDITORI A QUELLA MEDIATA: LA FUNZIONE «PRODUTTIVISTICA» DEL CAPITALE

La teoria ora esposta, da qualcuno poi definita del «capitale reale» o del «capitale-garanzia»²³, non solo ha avuto echi giurisprudenziali, anche re-

²⁰ E. SIMONETTO, *op. ult. cit.*, p. 18 ss.

²¹ E. SIMONETTO, *op. ult. cit.*, p. 219 ss.

²² E. SIMONETTO, *op. ult. cit.*, p. 263 ss.

²³ Cfr., rispettivamente, G. OLIVIERI, *I conferimenti*, cit., p. 17 e A. PISANI MASSAMORMILE,

centi²⁴, ma, ancor di più, ha significativamente influenzato i successivi studi sul medesimo tema. In effetti, non solo i suoi precipitati applicativi, quale, ad esempio, la necessaria realizzabilità *in executivis* dei beni conferendi, risultano di recente portati a nuovi sviluppi²⁵, ma è dato riscontrare come la quasi totalità dei posteriori approfondimenti compiuti sulla dimensione funzionale del capitale sociale muova dalla suddetta ricostruzione, anche solo in chiave critica²⁶.

Ed è proprio quest'ultimo il caso di uno studio condotto sulla tematica *de qua* nella seconda metà degli anni sessanta²⁷. In effetti, il punto di partenza dello stesso è costituito dalla revisione critica della teoria «realistica», demolita nelle sue due colonne portanti: la conferibilità a capitale dei soli beni idonei alla garanzia dei creditori poiché espropriabili (beni-capitale); l'iscrivibilità a bilancio dei soli beni-capitale. Invero, si è anzitutto dimostrato che dalla disciplina dell'art. 2424 c.c. — non modificata ad oggi — risultano *Bilanzfähigen* anche beni non idonei alla garanzia dei creditori poiché non suscettibili di esecuzione forzata: si pensi, ad esempio, alle concessioni, ai diritti obbligatori di godimento, all'avviamento, ai casi di diritti in contitolarietà, quali potrebbero essere quelli nascenti da partecipazioni in altre società, ecc. Inoltre, siccome il principio di chiarezza e precisione del bilancio sancito dall'art. 2423, comma 2, c.c. impone di iscrivere nello stesso *tutti* i conferimenti, ne risulta agevolmente dedurre la proposizione reciproca, ossia che tutti i beni iscrivibili sono conferibili, di talché, una volta ammesso che in bilancio possono essere iscritti — come visto — anche beni non idonei alla garanzia, ecco che la fallacia della teoria del capitale reale emerge con evidenza²⁸.

Conferimenti, cit., p. 13.

²⁴ Di recente, in tema di entità conferibili, cfr. ad esempio App. Trento, 16 marzo 1999, in *Le società*, 1999, p. 1077, con nota di E. CIVERRA, *Conferimenti atipici in sede di aumento di capitale*, ove, rifiutato il criterio discriminante della «espropriabilità», si è comunque recuperato quello della «iscrivibilità» in bilancio.

²⁵ Cfr., ad esempio, G. OLIVIERI, *I conferimenti*, cit., p. 203, secondo il quale requisito essenziale del conferimento è la sua dimostrata attitudine a «recuperarne successivamente il valore per provvedere alla soddisfazione dei creditori», da intendersi non in termini di espropriabilità *tout court* del bene, essendo sufficiente che «il suo valore si presti ad essere realizzato anche in via mediata attraverso la procedura di liquidazione che coinvolga l'azienda sociale nel suo complesso [...]».

²⁶ Cfr., ad esempio, F. DI SABATO, *Capitale*, cit., p. 91 ss.; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti*, cit., p. 33 ss.

²⁷ F. DI SABATO, *Capitale*, cit., *passim*.

²⁸ F. DI SABATO, *op. ult. cit.*, pp. 93 ss. e 124 ss.

