

IL “SUPERAMENTO DELLAPERSONALITÀ GIURIDICA”: ALCUNE CONSIDERAZIONI ALLA LUCE DELDIRITTO SOCIETARIO ITALIANO*

THE “OVERCOMING OF LEGAL PERSONALITY”: SOME CONSIDERATIONS IN THE LIGHT OF ITALIAN COMPANY LAW

ANDREA CAPRARA*

ÉRICO ANDRADE**

MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES***

RIASSUNTO

Il c.d. superamento della personalità giuridica è uno strumento che la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato per offrire tutela contro particolari ipotesi di abuso del diritto. Le soluzioni normative sono molto diversificate nella legislazione degli Stati nazionali (e nel diritto dell'UE). Nel codice civile italiano non si prevede un generale divieto di abuso, ma con la riforma del diritto societario (2003) e con la riforma del diritto fallimentare (2019), si sono introdotti istituti nuovi utili a contrastare l'abuso del diritto, senza prevedere il superamento della persona giuridica. Nella presente indagine si vuole verificare se: i) le nuove disposizioni previste dal diritto italiano lascino ancora spazio per ricorrere al superamento della personalità giuridica al fine di sanzionare l'abuso della responsabilità limitata; ii) è utile una disciplina di diritto positivo che tipicizzi le fattispecie di abuso.

PAROLE CHIAVE: Diritto (abuso del).
Personalità giuridica (superamento della).
Responsabilità limitata (superamento della).

ABSTRACT

The so-called piercing of corporate veil is an instrument that doctrine and jurisprudence have developed to offer protection against particular cases of abuse of rights. The regulatory solutions are very diverse in the legislation of the nation states (and in EU law). The Italian civil code does not provide for a general prohibition of abuse, but with the reform of company law (2003) and bankruptcy law (2019), new institutions have been introduced to counter abuse of rights. The present investigation examines whether: i) with the new provisions under Italian law, piercing of corporate veil is still useful or required; ii) a positive law regulation typifying abuse cases is useful.

KEYWORDS: Rights (abuse of). Corporate veil (piercing of). Limited liability (piercing of). Holding liability due to the 'management and coordination' of its subsidiaries. Loan of shareholders (postponed until the other creditors have been satisfied). Directors' liability. Shareholders liable for the debts

* Lo scritto prende spunto dalla relazione tenuta al «Seminário internacional Brasil e Itália: o direito privado e o processo na contemporaneidade», 4 de setembro de 2023, Plenário do Órgão Especial do TJMG, Belo Horizonte.

** Professore Associato di Diritto Commerciale dell'Università di Verona.
E-mail: andrea.caprara@univr.it

*** Pós-Doutor pela Universidade degli Studi di Milano. Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Processual Civil na UFMG.
E-mail: ericoandrade@ufmg.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1705-190X>.

**** Pós-Doutor pela Universidade de Verona - Dipartimento di Scienze Giuridiche. Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Associado de Direito Civil na UFMG.
E-mail: marcelo.milagres@uol.com.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4007-6416>.

Attività di direzione e coordinamento (abuso della). Postergazione dei crediti dei soci. Responsabilità degli amministratori. “Super società di fatto” (fallimento della).

incurred by the company (cases of). “De facto super-company” (bankruptcy of).

SOMMARIO: 1. L’oggetto e l’obiettivo dell’indagine. – 2. L’inquadramento della questione nel diritto societario italiano: la nozione di abuso della *responsabilità limitata*. – 3. L’approccio giurisprudenziale al tema del superamento della personalità giuridica. – 4. L’approccio della dottrina: a) i rimedi tipici diretti. – 4.1. La responsabilità della *holding* per eterodirezione abusiva. – 4.2. La responsabilità dei soci di s.r.l. in solido con gli amministratori per aver deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. – 4.3. La postergazione dei finanziamenti operati dai soci nella s.r.l. – 5. b) i rimedi tipici indiretti. – 5.1. L’illecita prosecuzione dell’attività d’impresa e la determinazione del danno (art. 2486, comma 3, c.c.). – 5.2. La c.d. super società di fatto. – 6. Considerazioni conclusive: il risarcimento del danno come tutela generale contro l’abuso nel diritto dell’impresa e il superamento della personalità giuridica come rimedio residuale.

1. *L’oggetto e l’obiettivo dell’indagine.* – Il c.d. *superamento della personalità giuridica* è uno strumento che la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato per offrire tutela contro particolari ipotesi di abuso del diritto¹.

Non mancano esperienze normative sovranazionali e nazionali che contemplano disposizioni generali o puntuali per contrastare l’abuso. Si pensi

1 La bibliografia sull’argomento è sterminata. Sull’abuso in generale cfr., tra i molti, R. SACCO, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Agg., VII, Utet, Torino, 2012, p. 1 ss.; D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. II, Giuffrè, Milano, 1998, p. 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Ist. dell’Enc., Roma, 1988, p. 1 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, I, Utet, Torino, 1987, p. 1 ss. G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, in AA.Vv., *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Giuffrè, Milano, 2006, p. 115 ss.; P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998; R. SACCO, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, in AA.Vv., *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile*, a cura di G. Alpa, M. Graziadei, U. Mattei, R. Sacco, Torino, 2001, p. 373 ss. Molti sono i convegni e i dibattiti che il tema dell’abuso ha ispirato, dimostrando anche la trasversalità del tema rispetto ai diversi settori dell’ordinamento. Cfr. AA.Vv., *L’abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. Velluzzi, Edizioni ETS, Pisa, 2012; AA.Vv., *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell’ordinamento*, a cura di G. Furguele, ESI, Napoli, 2017. Sui diversi utilizzi dell’abuso del diritto emersi in dottrina cfr. A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, I, p. 297 ss., in part. p. 311. Nel diritto societario le tecniche per il contrasto dell’abuso vengono utilizzate anche in altri frangenti, a partire dall’esercizio del diritto di voto nelle decisioni dei soci, su cui v. F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*.

all'art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali U.E. dove si sancisce il *Divieto di abuso del diritto*, considerato un principio generale dalla giurisprudenza europea della Corte di Giustizia², ma anche all'ordinamento Svizzero, dove il «manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge» (art. 2, comma 2, c.c.), piuttosto che al *Código Civil y Comercial de la República Argentina* (Ley n. 26.994, 1 de outubro de 2014) ove il capitolo terzo dedicato all'esercizio dei diritti comprende: l'art. 9 rubricato *Principio de buena fe*, l'art. 10 *Abuso del derecho* e l'art. 11 *Abuso de posición dominante*. Ancora: nel *Código Civil Brasileiro* del 2002 (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), oltre ad una generale definizione di abuso che compare tra *Dos Atos Ilícitos* (art. 187 c.c.), si è introdotta una disciplina sostanziale più generale dello stesso e del (conseguente e possibile rimedio del) superamento della personalità giuridica (art. 50 c.c.), a partire della disciplina originaria del superamento della personalità giuridica nel codice del consumo del 1990 (l. 8.078, art. 28) e che oggi trova il suo completamento, sul piano processuale, nell'art. 133 ss. del *Código de Processo Civil* del 2015 (lei n° 13.105 de 16 de março de 2015).

Nel codice civile italiano non si prevede un generale divieto di abuso³, né vi è una disciplina espressamente dedicata all'abusivo ricorso a istituti che assicurano la responsabilità limitata (o l'autonomia patrimoniale).

Pertanto, con la riforma del diritto societario del 2003⁴ e, più recentemente, con il d.lgs. 14/2019, Codice della Crisi e dell'Insolvenza delle Imprese (di seguito anche CCII), si sono introdotti istituti utili a contrastare l'abuso del

2 Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza del 22 novembre 2017, C-251/16, punti 30 e 31, richiamata da Corte di Giustizia UE (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2019, C-115/16; C-118/16; C-119/16; C-299/16, punto 101, ove si rileva che, nel diritto dell'Unione europea, il divieto di porre in essere delle pratiche abusive costituisce un «principio generale che trova applicazione indipendentemente dalla questione se i diritti ed i vantaggi oggetto dell'abuso trovino il loro fondamento nei Trattati, in un regolamento o in una direttiva».

3 Nell'ordinamento italiano vi sono, infatti, disposizioni settoriali. In materia tributaria v. l'art. 10bis della l. 212/2000, rubricato *Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*, introdotto dall'art. 1 d.lgs. 128/2015, con cui si sovrappone l'abuso del diritto all'elusione fiscale. In sostanza l'abuso del diritto rientra nel principio generale di antielusione fiscale. In giurisprudenza v. le precisazioni di Cass. 16 gennaio 2023, n. 1166, per la quale l'art. 10bis, cit., trova applicazione «alla stregua del generale principio antielusivo rinvenibile nella Costituzione [italiana] e nelle indicazioni della Raccomandazione n. 2012/772/UE, in presenza di una o più costruzioni di puro artificio che, realizzate al fine di eludere l'imposizione, siano prive di consistenza commerciale ed economica, ma produttive di vantaggi fiscali». V., inoltre, sull'abuso di dipendenza economica l'art. 9, l. 192/1998 e sull'abuso di posizione dominante l'art. 3, l. 287/1990.

4 La riforma del diritto societario è stata introdotta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, recante *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*. A tale provvedimento normativo si era affiancata una disciplina processuale speciale con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, recante *Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, oggi in gran parte abrogato.

diritto senza giungere tuttavia a soluzioni riconducibili al superamento della persona giuridica⁵.

Tanto premesso, considerato che una tutela contro i comportamenti abusivi (compreso l'abusivo ricorso a società che assicurano la irresponsabilità dei soci per le obbligazioni sociali) sembra irrinunciabile per un ordinamento moderno, l'*obiettivo* della presente indagine è duplice e consiste nel verificare se:

i) le nuove disposizioni previste dalla riforma del diritto societario del 2003 e dal CCII rendono ancora attuale l'esigenza di ricorrere, nell'ordinamento italiano, al rimedio generale del *superamento della personalità giuridica* per colpire l'*abuso della responsabilità limitata*;

ii) una disciplina di diritto positivo che, sull'esempio di altri ordinamenti, tipicizzi le fattispecie di abuso possa offrire una tutela maggiormente efficace rispetto a quella che si ricava dall'attuale quadro normativo italiano.

Sul piano del *metodo*, premesso che il concetto di abuso allude ad una patologia dell'*uso* di un diritto o di un potere, si dovrà, in primo luogo, in mancanza di una definizione legislativa, individuare una *nozione di abuso* che sia coerente con la funzione a cui le società (specie di capitali) sono preordinate. In secondo luogo, sarà necessario soffermarsi sull'approccio della giurisprudenza e della dottrina al tema dell'abuso della responsabilità limitata distinguendo, con riguardo a quest'ultima, tra i *rimedi tipici diretti e indiretti*.

2. *L'inquadramento della questione nel diritto societario italiano: la nozione di abuso della responsabilità limitata.* – In mancanza di una nozione legislativa o anche solo condivisa in dottrina di abuso del diritto in generale e di abuso della personalità giuridica in particolare⁶, occorre chiarire a quale fenomeno si intende fare riferimento in questa sede e ai profili di tutela che vengono in considerazione in relazione agli interessi tutelati. A tal fine si ritiene

5 Il fenomeno del superamento della persona giuridica nel diritto dell'impresa esercitata in forma collettiva o comunque societaria ha il suo punto di massima criticità nella società per azioni (s.p.a.) e nella società a responsabilità limitata (s.r.l.), alle quali sono dedicate le riflessioni che seguono, ma potrebbe trovare spazio anche nelle società di persone nei confronti, ad esempio, dell'accomandante (salvo che la tutela contro l'abuso debba considerarsi assorbita dalla previsione della responsabilità illimitata ai sensi dell'art. 2320 c.c. per indebita ingerenza nella gestione della società) e, nella società in nome collettivo, per superare la responsabilità sussidiaria (i.e. il beneficio di preventiva escussione) dei soci. La proposta di reprimere per legge l'abuso della personalità giuridica è stata presa in considerazione nell'ambito dei lavori preparatori per la riforma del diritto societario del 2003 (ne dà conto N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica. Tecniche sanzionatorie a confronto*, Cedam, Padova, 2002, p. 2), ma poi è stata abbandonata tanto da non comparire nel testo definitivamente approvato.

6 Cfr. N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica. Tecniche sanzionatorie a confronto*, Cedam, Padova, 2002, p. 1, la quale definisce l'abuso della personalità giuridica come «espressione ellittica» che «equivale ad abuso dei diritti sinteticamente riassunti nel concetto di persona giuridica. È perciò una figura che si iscrive nel più ampio genere dell'abuso del diritto, ritrovando quella varietà e molteplicità di rimedi che nel tempo e nello spazio ha ricevuto l'abuso del diritto».

utile circoscrivere in modo più puntuale il tema e tratteggiare la cornice di principio e concettuale in cui la nozione di abuso dovrà essere elaborata.

Si deve quindi innanzitutto precisare che, sul piano delle fattispecie da esaminare, si limiterà l'attenzione solo all'abusivo ricorso alla s.p.a. o alla s.r.l. per non esporre il patrimonio del socio a pretese dei creditori sociali. Non si tratterà, invece, della differente fattispecie che riguarda la tutela dei creditori del socio che contrae personalmente con i terzi obbligazioni che sono da imputare alla persona giuridica⁷, né dell'ulteriore operazione (potenzialmente abusiva se diretta a sottrarre beni ai creditori sociali) di trasferimento dei beni della persona giuridica a favore dell'unico socio⁸.

In secondo luogo occorre tener conto che, con riguardo alla cornice di principio in cui iscrivere la nozione di abuso, la disciplina della limitazione della responsabilità patrimoniale, nel vigente diritto dell'impresa⁹, è funzionale all'assunzione e alla gestione del rischio nello svolgimento dell'attività economica. Si pensi, infatti, alla possibilità di costituire, da un lato, patrimoni destinati allo specifico affare (art. 2247bis, lett. a, c.c.) e alla società unipersonale

7 Sul piano comparatistico è interessante osservare che, nel diritto brasiliano, il superamento della personalità giuridica è un rimedio utilizzato per imputare al socio un'obbligazione contratta da una società (*desconsideração da personalidade jurídica*: art. 50 c.c.), ma l'abuso può anche verificarsi in senso opposto, con l'imputazione alla società di un'obbligazione contratta dal socio personalmente (*desconsideração inversa*: art. 50, comma 3, c.c.; art. 133, comma 2, c.p.c.). Questa prospettiva, oggi accolta dal legislatore, è nata dell'orientamento giurisprudenziale del "Superior Tribunal de Justiça" che è un giudice sostanzialmente equivalente alla Corte di Cassazione in Italia (cf., per esempio, una delle prime sentenze sul caso, REsp n. 948.117, del 22/6/2010: "A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador"). Cfr., anche per una prospettiva storica, F. MARRA VIDIGAL, *Confusão patrimonial como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica*, Expert Editora, Belo Horizonte, 2021, p. 66 ss., nonché L. PARENTONI, *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica: Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira* (Jurimetria/Empirical Legal Studies), São Paulo, Quartier Latin, 2014, p. 87; O.L. PARENTONI, *Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, Porto Alegre, RS Editora Fi, 2018; È. ANDRADE, L. NETTO PARENTONI, *Il superamento della personalità giuridica nel diritto brasiliano. Aspetti sostanziali e processuali*, in *Il diritto degli affari*, 2020, p. 627 ss.

8 La fattispecie è disciplinata dall'art. 2362, comma 5, c.c. (per le s.p.a.) e, in modo analogo, dall'art. 2478, comma 3, c.c. (per le s.r.l.). In argomento v. P.M. SANFILIPPO, *Sub art. 2362*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Jovene, Napoli, 2004, p. 432 e C. IBBA, *La S.R.L. unipersonale*, in AA.Vv., *La società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba, G. Marasà, tomo II, Giuffrè, Milano, 2020, p. 175 ss. Perfezionato il regime di opponibilità dell'operazione ai creditori sociali, la tutela potrebbe fondarsi sull'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c.

9 Sulla responsabilità limitata nelle società anonime in una prospettiva storica v. A. SANTUARI, *Le società di capitali fra autorizzazione governativa e libertà di associazione durante il periodo 1800 – 1865*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, II, p. 41 ss., in part. p. 46; U. MORERA, *L'omologazione degli statuti di società: il controllo in sede di costituzione e di modificazione*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 10, F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 78 ss.

in cui l'unico socio è comunque esonerato dall'assoggettamento alla procedura concorsuale della liquidazione giudiziale anche quando lo stesso è tenuto a pagare i debiti sociali (artt. 2325, comma 2, c.c. e 2462, comma 2, c.c. e art. 256 CCII)¹⁰ e, dall'altro, allo svilimento del significato produttivistico e di garanzia del capitale sociale specie nella s.r.l. a capitale ridotto (artt. 2463, comma 4, c.c.) e nella s.r.l. semplificata (art. 2463bis c.c.)¹¹.

In terzo luogo, sul piano concettuale, occorre distinguere tra due profili: *i*) l'abuso (della responsabilità limitata o, meglio, della separazione patrimoniale) e *ii*) lo strumento invocato per sanzionarlo (quale è la tecnica del superamento della personalità giuridica). Il *concetto di abuso* va riferito, infatti, ad un uso non consentito dei modelli societari che assicurano l'autonomia patrimoniale perfetta: un uso che, in altri termini, realizza «una violazione qualificata da qualche elemento di particolare riprovevolezza, tale da giustificare la disapplicazione di una norma attributiva di un diritto soggettivo o comunque di una libertà d'azione»¹². Tale definizione consente di obiettivizzare la fattispecie di abuso¹³, inteso come «l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore». In sostanza, si può configurare un abuso del diritto quando, «nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede»¹⁴. Ne consegue che il *superamento della personalità*

10 Cfr. M. SPIOTTA, *La società unipersonale: una parabola normativa*, Giuffrè, Milano, 2012, in part. pp. 68 ss., 237 ss. e 341 ss., le cui riflessioni sono tuttora valide ancorché sia sopravvenuto il CCII.

11 Cfr. G.B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con capitale destinato (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Rivista delle società*, 2010, p. 1237 ss. Lo stesso Autore, in passato (G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Rivista delle società*, 1970, p. 33 ss., in part. p. 76 ss.), aveva proposto una tesi che si fondava su un «rapporto di congruità» necessaria anche nel momento iniziale tra capitale sociale e attività programmata nell'atto costitutivo.

12 Così, testualmente M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 3/2018, p. 1 ss., in part. p. 19.

13 Cfr. M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, I, p. 669 ss., in part. p. 678 ss.

14 Così Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro italiano*, 2010, I, c. 85, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*. L'obiettivizzazione può attuarsi facendo riferimento alla figura amministrativistica dell'eccesso di potere (cfr. F. FIMMANÒ, F. SUCAMELI, *Gli indici formali e legali di "controllo pubblico" e i fatti concludenti dell'abuso di eterodirezione*, in *Rivista Corte Conti*, 2020, n. 4, p. 1 ss.) e alla buona fede oggettiva. Cfr. Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giurisprudenza commerciale*, 1996, II, p. 329 ss., con commento di P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, ma anche Cass. 15 giugno 2018, n. 15885, per la quale l'abuso del diritto è «configurabile allorché il titolare di un diritto

giuridica (o, per meglio dire, il superamento della separazione patrimoniale assicurata dalla regola dell'autonomia patrimoniale perfetta) deve essere inteso come un rimedio generale atipico contro l'abuso in senso oggettivo.

In quarto luogo, sempre sul piano concettuale, l'impresa va intesa come attività economica organizzata per poter operare durevolmente nel mercato competitivo. L'impresa è vista, quindi, in termini oggettivi, come entità funzionalmente organizzata per perseguire nel tempo i propri scopi.

Dalle superiori premesse, si possono trarre alcune conseguenze per giungere finalmente alla definizione di abuso da adottare ai fini della presente indagine:

i) è innanzitutto necessario, aderendo ad una concezione oggettiva di abuso, cogliere la finalità per la quale l'ordinamento riconosce la pretesa che viene esercitata in modo abusivo: la previsione per la quale dei debiti sociali risponde solo la società con il proprio patrimonio (artt. 2325, comma 1 e 2462, comma 1, c.c.) è necessaria per assicurare la *limitazione del rischio per i debiti sociali*. Questa disposizione contribuisce ad attrarre investimenti e a favorire – con l'adozione un corretto assetto organizzativo – le scelte strategiche e operative di maggior propensione al rischio da parte degli amministratori;

ii) in secondo luogo, quando si parla di *superamento della personalità giuridica*, di regola si fa riferimento ad un rimedio che consente al creditore sociale di dirigere la propria pretesa (anche) verso un soggetto diverso rispetto all'originario debitore. Si tratta, quindi, di una tecnica che non sposta ma allarga la base patrimoniale su cui il creditore può rifarsi nella responsabilità da debito, prescindendo dalla configurazione di una condotta illecita e, quindi, dalla responsabilità da illecito civile (o da inadempimento).