Più in radice, è la stessa idea che il capitale sociale svolga un'*immediata* funzione di garanzia per i creditori a risultare forviante. Ed invero, si spiega come nell'ambito dell'ordinamento l'istituto della «garanzia», ed in specie quello della garanzia «reale», si attui attraverso il meccanismo della prelazione nel soddisfacimento del credito, ciò che, in effetti, accade anche nelle società, per le quali il legislatore ha predisposto un meccanismo che, pur distinguendo quelle di persone da quelle di capitali, assicura una generica prelazione dei creditori sul patrimonio sociale. In ogni caso, si tratta sempre di una garanzia di tipo prelatorio e non di una garanzia relativa alla *composizione* del capitale e dell'*integrità* qualitativa dello stesso. Ad un'attenta analisi, le norme che, ad esempio, pongono limiti massimi alla valutazione dei conferimenti, quali gli artt. 2346 (divieto di emissione di azioni «sotto la pari») e 2343 c.c. (stima dei conferimenti in natura), non incidono infatti sulla composizione qualitativa degli stessi, e quindi sulla loro destinazione; al contrario, esse tenderebbero ad assicurare una mera corrispondenza di valori riguardo allo stesso bene, nel senso che vietano l'attribuzione al conferimento (capitale) di un valore nominale che risulti, in particolare, superiore al valore reale dello stesso (patrimonio). Di talché, l'interesse protetto dal legislatore sarebbe quello alla rilevazione dell'esatta situazione patrimoniale della società e non quello alla formazione qualitativa della garanzia patrimoniale; in tale prospettiva, di «funzione di garanzia» si potrebbe parlare limitatamente alla tutela dell'esigenza dei creditori (ma anche dei soci) alla certezza della situazione patrimoniale della società²⁹.

Dimostrata la fallacia della concezione «realistica» del capitale, la preminente funzione di quest'ultimo viene ricercata *aliunde*. Avvalendosi, in particolare, dei contributi provenienti da altri ambiti scientifici, si sottolinea come nell'economia aziendale i beni dell'impresa — e quindi *ab initio* i conferimenti — non rilevino tanto per la loro consistenza materiale, bensì per l'utilità che da essi l'imprenditore può ricavare ai fini della produzione. In tal senso, la «conferibilità» di un bene prescinderebbe dall'idoneità alla garanzia dei creditori, essendo solo richiesto, da un lato, che il suddetto bene sia utile alla produzione e, dall'altro, che a tale utilità sia possibile attribuire un valore monetario. Le enu-

²⁹ Cfr. F. DI SABATO, *op. ult. cit.*, p. 141 ss. e, conclusivamente, pp. 151-152. Di recente, peraltro, si è osservato come il deterioramento della garanzia dei creditori — intesa quale presenza di beni direttamente aggredibili — intervenuto dopo la costituzione della società non potrebbe che imputarsi colpevolmente agli amministratori, di talché, la previsione della responsabilità di questi ultimi dovrebbe controbilanciare la mancata costante disponibilità di beni «atti alla garanzia»: così, G. OLIVIERI, *I conferimenti*, cit., p. 120 ss. e spec. p. 124; in senso critico, cfr. A. PISANI MASSAMORMILE, *Conferimenti*, cit., p. 15.

create caratteristiche, peraltro, sarebbero riferibile sia al capitale «di esercizio», ossia al complesso delle attività aziendali risultanti dall'attivo della situazione patrimoniale, sia al capitale «netto», che designa la somma dei valori impiegati nella produzione, ed inizialmente conferiti dai soci (capitale nominale), alla cui luce, grazie all'iscrizione nel passivo dello Stato patrimoniale, sarà possibile determinare il risultato dell'attività d'impresa. Emergerebbe, in conclusione, una duplice vocazione funzionale del capitale: quella di mezzo di produzione del reddito e quella di strumento di commisurazione del medesimo³⁰.

Su tale attitudine «produttivistica» hanno peraltro insistito anche successivi studi, alcuni dei quali si sono limitati a rinvenire *sic et simpliciter* in essa la preminente caratteristica funzionale che il capitale possiede in tutte le tipologie societarie³¹, mentre altri ne hanno evidenziato ulteriori risvolti. Il riferimento è, per quest'ultimo caso, a quella dottrina che, dimostrata con un'ampia indagine normativa — che qui non è il caso di ripercorrere — la fallacia dell'equazione «beni conferibili = beni espropriabili», ha chiarito come l'apporto dell'azionista non possa che essere funzionale alla produttività dell'impresa, del resto pretesa per tutti i conferimenti dall'art. 2247 c.c.³². Tale conclusione, se, da un lato, paventa l'esistenza di un nesso strumentale tra capitale ed esercizio dell'attività d'impresa, dall'altro sembra trovare probanti riscontri sia negli studi di economia aziendale che nell'obbligo giuridico del c.d. «capitale minimo», i quali svelerebbero la reale funzione del capitale sociale. Il ragionamento può così sintetizzarsi: i contributi dalla scienza aziendale, pur non dispiegando diretti effetti ermeneutici sulla disciplina del capitale, vantano il merito di avere individuato il «risultato» cui detta normativa dovrebbe tendere; e tale risultato sarebbe quello di implementare la «capacità di reddito» dell'ente, derivante dall'attitudine dello stesso a svolgere la propria attività in modo profittevole.

Non mancano, peraltro, risvolti esterni di una tale concezione. La migliore garanzia prestata ai creditori da una società — si sostiene — sarebbe infatti costituita proprio dalla sua capacità di produrre reddito. In tale prospettiva, il capitale sociale non costituisce una diretta garanzia per i creditori ma si presenta come un insieme di valori di cui l'impresa societaria deve dotarsi per poter raggiungere l'equilibrio economico-finanziario, ossia quell'adeguato rapporto

³⁰ F. DI SABATO, *Capitale*, cit., p. 100 ss.

³¹ Cfr., ad esempio, G. TANTINI, *Capitale*, cit., p. 76 ss.; S. FORTUNATO, *Capitale e bilanci nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 1990, p. 133 ss.

³² G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti*, cit., pp. 56 ss. e 91 ss., nonché, di recente, ID., *Capitale sociale e società*, cit., p. 23 ss.

tra mezzi propri e mezzi di terzi che assicura la necessaria elasticità operativa e, quindi, la migliore condizione di redditività. Tale assunto sarebbe normativamente confermato dal c.d. «obbligo del capitale minimo», previsto in fase costitutiva dall'art. 2327 c.c. e poi, seppure indirettamente, dall'art. 2448, comma 1, n. 2, c.c. (ora art. 2484, comma 1, n. 2, c.c.), che annovera tra le cause di scioglimento della società l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale. Più precisamente, premesso che tale impossibilità può derivare non solo da cause esterne all'ente collettivo ma anche da cause ad esso interne, quali, ad esempio, una notevole perdita di capitale, si sottolinea la contraddittorietà di un sistema che, da una parte, imponesse lo scioglimento della società ove la diminuzione del capitale fosse tale da non consentirle più il raggiungimento dell'oggetto sociale e, dall'altro, non prevedesse *ab initio* che la misura di detto capitale fosse congrua al tipo di attività che l'ente collettivo si accinge per statuto ad intraprendere. Emergerebbe, in sostanza, un principio generale di necessaria congruità, rispetto allo scopo sociale, del capitale e, quindi, la conferma della sua funzione (prevalentemente endosocietaria) di tipo produttivistico³³.

4. SVILUPPI TEORICI RECENTI E VOCAZIONE FUNZIONALE ECLETTICA DEL CAPITALE SOCIALE

Se quelli compendati nei due paragrafi precedenti possono considerarsi i frutti dei più "classici" studi sul capitale sociale³⁴, va detto che non mancano ricostruzioni tese ad evidenziare l'esistenza di ulteriori funzioni che questo sarebbe chiamato a svolgere: funzioni che tal volta si aggiungono e tal'altra assorbono quelle tradizionali.

³³ G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti*, cit., p. 65 ss. e, nel vigore dell'attuale disciplina, ID., *Capitale sociale e società*, cit., p. 63 ss. Per alcuni echi giurisprudenziali della teoria in questione, cfr. Trib. Avezzano, 21 marzo 1980 e 2 maggio 1980, in *Vita not.*, 1980, p. 507; Trib. Roma, 14 dicembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 378; Trib. Milano, 2 aprile 1976, *ivi*, 1977, II, p. 72, con nota di G. TANTINI, *Riflessioni in tema di riduzione del capitale per esuberanza (e di oggetto sociale)*; in senso contrario rispetto alle argomentazioni svolte dalla dottrina in questione, v., ad esempio, G. NICCOLINI, *Capitale*, cit., p. 18 ss.; G. ANGELICI, *Le disposizioni*, cit., pp. 202-203; B. QUATRARO, S. D'AMORA, R. ISRAEL, G. QUATRARO, *Trattato teorico-pratico delle operazioni sul capitale*, t. I, II ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 14, nonché, nella manualistica, per tutti, G. FERRI, *Manuale*, cit., p. 337.

³⁴ Cfr., in ogni caso, L. NOFERI, F. CATARZI, *Il capitale sociale*, EBC, Milano, 1994, pp. 8-9, che noverano ben sei distinte funzioni del capitale.