Alla luce delle considerazioni che precedono si può delineare una *nozione di abuso della separazione patrimoniale* che operi sul piano oggettivo (dell'interesse tutelato e quindi indipendentemente dalle finalità del soggetto che commette l'abuso), che consiste nella alterazione illegittima della funzione dell'autonomia patrimoniale. Ciò avviene quando la costituzione di una s.p.a. o di una s.r.l., con cui si realizza il concorso nel rischio d'impresa da parte dei creditori e degli altri *stackholders*, non trova giustificazione nell'interesse dell'attività economica di perdurare nel mercato competitivo. In tali casi la

soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie e irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, e al fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti». Cfr., per una efficace sintesi, M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, I, p. 669 ss., in part. p. 671 ss. V., inoltre, A. ZACCARIA, *La buona fede: da argine all'abuso del diritto a oggetto di un principio abusato*, in *Studium Iuris*, 2019, p. 1 ss.

costituzione di s.r.l. o s.p.a. si risolve *esclusivamente* nella mera preclusione per i terzi di aggredire il patrimonio personale dei soci, senza che a tale limitazione corrisponda un autentico esercizio dell'attività economica o comunque una legittima ripartizione del rischio di impresa.

3. *L'approccio giurisprudenziale al tema del superamento della personalità giuridica.* – Il ricorso da parte della giurisprudenza alla figura del superamento della persona giuridica è storicamente avvenuto in diverse occasioni: dalla costituzione di un gruppo di società per operare un frazionamento del numero dei dipendenti fra più persone giuridiche al fine di non superare determinate soglie quantitative di lavoratori e di continuare ad applicare regole di maggior favore per il licenziamento¹⁵, ai casi di sistematica confusione dei patrimoni della società e del socio¹⁶. Ancora, si è fatto ricorso al superamento della personalità giuridica nel caso della costituzione di una società di capitali per eludere il divieto (legale o pattizio) per il socio di svolgimento di attività in concorrenza¹⁷. La fattispecie di maggior interesse in questa sede è però quella del c.d. socio tiranno che si caratterizza per l'adozione di decisioni «in via esclusiva attraverso gli organi delle società dominate, ed inoltre [per la] creazione di confusione tra i patrimoni del socio dominante e della società dominata», senza che vi sia la spendita del nome del socio (come si avrebbe se tale socio operasse come *holding*)¹⁸. Una figura, quella del c.d. socio tiranno, che la Cassazione

15 Cfr., ad esempio, Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, in *Giustizia civile*, 2003, I, p. 1508, ma v. già Cass. 1 aprile 1999, n. 3136, in *Massimario Giurisprudenza del lavoro*, 1999, p. 467, ove si afferma che «il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non comporta il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di personalità giuridica distinta, alle quali continuano a far capo i rapporti di lavoro del personale in servizio presso le distinte e rispettive imprese», ma resta salva «la possibilità di ravvisare un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro - anche ai fini della sussistenza o meno del requisito numerico necessario per l'applicabilità della cosiddetta tutela reale del lavoratore licenziato - ogni volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra vari soggetti e ciò venga accertato in modo adeguato, attraverso l'esame dell'attività delle singole imprese, da parte del giudice del merito». La decisione è interessante perché il giudice elenca una serie di «requisiti» – su cui non è possibile soffermarsi in questa sede – per poter affermare l'esistenza di un unico rapporto di lavoro pur in presenza di una pluralità di datori di lavoro che integrano un unitario centro di imputazione.

16 Cfr. Trib. Messina, 15 febbraio 1996, in *Giustizia civile*, 1996, I, p. 1799.

17 Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Cedam, Padova, 2009, p. 496 ss., da dove è tratta parte della casistica che precede. A tal proposito va ricordata la decisione del Trib. Bologna, 22 giugno 2012, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 2013, I, p. 572, ove si afferma che «il vincolo di controllo, derivante dalla spettanza ad una società della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea di un'altra società (art. 2359 c.c., comma 1), non determina di per sé la responsabilità della partecipante per le obbligazioni della partecipata, all'uopo occorrendo un *quid pluris*, come quando risulti la mera apparenza o comunque il superamento della distinta soggettività dei due enti, con la sostanziale unicità della conduzione dell'attività imprenditoriale nel suo complesso o dello specifico rapporto produttivo di quelle obbligazioni».

18 Così Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, nota come *sentenza Caltagirone*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 1, c. 713, con commento di R. WEIGMANN.

ha evocato anche in più recenti decisioni in cui il socio, per usare una nota espressione della dottrina, utilizza la società come «cosa propria»¹⁹. Per i Supremi giudici ricorre infatti il «fenomeno definito dell'abuso di personalità giuridica [quando] alla forma societaria corrisponda una gestione in tutto e per tutto individuale». In questa ipotesi il socio dovrà rispondere «illimitatamente anche con il proprio patrimonio (...) ma la società di capitali resta con tutti i suoi connotati, anche e soprattutto a tutela delle partecipazioni di minoranza non fittizie o fraudolente»²⁰.

La tecnica del superamento della personalità giuridica che fa capo al c.d. socio tiranno ha ricevuto severe critiche in dottrina perché si fonda sul criterio di imputazione sostanziale dell'attività di impresa che, tuttavia, non trova spazio nell'ordinamento italiano²¹.

19 Cfr. W. BIGIAVI, *Società controllata e società adoperata "come cosa propria"*, in *Giurisprudenza italiana*, 1959, I, 1, c. 623. Si tratta, in sostanza, della trasposizione, sul piano societario, della teoria dell'imprenditore occulto elaborata da Walter Bigiavi in molteplici scritti (tra cui: ID., *L'imprenditore occulto*, Cedam, Padova, 1954; ID., *Difesa dell'“Imprenditore occulto”*, Cedam, Padova, 1962.; ID., *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro italiano*, 1960, I, c. 1180; ID., *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1954, I, 2, c. 691; ID., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento “in estensione”*, in *Giurisprudenza italiana*, 1959, I, 2, c. 149; ID., *Imprese di finanziamento” come surrogati del socio tiranno imprenditore occulto*, in *Giurisprudenza italiana*, 1967, IV, c. 49), poi sviluppata, in particolare, da Antonio Pavone la Rosa (ID., *La teoria dell'“imprenditore occulto” nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Rivista di diritto civile*, 1967, I, p. 623 ss.), ma v. anche V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Morano, Napoli, 1969. La tesi ha trovato una decisa opposizione già in T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro italiano*, 1956, I, c. 405; ID., *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Foro italiano*, 1957, I, c. 14433. Per una recente ricostruzione delle diverse opinioni e per i riferimenti bibliografici v. G. MARASÀ, *L'imprenditore* (artt. 2082-2083), in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 211 ss., e N. RONDINONE, *Lo spettro dell'organizzazione in forma di impresa nel libro del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2022, in part. p. 223 ss. Quest'ultimo Autore riprende la tesi del Bigiavi, ma elabora appositi criteri di imputazione dell'attività e dell'organizzazione, giungendo alla conclusione per la quale «i criteri di imputazione dell'attività organizzata conducono, in relazione alla fattispecie dell'imprenditore occulto, alla soluzione per cui la qualità di imprenditore viene imputata tanto al *dominus*, quanto al prestatore. (...) il prestatore rimane l'unico responsabile delle obbligazioni che abbia assunto a suo nome, mentre l'interessato è responsabile di sole tre obbligazioni inerenti all'attività organizzata imputatagli in via riflessa, tutte nei confronti del mandatario: obbligo di corrispondergli il compenso, obbligo di somministrargli o rimborsargli i mezzi necessari, l'obbligo di risarcirgli i danni subiti a causa dell'incarico». Nei confronti dell'imprenditore occulto potrà quindi aprirsi la procedura di liquidazione giudiziaria («in autonomia e non in estensione» se insolvente (ID., op. cit., p. 248). In argomento v. anche E. RICCIARDIELLO, *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 103 ss., ove si affronta il tema del superamento delle teorie tradizionali tendenti ad identificare nella *holding* l'amministratore di fatto o il socio occulto.

20 Così, testualmente, Cass. 25 gennaio 2000, n. 804, in *Società*, 2000, p. 846 ss., con nota di E. CIVERRA, *Può essere superato lo schermo della personalità giuridica?*.

21 Per una ampia spiegazione fondata sul diritto societario e concorsuale italiano v. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 1. Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Utet, Torino, 2022, p. 88 ss. Cfr., inoltre, E. RICCIARDIELLO, *Gli strumenti di prevenzione della crisi*

Su un piano diverso si colloca un altro strumento elaborato dalla giurisprudenza per reprimere gli abusi: la c.d. *impresa fiancheggiatrice*. Si tratta – diversamente da quanto accade per la super società di fatto su cui si ritornerà *infra* – di una fattispecie di impresa in proprio esercitata dal socio – con la spendita del proprio nome – che opera il sistematico finanziamento di un'altra società, piuttosto che la regolare concessione di garanzie e/o l'ingerenza negli affari sociali fin alla direzione e il coordinamento di fatto di altre imprese.

L'impresa fiancheggiatrice potrà essere assoggettata a procedure concorsuali solo se si dimostra la natura imprenditoriale dell'attività esercitata e lo stato di insolvenza (o la crisi) della stessa. Non si giunge in questo caso, quindi, a forme di estensione dell'altrui procedura concorsuale poiché la «responsabilità patrimoniale [dell'impresa fiancheggiatrice] sarà circoscritta ai debiti derivanti dall'esercizio della propria attività imprenditoriale (...)»²². Questo non esclude che il socio-impresa fiancheggiatrice possa essere considerato una *holding* personale (ossia una persona fisica-*holding*)²³ e, in tale veste, la stessa possa svolgere professionalmente, con stabile organizzazione, l'indirizzo, il controllo e il coordinamento delle società controllate²⁴. La tutela in tal caso avrà solo portata obbligatoria poiché potrà configurarsi «una responsabilità di natura risarcitoria qualora l'attività di direzione e coordinamento, nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, sia esercitata in violazione dei principi di

dei gruppi tra principi generali e discipline speciali, in *Banca impresa società*, 2018, p. 333 ss., in part. p. 342 ss.

22 Così testualmente G. MARASÀ, *L'imprenditore* (artt. 2082-2083), in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 126 s.