In tale ultima prospettiva, un cenno merita quella dottrina che vede nel capitale sociale essenzialmente una «informazione», non a caso da indicare sia nell'atto costitutivo che nella corrispondenza sociale (artt. 2327, comma 1, n. 4 e 2250, comma 2, c.c.). In particolare, due sarebbero le categorie interessate al contenuto informativo del capitale: i creditori ed i soci. La teoria in esame muove dall'idea che soci e terzi creditori sono finanziatori della società, e quindi suoi "creditori" (in particolare: i primi a lungo termine ed i secondi a breve termine), e che, in tale prospettiva, il capitale altro non rappresenti se non lo strumento che misura l'esatto ammontare del credito (postergato) che i soci vantano nei confronti della società; ebbene, siccome soci e terzi creditori, in quanto finanziatori della stessa, si trovano *durante societate* in concorrenza per la restituzione di quanto loro dovuto, ecco l'esigenza di una normativa che regoli modi e limiti della remunerazione dell'investimento dei soci, della restituzione a questi degli apporti in concorrenza con quanto dovuto ai creditori terzi, dei rapporti patrimoniali tra società e soci. Se così è, il capitale sociale (*id est*: la disciplina relativa alla sua costituzione ed ai suoi possibili aumenti o diminuzioni) si porrebbe quale strumento di informazione dei terzi circa il rischio cui la restituzione del loro credito è sottoposta in quanto concorrente con le attribuzioni patrimoniali che i soci tendono a lucrare dalla società. Per i soci, invece, tale disciplina tenderebbe ad evitare che gli amministratori della società — anche se soci — compiano distrazioni, o comunque si appropriino, di una parte del valore che appartiene ai membri della compagine sociale mediante manovre che incidono sul capitale, quali, ad esempio, riduzione o aumenti, sopravvalutazione di conferimenti, emissione di azioni sotto la pari, ecc.³⁵

Resta inteso — e ciò merita di essere evidenziato — che sia per i soci che per i terzi creditori la disciplina del capitale sociale svolge una funzione informativa e non già di diretta tutela: cioè si limita a renderli edotti di determinati accadimenti, onde consentire loro di reagire agli stessi con gli opportuni strumenti di autotutela, quali, ad esempio, la richiesta di garanzie patrimoniali o

³⁵ Cfr. in questi termini, M.S. SPOLIDORO, *Capitale*, cit., p. 211 ss., nonché, in precedenza, per alcuni cenni alla suddetta funzione di pubblicità della situazione patrimoniale della società svolta dal capitale, v. G. NICCOLINI, *Capitale*, cit., p. 22. V. anche la contigua ricostruzione di A.E. FABIANO, *Capitale fisso e capitale variabile nella disciplina delle società lucrative e delle società cooperative*, in *Riv. dir. impr.*, 2005, p. 211 ss., che vede nella disciplina del capitale fisso la salvaguardia dell'interesse dei soci ad un «controllo diretto sulle operazioni che possono incidere negativamente sulla posizione individualmente assunta in seno all'organizzazione sociale».

l'esperimento di azioni di responsabilità verso gli amministratori³⁶.

Chiamata istituzionalmente a tirare le fila anche del vasto dibattito riassunto nelle pagine precedenti, la moderna manualistica sembra incline a riconoscere al capitale sociale una valenza funzionale di tipo eclettico. Anzitutto, unanime appare il rigetto della tesi «realistica», data la fondatezza generalmente riconosciuta alle argomentazioni critiche già a suo tempo illustrate, alle quali altre si aggiungono³⁷; ciò non significa, però, che alla disciplina del capitale sociale non sia riconosciuta alcuna funzione di tutela delle pretese dei creditori. Al contrario, la garanzia è ritenuta sussistente, soltanto che — come da più parti si precisa — essa è meramente «indiretta», «supplementare» rispetto a quella offerta dal patrimonio sociale. Più precisamente, la già ricordata appostazione del capitale sociale nella colonna del «Passivo» dello Stato patrimoniale implica la non distribuibilità ai soci della corrispondente quota di patrimonio collocata nella colonna dell'«Attivo» (si noti: quota ideale di attività esistenti di analogo valore, le quali, in tal senso, costituiscono capitale sociale «reale»): con una felice quanto icastica espressione, si parla di «funzione vincolistica», poiché è chiaro che, grazie al meccanismo contabile ora descritto, il valore numerario espresso dal capitale sociale «vincola», rendendola non distribuibile sotto forma di utili, una parte del patrimonio sociale, che, di conseguenza, i soci si impegnano a mantenere durevolmente impiegata all'interno della società. Ebbene, è proprio in questa quota di patrimonio non disponibile che gran parte della dottrina vede un margine di garanzia supplementare per i terzi creditori, i quali possono comunque fare affidamento su di un attivo patrimoniale che eccede le passività di un valore corrispondente quanto meno all'ammontare del capitale sociale (c.d. «netto patrimoniale»)³⁸.

Non tutti, per vero, concordano sulle concrete modalità tramite cui l'ammontare delle risorse per tale via rese indisponibili svolgerebbe il proprio ruo-

³⁶ M.S. SPOLIDORO, *Capitale*, cit., spec. pp. 222-223 e 225.

³⁷ Cfr., tra gli altri, G. MARASÀ, *Le società*, cit., p. 132; F. DI SABATO, *Manuale*, cit., p. 61; G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 8, nota 2, nonché, da ultimo, F. FERRARA JR, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 246, nota 5.

³⁸ Di «funzione vincolistica» in questi termini parla, esplicitamente, G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 8. In senso adesivo, v. anche G. MARASÀ, *Le società*, cit., p. 132; B. QUATRARO, S. D'AMORA, R. ISRAEL, G. QUATRARO, *Trattato*, cit., pp. 2-3 e, già nel vigore del codice di commercio, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, Vallardi editore, Milano, 1923, p. 192. Per una schematica illustrazione del meccanismo contabile descritto nel testo, v. anche G. OLIVIERI, *I conferimenti*, cit., pp. 18-19 e 126-127, nonché, con esempi numerici, P.G. JAEGHER, F. DENOZZA, *Appunti*, cit., p. 126 ss. Concordemente, nell'ambito della recente riforma societaria, v. per tutti F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, XIII ed., Zanichelli, Bologna, 2003, p. 135.

lo di garanzia. Invero, qualcuno ha osservato che dette risorse, prima ancora che garantire «indirettamente» i creditori, sarebbero destinate ad assicurare una non meglio definita «vitalità dell'impresa». Qualcun altro, uscendo dall'ambiguità, sembra più esplicitamente richiamarsi alle teorie produttivistiche. Si è, infatti, sostenuto che le risorse drenate a mezzo del il citato meccanismo contabile svolgono una «funzione di conservazione della produttività dell'impresa sociale», assicurando che, al termine di ogni esercizio, non si disperdano mediante attribuzione i valori corrispondenti agli strumenti impiegati dalla società nell'espletamento della propria attività economica, ovvero sia i conferimenti; ebbene, sarebbe proprio in questa salvaguardata idoneità produttiva dell'impresa societaria che si dovrebbe rinvenire la garanzia (ancora più indiretta) dei creditori ³⁹.

Seppure con qualche diversità di accenti, v'è infine concordia nel riconoscere al capitale sociale una funzione «organizzativa» in senso lato. In sostanza, il capitale fungerebbe, anzitutto, da strumento di quantificazione dell'utile distribuibile, poiché, come detto, quest'ultimo sussisterà soltanto ove le poste attive reali siano superiori a quelle passive aumentate, appunto, del capitale nominale. Inoltre, il capitale sottoscritto si ergerebbe a parametro di determinazione quantitativa di alcuni fondamentali diritti economici ed amministrativi spettanti ai soci, come quello alla divisione degli utili di bilancio, al voto, alla quota di liquidazione, ecc. (cfr., ad esempio, gli artt. 2350, 2437-ter, 2370 c.c.), e ciò in armonia con il principio di giustizia sostanziale che vuole profitto e poteri attribuiti in funzione diretta del rischio assunto da ogni partecipante dell'impresa societaria ⁴⁰. Va considerato, però, che l'attuale art. 2346 c.c. consente l'assegnazione di azioni ai soci in modo anche non proporzionale rispetto alla quota di capitale da questi sottoscritta ⁴¹, ciò che, intuitivamente, ridimen-

³⁹ Sulle due letture della funzione vincolistica qui proposte, v., rispettivamente, F. FERRARA JR, F. CORSI, *Gli imprenditori*, XIII ed., cit., pp. 245-246 e F. DI SABATO, *Manuale*, cit., pp. 62-63; per una sintesi della questione, v. P.G. JAEGHER, F. DENOZZA, *Appunti*, cit., pp. 128-129.

⁴⁰ Sulla funzione organizzativa del capitale, nell'ambito della quale qualcuno fa rientrare anche quella di determinazione dell'utile, cfr., tra i tanti, P. SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 109; G. MARASÀ, *Le società*, cit., p. 131 e pp. 140-141; F. DI SABATO, *Manuale*, cit., p. 63; P.G. JAEGHER, F. DENOZZA, *Appunti*, cit., p. 128; G. FERRI, *Manuale*, cit., p. 335 ss.; G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 9; F. GALGANO, *Diritto*, cit., p. 135. Cfr., inoltre, G. ANGELICI, *Le disposizioni*, cit., p. 245, secondo cui detta funzione, lungi dall'essere meramente accessoria, costituirebbe il profilo di maggiore rilevanza della disciplina dei conferimenti iniziali e quindi del capitale.