23 Cfr. Cass., sez. un., 29 novembre 2006, n. 25275, in *Giustizia civile*, 2007, 4, I, p. 888. Cfr., inoltre, Cass. 6 marzo 2017, n. 5520, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, II, p. 31 ss., con nota di M. PALMIERI, *Il ruolo della persona fisica holding: fra impresa «fiancheggiatrice» e attività di direzione e coordinamento di società* e Corte d'Appello di Bologna, sez. I, 23 maggio 2007, n. 644, in *www.ilcaso.it*. L'ammissibilità della holding persona fisica è testualmente ricavabile dall'art. 2, lett. h, CCII che definisce il «gruppo di imprese» come «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545septies del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica».

24 Il caso dell'impresa fiancheggiatrice non ricorre se il socio si limita al mero esercizio delle prerogative di socio, ancorché di maggioranza, ovvero comportandosi come *socio imprenditore*. Su tale figura v. F. GUERRERA, *La responsabilità «deliberativa» nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 136 ss. e, in part. p. 145, in cui si precisa che va attribuita «la qualità di socio-imprenditore a colui il quale, senza avere la titolarità dell'iniziativa in questione o di altra ad essa coordinata, acquisisca nella concreta organizzazione dei processi informativi e decisionali dell'impresa, un ruolo preponderante, che gli consenta di indirizzare nel senso da esso deciso la vita della società». Sul regime giuridico applicabile in caso di società indipendenti e di società eterodirette l'a., op. cit., p. 189, osserva che, con riguardo alla valutazione della condotta del socio in sede assembleare, si dovrà considerare il parametro non già «della diligenza gestoria, bensì quello della *correttezza endoassociativa* (art. 1175, 1375 c.c.)». V., infine, sul coordinamento tra azioni sociali di responsabilità e azioni risarcitorie individuali, ID., op. cit., p. 331 ss.

corretta gestione societaria e imprenditoriale e sussistano gli altri presupposti richiesti dall'art. 2497, comma 1, c.c.»²⁵.

La tecnica di repressione dell'abuso del dominio societario costituita dalla figura dell'impresa fiancheggiatrice, diversamente dalle altre precedentemente illustrate (e in particolare la fattispecie del socio tiranno²⁶), ha il merito dunque di essere attuativa, non derogatoria, del criterio formale di imputazione dell'impresa.

Infine, la Cassazione, in una recente decisione²⁷, pur non facendo applicazione dell'abuso del diritto (e del superamento della personalità giuridica), seppur implicitamente, delimita l'ambito applicativo dell'istituto. Si afferma infatti che non può essere colpito il patrimonio della società se il socio ha utilizzato la persona giuridica al fine di sottrarre i suoi beni ai creditori personali. Con questa decisione si chiarisce dunque che l'abuso della personalità giuridica opera per offrire tutela solo ai creditori sociali, non ai creditori personali del socio che beneficeranno quindi di una tutela piuttosto limitata. La s.p.a. costituita per conferire i beni originariamente presenti nel patrimonio del socio da sottrarre ai creditori personali dello stesso non potrà, infatti, essere posta nel nulla invocando la simulazione della società, poiché si introdurrebbe, in tal modo, una causa di nullità atipica della società per azioni in contrasto con la tassatività delle ipotesi previste dall'art. 2332 c.c.²⁸. Residua pertanto in capo al creditore particolare del socio l'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.) per ottenere l'inefficacia del conferimento in società²⁹.

25 Così ancora G. MARASÀ, *L'imprenditore* (artt. 2082-2083), in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 127.

26 Sul confronto tra l'impresa fiancheggiatrice e il socio tiranno v. Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, II, p. 15.

27 Cfr. Cass., ord., 22 giugno 2022, n. 20181, in *Notariato*, 2022, p. 616, nota di G. Cozzi, *Il principio dell'abuso di personalità giuridica è "unilaterale": dai creditori della società verso il socio (e non viceversa)*.

28 Cfr. Cass., ord., 22 giugno 2022, n. 20181, cit., punto 4.5. V., inoltre, Trib. Milano, 6 maggio 2013, n. 6295/2013, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. In dottrina v. G.B. PORTALE, *La mancata attuazione dei conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. Colombo – G.B. Portale, Utet, Torino, 2004, vol. 1***, 573 ss., in part. p. 638, nota 154; M. SCIUTO, *Sub art. 2332 (Nullità della società)*, in *Commentario Romano al Nuovo Diritto delle Società*, II, t. 1, Piccin, Padova, 2010, p. 73 ss., in part. p. 91 ss. Cosa diversa dalla simulazione della società è l'azione diretta ad accertare l'intestazione fittizia delle azioni (o quote), avendo tale azione il fine di far dichiarare socio un soggetto diverso da colui che risulta formalmente titolare delle partecipazioni, impregiudicata la validità e l'esistenza della società. Cfr. G.M. PALMIERI, *Simulazione e nuova disciplina della nullità della s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1991, I, p. 61 ss., in part. p. 98 ss.

29 In questo senso v. G. COZZI, *Il principio dell'abuso di personalità giuridica è "unilaterale": dai creditori della società verso il socio (e non viceversa)*, in *Notariato*, 6/2022, p. 619 ss., in part. p. 620. In giurisprudenza v. Cass. 22 ottobre 2013, n. 23891.

4. *L'approccio della dottrina: a) i rimedi tipici diretti.* – La dottrina giuscommercialistica ha catalogato diversi istituti, introdotti dalla riforma del diritto societario del 2003, come utili strumenti per reprimere l'abuso della responsabilità limitata in termini talora assorbenti rispetto alla figura giurisprudenziale del socio tiranno³⁰.

La disciplina di tali fattispecie – che, in questa sede, possono considerarsi come *rimedi tipici diretti* contro l'abuso – offre tutele non coincidenti con la tecnica del superamento della persona giuridica. Se, infatti, quest'ultimo di regola si risolve nella mera estensione della base patrimoniale (che comprenderebbe non solo il patrimonio della società, bensì anche quello del socio che si aggiungerebbe al primo) su cui potrà rifarsi il creditore dell'ente, i rimedi tipici diretti garantiscono – come subito si vedrà – soluzioni applicative diversificate. A questo proposito, di seguito ci si soffermerà, in particolare³¹, su: *i)* l'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, *ii)* la responsabilità dei soci in solido con gli amministratori per aver deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi nella s.r.l. e *iii)* la postergazione dei finanziamenti operati dai soci nella s.r.l.

4.1. *La responsabilità della holding per eterodirezione abusiva.* – L'art. 2497 c.c., per una parte della dottrina³², è diretto a reprimere la condotta abusiva

30 Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 1. Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Utet, Torino, 2022, p. 93 s., ove si richiamano i diversi istituti previsti dal diritto italiano per contrastare l'abuso della personalità giuridica (dal divieto di abuso della responsabilità da direzione e coordinamento, all'abusivo finanziamento soci), che, diversamente dalla teoria del socio tiranno, sono coerenti con il criterio formale di imputazione dell'impresa.

31 Nell'ordinamento italiano è possibile individuare diverse tipologie di rimedi (diretti e indiretti) per contrastare l'abuso della separazione patrimoniale mediante l'adozione del modello societario. In relazione al momento e alla portata dei rimedi si possono distinguere (almeno) quattro tipologie di strumenti idonei a prevenire o reprimere gli abusi: *i) generali e preventivi* quali il dovere per le imprese e per le società di dotarsi di assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni delle stesse (art. 2086 c.c. e art. 3 d.lgs. 14/2019); *ii) generali e successivi* come la responsabilità per illecita attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.), nonché la determinazione del danno in capo agli amministratori in caso di illecita prosecuzione dell'attività d'impresa (art. 2486 c.c.); *iii) speciali e preventivi* in cui collocare la solidarietà tra il cedente e il cessionario per i debiti dell'azienda ceduta (art. 2560 c.c.); *iv) speciali e successivi* a cui ricondurre le fattispecie della c.d. super società di fatto, piuttosto che il finanziamento (abusivo) dei soci nella s.r.l. (art. 2467 c.c.).

32 In dottrina v., ad esempio, L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale, I – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, ed. a cura di M. Castellano, F. Vessia, Giappichelli, Torino, 2015, p. 145 s. e, per una diversa opinione, C. ANGELICI, *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2017, I, p. 365 ss., in part. p. 370 ss. L'abuso della responsabilità limitata resta su un piano distinto rispetto ad altri istituti che pure attengono al non corretto uso del potere di impresa nelle relazioni con altri operatori di mercato. Cfr. P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, nonché M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 1 ss., in part. p. 8 ss., il quale contrappone la responsabilità da direzione e coordinamento alla responsabilità per abuso di dipendenza economica e M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione*

del socio. L'art. 2497, comma 1, c.c. prevede che le società e gli enti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento su altre società e «agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» sono «direttamente responsabili» nei confronti dei *soci* e dei *creditori* delle società eterodirette per il pregiudizio arrecato «alla redditività ed al valore della partecipazione sociale» e, rispettivamente, per la «lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società». La legge esclude la responsabilità quando «il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette».

La portata della fattispecie è incerta, così come taluni profili delle conseguenze giuridiche che ne derivano: la natura (contrattuale o extracontrattuale) dell'obbligazione di risarcire il danno e la legittimazione attiva, ma anche la *ratio* del diritto di recesso.

Riguardo il primo versante (la fattispecie) la giurisprudenza di merito ha circoscritto il senso dell'abuso sanzionato dall'art. 2497 c.c., osservando che, ad esempio, è abusiva la «sistematica decisione, assunta dall'assemblea» della controllata, con il voto determinante della controllante, «di non distribuire utili ai soci potendo» la controllante contare sul corrispettivo di un oneroso contratto stipulato con la controllata³³. Non è abusiva, invece, la decisione di ricapitalizzare la sub *holding* anziché direttamente la controllata perché tale scelta rientra tra i poteri di gestione della società controllante³⁴.

Riguardo il secondo versante, una volta accertato l'illecito, sono stanzialmente due le conseguenze che ne possono derivare: il risarcimento del danno e l'esercizio del diritto di recesso. Il primo implica la commissione di un illecito civile³⁵ della cui natura la dottrina ancora dibatte con varietà di posizioni³⁶. Legittimati attivi sono il socio e il creditore sociale che, «se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e

dominante, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 3/2018, p. 1 ss., dove il generale abuso del diritto è distinto dalla fattispecie dell'abuso di posizione dominante.