⁴¹ Sul punto, per tutti, D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 56.

sione uno degli aspetti della predetta funzione organizzativa riconosciuta al capitale sociale ⁴².

5. IL CAPITALE SOCIALE QUALE OGGETTO DI TUTELA GIURIDICA: UNA PRIMA CONCLUSIONE

Il distacco dalla tesi del «capitale-garanzia» ha costituito il preludio di quel processo di astrazione cui la dottrina commercialista ha sottoposto, nel corso del tempo, il concetto di capitale sociale. Da un'originaria concezione sostanzialista, la quale, come ricordato in precedenza, ne esaltava la composizione "reale", si è difatti passati a valorizzare la dimensione "formale" dell'istituto *de quo*, ossia la sua natura di mera entità contabile ⁴³. Se, perciò, risulta essere quella «nominalistica» la prospettiva corretta dalla quale osservare il capitale sociale, si dovrebbe coerentemente affermare che, se una qualsiasi funzione esso svolge, questa non potrebbe che discendere da tale suo modo di essere. In tale prospettiva, si dovrebbero ritenere prevalenti la funzione «vincolistica» ed «organizzativa», che il capitale difatti svolge in quanto cifra contabile appostata nello Stato patrimoniale, là dove la funzione produttivistica, comunque intesa, sembrerebbe dover apparire di minore importanza, in quanto legata alla consistenza «reale» del capitale sociale.

In verità, la contrapposizione tra "nominale" e "sostanziale" perde gran parte del proprio valore sul piano della tutela (*id est*: allorquando si guarda al capitale come "oggetto" di tutela), poiché è alla seconda dimensione che la legge sembra guardare con maggiore attenzione, là dove, secondo un'accreditata ricostruzione, presidia l'«integrità» e l'«effettività» del capitale sociale (*rectius*: della frazione di patrimonio ad esso corrispondente). «Integrità», intesa quale esigenza di salvaguardare, *durante societate*, il vincolo di indistribuità che grava su quella quota di patrimonio sociale corrispondente al capitale sociale nominale, quindi necessità di assicurare la copertura effettiva del nominale. E tale sarebbe lo scopo, tra gli altri, dell'art. 2433, commi 2 e 3, c.c. che pone il divieto di distribuire dividendi non corrispondenti ad

⁴² Ritiene, invece, che tale disposizione non metta in discussione la funzione organizzativa del capitale sociale, A.E. FABIANO, *Capitale fisso*, cit., p. 203 ss.

⁴³ Riassume con chiarezza le tappe di questo cammino, S. FORTUNATO, *Capitale*, cit., p. 127 ss. Sulla natura «formale» del concetto di capitale sociale nell'attuale dottrina, v., tra gli altri, G. FERRI, *Manuale*, cit., p. 335 nonché, da ultimo, F. FERRARA JR, F. CORSI, *Gli imprenditori*, XIII ed., cit., p. 245.

utili realmente conseguiti e risultanti dal bilancio, ovvero di procedere a tale distribuzione nel caso in cui si sia precedentemente verificata una perdita di capitale non reintegrata; dell'art. 2433-*bis* c.c., che detta rigorosi limiti al riconoscimento di acconti sui dividendi; degli artt. 2357 ss. e 2359-*bis* ss. c.c. che circoscrivono l'acquisto delle azioni proprie o di quelle della società controllante nel limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili, ecc. «Effettività» (*rectius*: effettiva formazione del capitale), invece, intesa quale esigenza che, nella fase di costituzione ed a ogni aumento, alla cifra che figura come capitale (nominale) sottoscritto corrisponda un valore reale di quanto conferito non inferiore alla stessa. Ed a ciò mirava, ad esempio, l'originario art. 2346 c.c. nel vietare l'emissione di azioni per somma inferiore al loro valore nominale (ma lo stesso fa attualmente l'art. 2345, comma 5, c.c., il quale, in considerazione della possibilità sopra richiamata di attribuire ai soci azioni in modo non proporzionale al valore dei conferimenti, dispone che «in nessun caso il *valore* dei conferimenti può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del *capitale sociale*); l'art. 2360 c.c. nel proibire la costituzione del capitale o il suo aumento mediante sottoscrizione reciproca di azioni tra controllante e controllata; l'art. 2343 c.c. (e, per i successivi aumenti di capitale, l'art. 2440 c.c.) nel prevedere un articolato procedimento di stima dei valori attribuiti ai conferimenti in natura ⁴⁴.

È quindi sotto il profilo normativo che il discorso va svolto, e ciò anche con riferimento al rilievo da riconoscere agli interessi sostanziali che orbitano attorno al capitale. Sotto quest'ultimo profilo, la dottrina commercialista ha osservato come il capitale sociale rappresenti, di per sé, il crocevia di svariati interessi: quello — intuitivo — degli azionisti alla remunerazione di quanto investito, ossia agli utili; quello dei creditori attuali al soddisfacimento delle proprie aspettative, e quindi a contenere la fuoriuscita di ricchezza dall'organismo societario; quello dei creditori futuri, nei cui riguardi il capitale sociale potrebbe costituire un indice sintomatico della situazione patrimoniale nella

⁴⁴ Sulla esigenza di «effettività» e di «integrità» del capitale sociale, cfr. S. FORTUNATO, *Capitale*, cit., p. 136; A. PISANI MASSAMORMILE, *Conferimenti*, cit., p. 58 s.; B. QUATRARO, S. D'AMORA, R. ISRAEL, G. QUATRARO, *Trattato*, cit., p. 13 ss. V. anche E. SIMONETTO, *Responsabilità*, cit., p. 272 s., il quale al principio di «integrità» affianca quello di «esatta formazione del capitale», che appare finalizzato ad assicurare l'attitudine del capitale alla garanzia dei creditori nei termini già visti *supra*, § 2. Parlano, invece, soltanto di «integrità» del capitale con riferimento, indistintamente, alle esigenze di tutela soddisfatte dalle norme citate poc'anzi nel testo, ad esempio, G. MARASÀ, *Le società*, cit., p. 136 s., nonché G. COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., pp. 611-612.

quale l'impresa societaria versa; quello "istituzionale", in quanto interesse della società alla propria sopravvivenza, al perseguimento dell'oggetto sociale. In tale prospettiva, il capitale sociale (*rectius*: la sua disciplina), in quanto valore gravato da un vincolo di non distribuibilità, si porrebbe come «strumento di equilibrio» delle suddette contrapposte esigenze⁴⁵. Ed anche se, come visto, il capitale sociale assolve *nei fatti* a varie funzioni, ad ognuna delle quali, peraltro, non si è mancato di riferire in particolar modo un interesse sostanziale proprio di una specifica categoria di soggetti⁴⁶, nessuno di tali interessi sembra assumere *ex se* assorbente rilevanza rispetto agli altri sul piano della tutela, perché questa non si rivolge — almeno in via immediata — a nessuno di essi, bensì all'integrità ed effettività dell'oggetto materiale sul quale gli interessi stessi convergono.

Ed è proprio questa conclusione che, probabilmente, sta alla base della già ricordata concezione «istituzionale» del capitale sociale, che meglio delle altre sarebbe idonea a rappresentare la fitta trama di interessi che vi convergono, adottata dalla prevalente dottrina penale⁴⁷. Certo è, però, che quest'ultima è poi sostanzialmente concorde nel ritenere le varie fattispecie poste a tutela del capitale sociale — o meglio, della sua «integrità» ed «effettività»⁴⁸ — orientate, fondamentalmente, alla salvaguardia della funzione di garanzia, seppure indiretta, delle ragioni dei creditori sociali; circostanza, quest'ultima, dimostrata, a tacer

⁴⁵ Per tutti, sul punto, v. M. CASTELLANO, *Limiti alla distribuzione dell'attivo*, in *La seconda direttiva CEE in materia di società*, a cura di L. BUTTARO, A. PATRONI GRIFFI, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 128-129, nonché, V. MANFREDONIA, *La formazione del capitale sociale e l'art. 7 della seconda direttiva*, *ivi*, p. 46 ss.; con specifico riferimento all'interesse dei creditori futuri, v. in particolare F. FENGI, *La riduzione*, *cit.*, pp. 36-37. Non è mancato, per la verità, chi ha tentato di riassumere diversamente tale articolato intreccio di interessi presupposto dal capitale sociale, riconducendolo sinteticamente ad un unico «interesse "pubblico" che si fissa sulla promozione degli organismi economici come strumento di progresso civile ed umano della nazione»: in questi termini, cfr. M.S. SPOLIDORO, *Capitale*, *cit.*, p. 219.