33 Trib. Milano, 27 febbraio 2019, n. 1958/2019, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

34 Trib. Milano, 9 gennaio 2018, n. 90/2018, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

35 In giurisprudenza si precisa che «la domanda di risarcimento per responsabilità da direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c. (...) presuppone, ai termini di legge, che la società esercitante la direzione e coordinamento arrechi un pregiudizio al patrimonio della società eterodiretta con ciò cagionando un danno (indiretto) al creditore» (o al socio). Così Trib. Milano 9 gennaio 2023, n. 116/2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

36 Non è possibile, in questa sede, illustrare le diverse posizioni che si sono affermate in dottrina. Ci si limita pertanto a rinviare a V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Rivista delle Società*, 2004, p. 1244; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, I, p. 668; U. TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2004, p. 1166; F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società*, in *Contratto e Impresa*, 2002, p. 1037.

coordinamento»³⁷, possono agire direttamente contro la *holding* per ottenere il risarcimento del danno «per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società» (art. 2497, comma 3, c.c.)³⁸. Resta controversa la legittimazione attiva della società eterodiretta danneggiata dalla condotta della *holding*³⁹.

Inoltre, il socio della società eterodiretta, quando a suo favore sia stata pronunciata con decisione esecutiva la condanna della *holding* ai sensi dell'articolo 2497 c.c., ha il diritto di recesso «per l'intera partecipazione» (art. 2497*quater*, lett. b, c.c.)⁴⁰.

La fattispecie dell'abuso di direzione e coordinamento e le tutele ad essa ricollegate si pongono evidentemente su un piano diverso rispetto al rimedio del superamento della personalità giuridica, garantendo il rispetto del criterio formale di imputazione dell'attività di impresa. In nessun caso, infatti, il socio potrà essere chiamato a rispondere dei debiti assunti dall'impresa esercitata in forma di s.p.a. o di s.r.l. Rimane fermo, dunque, il principio per il quale la società è l'unica obbligata per il pagamento dei debiti sociali assunti dalla stessa (artt. 2325 c.c. e 2462 c.c.), ma ciò non esclude l'imputabilità, a carico del socio

37 Cfr. Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, II, p. 507, per il quale «né la messa in mora né la preventiva escussione della società controllata costituiscono condizioni dell'azione e di proponibilità della domanda volta a far valere la responsabilità dell'ente capogruppo per violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'attività di direzione e coordinamento verso i soci e i creditori della società controllata». Più recentemente la giurisprudenza ha attribuito alla disposizione la funzione di inibire al socio o al creditore sociale, le cui ragioni siano state eventualmente soddisfatte dalla società 'figlia', di agire nei confronti della capogruppo (Cass. 5 dicembre 2017, n. 29139).

38 Sulla determinazione del pregiudizio v. Trib. Milano, 8 novembre 2022, n. 8737/2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. Sulla natura giuridica dell'azione risarcitoria v., anche per riferimenti ulteriori, D. GALLETTI, *Questioni in materia di abuso dell'attività di direzione e coordinamento: legittimazione della curatela e prescrizioni dell'azione* (nota a Trib. Catania, 24 gennaio 2023), in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2023, II, p. 733 ss. Cfr. anche F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 145, il quale sottolinea che «la disposizione dell'art. 2497 c.c. non presenta carattere di eccezionalità dal punto di vista del *fondamento*, giacché risponde all'esigenza, propria del diritto comune, di assicurare piena ed effettiva tutela a tutti gli interessati sociali posti a repentaglio dalle esplicazioni illecite e/o abusive del processo decisionale organizzato. La deroga alla disciplina societaria si coglie piuttosto sotto il profilo del *meccanismo di reintegrazione* del danno (e, conseguentemente, della legittimazione attiva e passiva all'azione di responsabilità (...))».

39 Sulla legittimazione all'azione da parte della società eterodiretta v. R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *Rivista di diritto societario - RDS*, 2014, p. 195 ss. In giurisprudenza si sta facendo strada l'ipotesi che la pretesa della società eterodiretta contro la controllante sia da ricondurre agli «da altri atti o fatti» quali fonti delle obbligazioni ex art. 1173 c.c. (cfr. Trib. imprese Milano, 26 febbraio 2016, in *Società*, 2016, p. 1360; v., inoltre, Id., 21 luglio 2020, n. 4469/2020 e Id., 15 febbraio 2022, n. 1372/2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*).

40 Per il punto della dottrina su tale fattispecie di recesso v. ora N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 91 s.

e, più in generale ed in solido con il socio, di chi abbia «abbia preso parte al fatto lesivo» (art. 2497, comma 2, c.c.)⁴¹ di un'autonoma responsabilità da fatto illecito.

4.2. *La responsabilità dei soci di s.r.l. in solido con gli amministratori per aver deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.* – L'art. 2476, comma 8, c.c. prevede, per i soci di s.r.l., la responsabilità solidale con gli amministratori per aver «intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi»⁴². Tale fattispecie, ancorché sia stata catalogata tra le regole dirette a reprimere l'abuso⁴³, si distingue dalla figura precedentemente esaminata dell'abuso da direzione e coordinamento. Infatti, l'art. 2476, comma 8, c.c., «presuppone, oltre al danno diretto al patrimonio del terzo, anche il compimento da parte dell'amministratore di un atto illecito nell'esercizio del suo ufficio», mentre l'art. 2497 c.c. implica «che la società esercitante la direzione e coordinamento arrechi un pregiudizio al patrimonio della società eterodiretta con ciò cagionando un danno (indiretto) al creditore»⁴⁴ o al socio.

Peraltro, la fattispecie di cui all'art. 2476, comma 8, c.c., che opera anche in sede di liquidazione della società⁴⁵, si spiega nella particolare fisionomia che assume il socio nella s.r.l.⁴⁶ Inoltre, la stessa si distingue dalla

41 Sulla responsabilità di chi abbia fornito un contributo causalmente rilevante alla commissione dell'abusiva direzione e coordinamento v. L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex artt. 2497, 2° co., c.c.*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. p. 48 ss., nonché A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 87 ss. e F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 143 ss.

42 È sufficiente, per la giurisprudenza, che vi sia la consapevolezza dell'atto e della sua antigiridicità; la consapevolezza può coincidere con la mera conoscenza o la esigibile conoscibilità dell'antigiuridicità del comportamento. Cfr. Trib. Roma, sez. III, 1 giugno 2016, in *www.dejure.it*.

43 Cfr. L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale, I – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, ed. a cura di M. Castellano, F. Vessia, Giappichelli, Torino, 2015, p. 145 s. Più in generale sulla responsabilità del socio nella s.r.l. nell'ambito delle regole di eterogestione della società v. M. RESCIGNO, *La responsabilità gestoria: profili generali*, in AA.Vv., *La società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba, G. Marasà, tomo II, Giuffrè, Milano, 2020, p. 1765 ss., in part. p. 1796 ss., ove riferimenti alle diverse opinioni, nonché M. CALLEGARI, *Il diritto di immistione del socio di s.r.l.*, in AA.Vv., *La società a responsabilità limitata: un modello transipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di M. Irrera, Giappichelli, Torino, 2020, p. 971 ss.; P. BENAZZO, *Il controllo nelle società di capitali fra diritto 'comune' e codice della crisi d'impresa*, in *Rivista delle società*, 2020, p. 1551 ss. e R. SANTAGATA, *Aspetti organizzativi adeguati e diritti particolari di «ingerenza gestoria» dei soci*, in *Rivista delle società*, 2020, p. 1453 ss., ove richiami.

44 Trib. Milano 9 gennaio 2023, n. 116/2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. Sul concorso formale di norme contenute negli artt. 2497 c.c. e 2476, comma 8, c.c. v. N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 103.

45 Trib. Torino, 7 marzo 2023, in <https://www.altalex.com/documents/2023/08/23/condotte-illegittime-liquidatore-srl-responsabili-solido-soci>.

46 Cfr. M. STELLA RICHTER JR, *Profilo storico*, in AA.Vv., *La società a responsabilità limitata*,

igura dell'amministratore di fatto⁴⁷, poiché la responsabilità dei soci *ex art.* 2476, comma 8, c.c. prescinde «dal conferimento statutario allo stesso del potere gestionale, pure previsto dagli artt. 2475 e 2479 c.c., e non è richiesta la continuità e la sistematicità dell'ingerenza»⁴⁸.

In conclusione, anche nell'ipotesi prevista dall'art. 2476, comma 8, c.c. l'abuso del socio non trova sanzione ricorrendo al superamento della persona giuridica, bensì sul piano del risarcimento del danno in concorso nell'illecito degli amministratori⁴⁹. Anche in tal caso non vi è dunque una violazione del criterio formale di imputazione dell'attività di impresa.

4.3. *La postergazione dei finanziamenti operati dai soci nella s.r.l.* – Altro strumento che la dottrina pure riconduce alla repressione dell'abuso⁵⁰,

a cura di C. Ibba, G. Marasà, tomo I, Giuffrè, Milano, 2020, p. 1 ss., nonché A.D. SCANO, *Il "tipo"*, ivi, p. 31 ss. Peraltro non è mancato in dottrina chi ha ritenuto, a certe condizioni, che la disposizione sia applicabile anche al socio di s.p.a. Cfr. V. MELI, *La responsabilità dei soci nelle s.r.l.*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadesse, G.B. Portale, III, Utet, Torino, 2006, p. 684.

47 Cfr. N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998.

48 Così, testualmente, Trib. Tivoli, 5 maggio 2020, n. 677, ma v. anche Trib. Roma, 1 giugno 2016, in *www.dejure.it*. Per il Trib. Roma, 5 febbraio 2021 (ma v. anche Trib. Roma, 31 gennaio 2021), in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, «ai fini della responsabilità del socio di s.r.l., *ex art.* 2476, co. 8, c.c., vengono in rilievo tanto gli atti autorizzati o decisi, nell'ambito dei poteri attribuiti al socio dalla legge o dallo statuto, quanto l'impulso all'attività gestoria offerto a livello decisionale, sia pure al di fuori di formali procedimenti di decisione e/o autorizzazione: rientrano nel perimetro della norma anche le ipotesi in cui il socio, pur non esercitando in modo esclusivo, continuativamente od occasionalmente, poteri tipici degli amministratori, orienti di fatto l'attività di questi ultimi, inducendoli al compimento di atti dannosi. Pertanto, risponde ai sensi dell'art. 2476, co. 8, c.c., il socio che, pur non essendo investito della facoltà di interferire sull'operato degli amministratori, adotti comportamenti rientranti nelle facoltà gestorie». V., inoltre, per la distinzione rispetto all'attività di direzione e coordinamento (e questa dal mero controllo), Trib. Napoli, 26 settembre 2022, n. 8387/2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. In ogni caso, va precisato che, per la giurisprudenza di merito (v. Trib. Catanzaro, 23 giugno 2023, n. 1041/2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*), mentre è certamente ammissibile, nelle società di capitali, la figura dell'amministratore di fatto «non sembra possa trovare spazio la figura del socio occulto o del socio di fatto all'interno di una società regolare di capitali in cui la valida e legittima acquisizione di tali qualità soggettive è (...) subordinata a formalità e attività non surrogabili con *facta concludentia*».