⁴⁶ Così, la funzione «produttivistica» sottintenderebbe in special modo l'interesse della società; quella «di garanzia» l'interesse dei creditori; quella «organizzativa» l'interesse dei soci: al riguardo, cfr. G. TANTINI, *Capitale*, *cit.*, pp. 55 e 60 s., nonché, più di recente, M.S. SPOLIDORO, *Capitale*, *cit.*, p. 218 ss. Per la verità, non sembra agevole «ordinare» i vari interessi che si avvantaggiano delle specifiche funzioni svolte dal capitale sociale; così, ad esempio, non è facile stabilire se alla c.d. funzione «produttivistica» siano interessati in maggiore o minore misura, oltre alla società, anche i soci ed i creditori.

⁴⁷ Cfr. *retro*, Cap. I, par. 4.

⁴⁸ Su tale contrapposizione, tra i penalisti, cfr. V. NAPOLEONI, *I reati societari*, vol. I, *cit.*, p. 38 ss. e, da ultimo, in *La tutela penale del capitale sociale*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di L. CONTI, *cit.*, p. 202.; dopo la riforma, per tutti, cfr. A. ROSSI, *La nuova tutela*, *cit.*, p. 688.

d'altro, dal rilievo penale di condotte che indubbiamente arrecano beneficio ai soci e/o alla società. Si pensi, ad esempio, all'illegitima distribuzione di utili, che sicuramente pregiudica la consistenza patrimoniale della società ma beneficia i soci percettori, così come alla sopravvalutazione dei conferimenti, la quale può riguardare o taluni di essi, con lucro limitato soltanto ai soci che li conferiscono, ovvero indistintamente tutti gli apporti di capitale, con nessun vantaggio per i soci, sicuro miglioramento della consistenza economica che la società mostra all'esterno e, al solito, pregiudizio per l'affidamento dei terzi⁴⁹. Non che sia mancato lo scambio interdisciplinare con i cultori del diritto commerciale, i quali, come visto, sottolineano ad oggi la multidimensionalità funzionale del capitale sociale; anzi, la "contaminazione" appare evidente là dove si consideri che la funzione («supplementare») di garanzia da quest'ultimo svolta viene spiegata proprio richiamando il raffinato meccanismo contabile dell'iscrizione nel passivo del suo importo nominale, il che consente — sottolinea un'autorevole dottrina — di «bloccare» (e rendere indisponibile) una corrispondente quota ideale del patrimonio sociale, pur nel fluire dei beni reali che lo compongono», posto che «l'attitudine sotto il profilo sia operativo che satisfattivo può riconoscersi soltanto ai beni reali, costitutivi del patrimonio sociale»⁵⁰. Nondimeno, proprio da parte di coloro che, da tempo, sostengono con più convinzione la natura «istituzionale» del capitale sociale è stato poi sottolineato il primato che la salvaguardia delle ragioni creditorie rivestirebbe nell'ambito della più vasta strumentalità che quest'ultimo possiede quale oggetto di tutela penale⁵¹.

Ciò detto, si tratta di verificare la persistente validità di una tale impostazione alla luce dell'odierno statuto giuridico della società per azioni, ovvero, più precisamente, di tratteggiare l'attuale fisionomia del capitale sociale "agli effetti penali".

⁴⁹ Cfr., ad esempio, F. ANTOLISEI, *Leggi complementari*, vol. I, XI ed., cit., p. 211; U. GIULIANI BALESTRINO, *I problemi generali*, cit., p. 51 ss.; A. CRESPI, *L'illegitima ripartizione*, cit., p. 73 ss.; C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali*, cit., pp. 363-364; L. FOFFANI, *Reati societari*, cit., pp. 256-257; F. GIUNTA, *Lineamenti*, I ed., cit., p. 136.

⁵⁰ In questi termini, v. C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali*, cit., pp. 363-364, nonché, per tutti, A. CRESPI, *L'illegitima ripartizione*, cit., p. 73. Più in generale, la dottrina penale sembra mostrare una costante attenzione nei riguardi dei risultati ricostruttivi cui la dottrina commercialista giunge in tema di capitale sociale, come dimostrano, ad esempio, i lavori di G. SCARLATO, *I reati societari*, cit., p. 52 ss., di V. NAPOLEONI, *I reati*, vol. I, cit., p. 7 ss. e, recentemente, di V. NORMANDO, *Capitale sociale*, cit., p. 1 s.

⁵¹ Cfr., esplicitamente, C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali*, cit., pp. 363-364, nonché, L. FOFFANI, *Reati societari*, cit., pp. 256-257.