49 Cfr. O. CAGNASSO, *Profili di responsabilità del socio gestore di fatto della s.r.l.*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, p. 2661 ss.

50 Cfr. L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale, I – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, ed. a cura di M. Castellano, F. Vessia, Giappichelli, Torino, 2015, p. 145 s. V., inoltre, il fondamentale saggio di G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Rivista delle società*, 1991, p. 3 ss., il quale, dopo aver analizzato – in termini comparatistici – il quadro giuridico europeo sulla disciplina della sottocapitalizzazione nominale e materiale (p. 29 ss.), si sofferma sulla disciplina societaria (p. 45 ss.) e sull'autonomia contrattuale di diritto italiano (p. 70 ss.), rilevando che la questione della sottocapitalizzazione «deve essere vista, come problema di responsabilità dei soci in quanto tali, a prescindere, pertanto, dal concorso di altri possibili fenomeni patologici, alteranti la struttura della società (ad es.: forme di "tirannia" da parte dei soci di "confusione" o di "osmosi" tra patrimonio della società e quello dei soci): non a torto di conseguenza è stato scritto che il richiedere la presenza di altre

è la disciplina della postergazione dei finanziamenti effettuati dai soci, «in qualsiasi forma» concessi⁵¹, a favore della società «in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento» (art. 2467, comma 2, c.c.)⁵². La fattispecie è espressamente prevista nella s.r.l., ma anche nei gruppi di società *ex art. 2497quinquies* c.c. (a prescindere dalla forma giuridica adottata dalle società aderenti al gruppo)⁵³ e, secondo la giurisprudenza è configurabile, a certe condizioni, anche nella s.p.a.⁵⁴

Sul piano dei rimedi, prescindendo da quelli che operano in ordine alla validità dell'atto⁵⁵, si afferma la *inesigibilità del credito postergabile* fintanto

circostanze (e ciò ancora accade) rappresenta molte volte la “foglia di fico” che nasconde la repressione della sottocapitalizzazione materiale». Alla luce di tale conclusione l'a. ritiene che debba essere superata l'opinione per la quale la responsabilità per la sottocapitalizzazione debba essere propria dei soli amministratori giungendo addirittura a considerare tutti o alcuni dei soci quali amministratori di fatto (su tale figura cfr. N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998), essendo piuttosto necessario trovare un fondamento diverso per configurare una responsabilità dei soci per sottocapitalizzazione (pp. 84 -87). Fondamento che viene trovato nella tesi che «riconde la responsabilità da sottocapitalizzazione manifesta alla responsabilità da fatto illecito» (p. 88). Soluzione che, tuttavia, non soddisfa sul piano pratico (p. 93 ss.), rispetto alle tesi che si rifanno all'abuso e al superamento della personalità giuridica. In caso di sottocapitalizzazione formale la soluzione più diffusa a livello comparatistico – conclude l'Autore – è quella non già della illimitata responsabilità dei soci, quanto piuttosto quella della postergazione del credito (p. 108 ss.).

- 51 La formula particolarmente ampia «in qualsiasi forma effettuati», consente di ricondurre alla fattispecie dell'art. 2467 c.c. anche il caso del pagamento da parte di un socio di un debito della società (v. Cass. 31 luglio 2019, n. 20649 e Trib. Milano, 15 dicembre 2021, n. 10406/2021, in www.giurisprudenzadelleimprese.it). Cfr., per alcuni esempi di operazioni che possono essere ricondotti ai “finanziamenti”, G.B. PORTALE, *I “finanziamenti” dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2003, I, p. 663 ss., in part. p. 680.
- 52 Cfr., tra i molti, M. MAUGERI, *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e «ragionevolezza» del finanziamento soci*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2016, I, p. 169 ss.; F. BRIOLINI, *I finanziamenti dei soci*, in AA.Vv., *La società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba, G. Marasà, tomo II, Giuffrè, Milano, 2020, p. 1161 ss. e già G.B. PORTALE, *I “finanziamenti” dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2003, I, p. 663 ss.
- 53 Sulla *ratio* della disposizione v., anche per i riferimenti, N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 153 ss., per il quale lo «scopo della norma appare (...) quello di disincentivare la frequente prassi per cui nel gruppo la *holding* di vertice o la società addetta alla tesoreria di gruppo procurano finanziamenti (non imputati a capitale) a società figlie che rimangono sottocapitalizzate». Con riguardo al tema del finanziamento infragruppo occorre tener conto dell'art. 292, comma 1, CCII che ha introdotto una specifica disciplina (anche quando i finanziamenti sono erogati dalla persona fisica *holding*) dopo l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore.
- 54 Cfr. Cass. 7 luglio 2015, n. 14056, in *Società*, 2015, p. 1169 ss. e Cass. 20 giugno 2018, n. 16291, in *Foro italiano*, 2018, I, c. 2750.
- 55 Per la giurisprudenza, l'errata apostazione in bilancio del finanziamento/apporto in violazione della causa del contratto porta la nullità del bilancio per cui la delibera di approvazione dello stesso sarà impugnabile da chiunque abbia interesse. Cfr. Corte Appello Brescia, 15 novembre 2022, n. 1372/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

che non siano stati soddisfatti i creditori sociali non soci⁵⁶: il rimborso del finanziamento da postergare è considerato quindi un indebito oggettivo⁵⁷. Tale disposizione regola qualsiasi apporto di risorse con obbligo di restituzione⁵⁸ e trova applicazione anche *durante societate*, a prescindere cioè dalla liquidazione della società, secondo una visione sostanziale piuttosto che meramente processuale della fattispecie⁵⁹.

Inoltre, sono considerati responsabili civilmente (con obbligo di risarcimento dei danni) gli amministratori che, in violazione del divieto di restituzione del finanziamento ai sensi dell'art. 2467 c.c., rimborsino i soci prima dei creditori non soci⁶⁰. La responsabilità si estende anche agli amministratori non esecutivi che devono agire in modo informato⁶¹, mentre dovranno considerarsi «privi di effetto rispetto ai creditori i rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore (...)» (art. 164, comma 2, CCII).

La responsabilità si estende (anche) ai soci che abbiano distratto a proprio favore, in assenza dei presupposti di legge, il corrispettivo incassato per la cessione di un bene aziendale, ritenendo illegittimamente che ciò costituisca la restituzione di precedenti corresponsioni in favore della società⁶².

Anche nel caso di abusivo finanziamento da parte dei soci, le tutele operano dunque su piani diversi dal superamento della persona giuridica e dell'estensione della responsabilità da debito.

56 Cfr. Trib. Milano, 9 maggio 2022, n. 4010/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it. Inesigibilità che, quindi, da un lato, lascia intatti i diritti dei creditori nei confronti di eventuali coobbligati, obbligati in via di regresso o fideiussori del debitore e, dall'altro, consente di ipotizzare la persistenza di una obbligazione naturale in capo al debitore per il pagamento del debito.

57 Cfr. Trib. Milano, 14 novembre 2019, in *Banca borsa titoli di credito*, 2021, II, p. 103.

58 Cfr. Trib. Roma, 26 gennaio 2023, n. 1295/2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, ove anche la distinzione tra "finanziamento" e apporti iscritti nell'apposita riserva "in conto capitale". La formula particolarmente ampia "in qualsiasi forma effettuati", consente di ricondurre alla fattispecie dell'art. 2467 c.c. anche il caso del pagamento da parte di un socio di un debito della società (v. Cass. 31 luglio 2019, n. 20649 e Trib. Milano, 15 dicembre 2021, n. 10406/2021, in www.giurisprudenzadelleimprese.it).

59 Cfr. Cass. 15 maggio 2019, n. 12994, in *Foro italiano*, 2019, I, c. 2315 e, più recentemente e in senso conforme, Cass., ord., 20 agosto 2020, n. 17421, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, p. 1135, con nota di E. FREGONARA, *I finanziamenti dei soci: valutazione del presupposto e natura della postergazione*. In dottrina per la ricostruzione e l'analisi critica del dibattito v. M. FABIANI, *La regola della par condicio creditorum all'esterno di una procedura di concorso*, in *Fallimento*, 2020, p. 333 ss., in part. p. 329 ss., ma v. anche D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 128 ss.

60 Con riferimento all'indebita restituzione di un finanziamento infragruppo v. Trib. Napoli, 29 dicembre 2021, n. 10393/2021, ed inoltre Trib. Milano, 17 marzo 2022, n. 2387/2022 e Trib. Genova, 29 luglio 2022, n. 1907/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

61 Cfr. Trib. Bologna, 1 febbraio 2023, n. 165/2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

62 Cfr. Trib. Roma, sez. III, 1 giugno 2016, in www.dejure.it.

In conclusione, i rimedi tipici diretti qui ricordati – che la dottrina riconduce a diverse fattispecie di abuso della responsabilità limitata – sono coerenti con il criterio formale di imputazione dell'attività di impresa e non introducono forme di estensione della base patrimoniale su cui il creditore sociale potrebbe soddisfare la sua pretesa, come accadrebbe se si invocasse il superamento della persona giuridica. Anzi, i rimedi operano principalmente su tutt'altro piano: dalla responsabilità civile all'indebito.

5. *b) i rimedi tipici indiretti.* – Oltre ai rimedi tipici diretti ora analizzati, la legge prevede altri istituti che – pur non essendo immediatamente finalizzati a contrastare condotte abusive – si prestano ad essere interpretati come forme di tutela contro l'abuso (i c.d. rimedi tipici indiretti). In questa sede ci si soffermerà su due discipline: le conseguenze per gli amministratori in caso di illecita prosecuzione dell'attività d'impresa (art. 2486 c.c.) e la c.d. super società di fatto.

5.1. *L'illecita prosecuzione dell'attività d'impresa e la determinazione del danno (art. 2486, comma 3, c.c.).* – L'art. 2486, comma 3, c.c. è stato introdotto dal d. lgs. 14/2019 per sanzionare, in via risarcitoria, la condotta degli amministratori che abbiano proseguito l'attività di impresa anche dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società. In questo caso la determinazione del danno, salva «la prova di un diverso ammontare», si presume secondo due modalità: una di carattere generale e l'altra di carattere speciale. La prima è data dalla «differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica (...) e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento (...)». La seconda, più rilevante ai nostri fini, ricorre se, una volta aperta una procedura concorsuale, «mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati»: in tal caso il danno è liquidato in misura pari alla «differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura». La regolare tenuta delle scritture contabili è un *obbligo specifico a carico degli amministratori* e la loro mancanza, pur non essendo necessariamente foriera di danno⁶³, potrebbe rendere assai più complesso per i creditori dimostrare l'ammontare del danno imputabile agli amministratori. In altre parole, le scritture contabili non sono necessarie per fornire la prova del

63 Cfr. Trib. Milano, 28 luglio 2022, n. 6664/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, ove si rileva che «l'irregolare e anche disordinata tenuta della contabilità integra senz'altro una violazione dei doveri dell'amministratore (art. 2219 c.c.), sebbene risulti solo potenzialmente, ma non necessariamente, foriera di danno per la società». Ciò non esclude che l'irregolarità contabile sia almeno una concausa del dissesto. Come ricorda P. MONTALENTI, commento a Cass. 9100/2015, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, II, p. 671, si può ipotizzare il caso di «bilanci falsi presentati alla banca per ottenere ulteriori finanziamenti (...)».

danno al patrimonio sociale⁶⁴, ma l'irregolare o la mancata tenuta delle stesse potrebbe «occultare pregresse operazioni illecite ovvero (...) celare la causa di scioglimento prevista dall'art. 2484 n. 4 c.c.»⁶⁵.

In dottrina si è spiegata la seconda fattispecie prevista dall'art. 2486, comma 3, c.c. in termini di mera applicazione del criterio dell'equità ma anche, approfittando di alcune aperture della Cassazione, di «danni punitivi»⁶⁶.

Si può tuttavia ipotizzare che le disposizioni ora ricordate possano essere interpretate anche come rimedio contro l'abuso della separazione patrimoniale. Se così fosse, la disciplina in questione potrebbe trovare applicazione anche a prescindere dall'apertura di una procedura concorsuale. In particolare, si potrebbe affermare che gli amministratori rispondono dei debiti sociali quando l'abusiva continuazione dell'attività di impresa pregiudica la realizzazione della corretta ripartizione del rischio d'impresa tra società e creditori sociali a causa del ritardato avvio di una gestione in funzione conservativa del patrimonio sociale la cui consistenza non può essere determinata per fatto imputabile agli amministratori. Per verificare la fondatezza di tali ipotesi interpretativa occorre muovere dalla considerazione per la quale l'applicazione della disposizione realizza un collegamento, a prima vista, alquanto singolare: l'art. 2486, comma 3, c.c. come conseguenza della violazione di un obbligo di fare specifico in capo

64 Il tema è stato al centro del dibattito giurisprudenziale chiuso con Cass. sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, cit.

65 Così, ancora Trib. Milano, 28 luglio 2022, n. 6664/2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

66 Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, pubblicata, tra l'altro, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, II, p. 643, con nota di G. CABRAS, S. FORTUNATO, A. JORIO, P. MONTALENTI, M. CIAN, A. BASSI, D. GALLETTI, G. RACUGNO, R. SACCHI, *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, non considera incompatibile con l'ordinamento italiano la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno in caso di mancata tenuta delle scritture contabili. Successivamente v. Cass., ord., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1854 ss., con nota di A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile. Contro la configurabilità dei danni punitivi nel caso dell'art. 2486 c.c.* (seguita dalla nota Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601). In dottrina v. N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, p. 393 ss., nonché D. GALLETTI, *Le politiche di gestione del rischio*, ESI, Napoli, 2021, p. 221 ss., ove si esprime apprezzamento per la soluzione introdotta dal legislatore, considerandola coerente con: i) la configurazione dell'illecito come indebita prosecuzione dell'attività; ii) la concezione della gestione dell'impresa come attività e non come singoli atti; iii) l'idea che, persa la continuità aziendale, la cornice funzionale non è più quella della ordinaria vita della società in cui vi è la «massima libertà degli amministratori, attraverso il processo di pianificazione strategica, senza il quale l'organizzazione non può essere considerata "adeguata" (arg. ex art. 2381 c.c.)» (p. 223); iv) un meccanismo presuntivo (è fatta salva la prova contraria) che «resta conchiuso nell'ambito della liquidazione "equitativa"» (p. 227); v) un meccanismo diretto a «sganciare consapevolmente l'area della risarcibilità da quella della rimproverabilità, con il fine non tanto sanzionatorio, quanto di rendere l'entità del risarcimento prevedibile *ex ante*; e ciò (...) anche (e soprattutto) a beneficio delle opzioni transattive, anche alternative e preventive del giudizio, e della stessa calcolabilità dei premi assicurativi» (p. 231).

agli amministratori (la tenuta delle scritture contabili), seppur in via residuale, fa scattare il risarcimento del danno utilizzando come criterio per quantificarne l'ammontare la misura del passivo non coperto dall'attivo della società debitrice.

Come ha osservato la giurisprudenza, «il danno risarcibile è rappresentato non necessariamente dalla “misura dell'inadempimento all'obbligo formale”, quanto piuttosto dagli effetti patrimoniali delle condotte che con quegli inadempimenti si sono occultate o che grazie ad essi sono state consentite»⁶⁷. Gli amministratori potranno pertanto esonerarsi da responsabilità (per i debiti della società) dando prova contraria che le operazioni compiute (che attengono ai doveri degli amministratori, non al pagamento da parte della società dei propri debiti) non siano state illecite o comunque che tali operazioni siano a loro non imputabili. La particolarità della soluzione normativa emerge anche dalla giurisprudenza della Cassazione la quale rileva che nella s.r.l. (come anche nella s.p.a.) la «responsabilità degli amministratori verso il creditore [sociale] leso dal compimento da parte di costoro di atti gestori non funzionali alla conservazione del patrimonio sociale dopo il verificarsi della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, primo comma, n. 4), cod. civ.», trova per intero la propria disciplina nel successivo art. 2486 c.c., che ha «natura extracontrattuale ma non può perciò solo essere ricondotta allo schema generale dell'art. 2043 cod. civ. in quanto - agendo gli amministratori nel compimento di tali operazioni non in proprio ma pur sempre in qualità di organi investiti della rappresentanza della società - non si verte in tema di “fatto illecito” nel senso voluto dal citato art. 2043»⁶⁸.

Si può concludere quindi nel senso che l'abusivo utilizzo della società di capitali che pregiudichi i creditori sociali impedendo a questi di ricostruire il patrimonio della società debitrice consenta di rifarsi direttamente sul patrimonio personale dei gestori (ivi compresi probabilmente gli amministratori di fatto).

67 Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, cit., massima ufficiale. V., inoltre, Cass. 15 luglio 2022, n. 152, in *Giurisprudenza commerciale*, 2023, II, p. 842 ss., con nota di S. BALLEARI, *Il criterio del deficit fallimentare nella giurisprudenza della Suprema Corte*. La giurisprudenza di merito più recente che fa applicazione dell'art. 2486 c.c. rileva, sulla scorta dell'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione, che per affermarsi la responsabilità risarcitoria «non è sufficiente affermare il difetto della regolare tenuta della contabilità, essendo sempre necessario che sia allegato un inadempimento da rendere plausibile il verificarsi di un danno che abbia le caratteristiche del dissesto economico e patrimoniale della società la cui ricostruzione non sia resa possibile proprio dal difetto delle scritture contabili». Così Trib. Venezia, 26 aprile 2023, ord., nel procedimento RG n. 10040/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, che indica quali possibili condotte illecite il «soddisfacimento di debiti altrui senza giustificazione, ovvero i prelevamenti e pagamenti non giustificati, la sottrazione della cassa e di cespiti, la cessione di beni strumentali a prezzo incongruo per difetto, ovvero ancora l'assunzione di obbligazioni corrispettive incongrue per eccesso». V., inoltre, Trib. Firenze, 20 marzo 2023, n. 846/2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

68 Così Cass. 8 marzo 2023, n. 6893, in www.dirittodellacrisi.it.

5.2. *La c.d. super società di fatto*. – La «super società di fatto» è una società di fatto i cui soci (illimitatamente responsabili) sono persone fisiche o giuridiche (quindi anche società di capitali) ai quali si *estende* la liquidazione giudiziale aperta nei confronti della società di fatto (che, in concreto, è una società occulta). La società di fatto si pone, quindi, su un piano diverso rispetto all'attività di direzione e coordinamento, tant'è che la stessa ricorre solo se le singole società di capitali socie perseguono un interesse comune⁶⁹. Se, invece, le società socie perseguono l'interesse di persone fisiche che ne hanno, anche solo di fatto, il controllo si configura in capo a dette persone fisiche una *holding* di fatto, nei confronti della quale sarà possibile agire solo in via risarcitoria ai sensi dell'art. 2497 c.c. Ne consegue che la *holding* di fatto, se insolvente, sarà autonomamente soggetta a liquidazione giudiziale⁷⁰.

La legittimità della *super società di fatto* era molto discussa specie se socia della società di fatto fosse stata una s.p.a. La riforma delle società di capitali del 2003 aveva espressamente ammesso infatti la partecipazione di s.p.a. – con una disciplina che, secondo la dottrina, è estensibile anche alle s.r.l.⁷¹ – in società di persone richiedendo, tuttavia, l'autorizzazione da parte dell'assemblea (art. 2361, comma 2, c.c.) e l'adeguata informazione in nota integrativa (art. 2427, n. c.c.)⁷². Rimaneva assai discusso se potesse ammettersi una società di fatto tra società di capitali, ossia se potesse configurarsi la partecipazione di società di capitali in società di persone senza la previa delibera assembleare⁷³.

69 Cfr. Cass. 22 febbraio 2023, n. 5458, punti 3.2 e 3.3.

70 Cfr. Cass. 13 febbraio 2023, n. 4398, in *Foro italiano*, 2023, 4, I, c. 1168. Per una critica al criterio di demarcazione tra le due fattispecie degli artt. 2497 e 2476, comma 8, c.c. cfr. N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 182.

71 Cfr. A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in AA.Vv., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, I, Utet, Torino, 2006, p. 91 ss. *Contra* F. FIMMANÒ, *La vera ragione dell'eccezionalità dell'art. 147, comma 5, legge fallim.: l'invulnerabilità della persona giuridica*, in *Diritto Fallimentare*, 2017, II, p. 576 ss., in part., p. 581.

72 Sulla sede ove dare informazione della partecipazione in nota integrativa cfr., con diversità di vedute, G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in AA.Vv., *Società di persone e consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, M. Sarale, R. Weigmann, Cedam, Padova, 2004, p. 93 ss.; L. QUATTROCCHIO, *La novità in tema di bilancio di esercizio*, in *Società*, 2003, p. 161. Sul contenuto dell'informazione da dare in nota integrativa v. F. VESSIA, *Sub art. 2427, in Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Perlingieri, ESI, Napoli, 2010, p. 1829 ss.

73 Ad esempio F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Cedam, Padova, 2009, p. 496, osserva che «una società di fatto fra società di capitali da desumere dal comportamento concludente degli organi di queste, è in radice inammissibile». Cfr. altresì D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 364, per il quale la «tecnica della supersocietà di fatto fra o con società di capitali si scontra con un ostacolo insuperabile, quello rappresentato dalla previsione dell'art. 2361, co. 2 c.c. (...)». In argomento v. anche U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività d'impresa"*, in *Rivista delle società*, 2006, p. 185 ss., in part. p. 196 e, recentemente, anche per

La giurisprudenza della Cassazione e, successivamente, della Corte costituzionale, nonché dal legislatore con l'art. 256, comma 5, CCII⁷⁴ sembrano aver accolto la soluzione positiva.

L'art. 256, comma 5, CCII consente in particolare di aprire la liquidazione giudiziale a carico della società di fatto (titolare di un'impresa autonoma rispetto alle società di capitali socie, ancorché "inconsapevoli" in mancanza di preventiva autorizzazione assembleare ex art. 2361, comma 2, c.c.)⁷⁵, anche nel caso in cui la liquidazione giudiziale sia stata avviata inizialmente a carico di una società di capitali⁷⁶. In tal modo si determina, secondo una dottrina, lo «squarcio del velo della personalità giuridica passando dalla responsabilità risarcitoria alla responsabilità patrimoniale da estensione del fallimento (in futuro della liquidazione giudiziaria) della società di capitali alla supersocietà»⁷⁷. Il superamento della autonomia patrimoniale perfetta non integra tuttavia un presidio contro l'abuso della responsabilità limitata, né costituisce un rimedio sovrapponibile alla responsabilità da direzione e coordinamento o alla figura dell'impresa fiancheggiatrice.

In precedenza l'ordinamento, con l'art. 147 l.f., contemplava alcune ipotesi (ritenute) eccezionali – insuscettibili quindi di estensione analogica – di ampliamento della responsabilità patrimoniale, seppur con efficacia *ex nunc* rispetto all'apertura della procedura per estensione⁷⁸: in caso di soci occulti di società palese o di società occulta⁷⁹. La supersocietà di fatto, in tale assetto

una sintesi delle diverse opinioni espresse in dottrina, v. N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 177.

- 74 La relazione governativa che ha accompagnato il progetto di decreto legislativo (poi d.lgs. 14/2019) a tal proposito afferma che una novità del testo normativo «trova il suo fondamento nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione (Cass. n. 1095 del 2016) e della Corte costituzionale (C. Cost. n. 255 del 2017) e consiste nella espressa previsione che, in caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di una società, ove si accerti che l'impresa è, in realtà, riferibile ad una società di fatto, di cui la società in liquidazione è socio illimitatamente responsabile, il tribunale dispone l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti della società di fatto così accertata e degli altri soci illimitatamente responsabili della stessa». La dottrina è molto critica: cfr. A. BLANDINI, *Brevi considerazioni critiche in materia di "super società di fatto"*, in *Il diritto fallimentare*, 2019, p. 1013 ss., che definisce la supersocietà di fatto come «un nuovo mostro (...) come sviluppo, di rara problematicità, della nota e già tanto discussa società occulta (...)» (p. 1014). V., però, G. PALMIERI, *Partecipazione di società di capitali in società di persone e "supersocietà di fatto" nel diritto societario della crisi*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2023, I, p. 335 ss., ove riferimenti.
- 75 Sulla distinzione tra *holding* occulta e socio tiranno cfr. già F. GALGANO, voce *Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enciclopedia giuridica*, Ist. dell'enc., XVI, Roma, 1990, p. 6.
- 76 Per una rassegna delle critiche proposte in dottrina all'ampliamento delle ipotesi di estensione della liquidazione giudiziale operata con il nuovo art. 256, comma 5, CCII, cfr. N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 180 ss.
- 77 Così, testualmente, F. FIMMANÒ, *Fallimento in estensione alla "supersocietà di fatto" ed accertamento dello stato di insolvenza*, in *Il fallimento*, 2021, p. 761 ss., in part. p. 770.
- 78 Cfr. Cass., ord., 7 dicembre 2023, n. 34327 e v. già Cass., sez. un., 7 giugno 2002, n. 8257.
- 79 Cfr., anche per ulteriori riferimenti, G.B. FAUCEGLIA, *Il fallimento di società di capitali socie di*

normativo, poteva rilevare solo se la stessa, nel caso avesse esercitato un’attività di direzione e coordinamento, avesse abusato di tale potere sulle società di capitali socie con applicazione della disposizione di cui all’art. 2497 c.c.⁸⁰

La giurisprudenza che ha riconosciuto la legittimità della supersocietà di fatto era consapevole degli stretti spazi interpretativi in cui stava operando. Il Supremo collegio⁸¹ premette infatti di voler «evitare il rischio che l’art. 147, comma 5 L. Fall. venga utilizzato per aggirare le disposizioni dettate dall’art. 2476 c.c., comma 7 e art. 2497 c.c.», perché in tal modo si realizzerebbe uno spostamento dal piano della responsabilità patrimoniale all’esercizio «di un’azione di responsabilità dai profili assai più complessi e dagli esiti incerti». La norma ricavabile dall’art. 147, comma 5, l.f. – continua la Cassazione – non si presta «all’estensione al *dominus* (società o persona fisica) dell’insolvenza del gruppo di società organizzate verticalmente e da questi utilizzate in via strumentale, ma piuttosto all’estensione ad un gruppo orizzontale di società, non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone (la c.d. supersocietà di fatto). (...) Il fatto che le singole società perseguano invece l’interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo (anche solo di fatto) costituisce, piuttosto, prova contraria all’esistenza della supersocietà di fatto e, viceversa, prova a favore dell’esistenza di una holding di fatto, nei cui confronti il curatore potrà eventualmente agire in responsabilità e che potrà eventualmente essere dichiarata autonomamente fallita, ove ne sia accertata l’insolvenza a richiesta di un creditore»⁸².

una società di fatto, Giuffrè, Milano, 2021, p. 143 ss.

80 Cfr. F. FIMMANÒ, *Fallimento in estensione alla “supersocietà di fatto” ed accertamento dello stato di insolvenza*, in *Il fallimento*, 2021, p. 761 ss., in part. p. 767.

81 Cfr. Cass. 20 maggio 2016, n. 10507.

82 Così, testualmente Cass. 20 maggio 2016, n. 10507. Osserva N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell’impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 186, che «il tentativo della tecnica della super-società di superare gli steccati della separatezza patrimoniale e dell’imputazione separata delle attività economiche in capo a soggetti distinti rappresenta una forzatura sul piano teorico come normativo (...), l’auspicio è che l’impiego concreto della tecnica in parola venga confinato a situazioni veramente patologiche». Sulla prova della supersocietà di fatto v. ora Cass. 29 dicembre 2023, n. 36378 (punto 4.8), per la quale la «prova della sussistenza di tale società dev’essere (...), fornita attraverso la dimostrazione dei presupposti costituiti dall’esercizio in comune dell’attività economica dall’esistenza di un fondo comune (da apporti o attivi patrimoniali) e dall’effettiva partecipazione ai profitti e alle perdite e, dunque, da un agire nell’interesse, ancorché diversificato (ma non contro l’interesse) dei soci (Cass. n. 12120 del 2016, in motiv.; Cass. n. 4784 del 2023, in motiv.)». La Cassazione, nella sentenza citata (punto 4.12), precisa anche il profilo dell’imputazione dell’attività d’impresa (e quindi del soggetto tenuto a pagare i debiti assunti) in capo alla società occulta, anche nel caso in cui la stessa sia accertata a seguito del fallimento dell’imprenditore individuale rivelatosi, a seguito dell’attività istruttoria, socio di una società occulta di fatto. Per una recente rassegna di giurisprudenza che tocca anche il tema della super società di fatto, v. G. CAPO, C. PECORARO, R. ROSAPEPE, *Le società di persone*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2024, II, p. 5 ss.

Peraltro, la tendenza a colpire patrimoni ulteriori rispetto a quello del debitore ai fini dell'assoggettamento alla procedura di liquidazione giudiziale sembra oltremodo rafforzarsi con l'art. 259 CCII per il quale l'estensione opera anche per gli «enti e imprenditori collettivi non societari e ai loro componenti illimitatamente e personalmente responsabili per le obbligazioni dell'ente»⁸³.

6. *Considerazioni conclusive: il risarcimento del danno come tutela generale contro l'abuso nel diritto dell'impresa e il superamento della personalità giuridica come rimedio residuale.* – La giurisprudenza e la dottrina hanno richiamato l'abuso del diritto e il superamento della personalità giuridica in molti casi soggetti all'applicazione del diritto dell'impresa⁸⁴. Non mancano tuttavia autorevoli opinioni contrarie alla configurabilità dell'abuso nel diritto societario⁸⁵, così come vi è chi ha prospettato il rischio che l'abuso del diritto possa, a sua volta, diventare un rimedio abusato⁸⁶.

Non è questa la sede per verificare se le ipotesi tipizzate come “abuso” dal legislatore siano realmente tali o piuttosto siano fattispecie riconducibili semplicemente alla responsabilità da illecito civile (come si potrebbe pensare con riguardo al c.d. abuso di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento), né per verificare la compatibilità di rimedi giurisprudenziali di giustizia sostanziale

83 Cfr. anche per altri riferimenti, G. MARASÀ, *L'imprenditore* (artt. 2082-2083), in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 219.

84 Per un'analisi di ulteriori ipotesi rispetto a quelle qui considerate cfr. M. SPERANZIN, *Piercing the corporate veil in Italian company and banking law*, in Atti del convegno Lifting of the Legal Entity Veil, dell'Università della Marmara, Istanbul, 2 febbraio 2008, p. 163 ss., in part. p. 168 ss., a cui possono aggiungersi altre fattispecie relative, ad esempio, alla cessione d'azienda come testimonianza Trib. Reggio Emilia, 16 giugno 2015, n. 964, in *Banca borsa titoli di credito*, 2016, II, p. 201 ss., con nota di F. BENATTI, *L'abuso nel diritto societario: l'esperienza del piercing the veil*. V., inoltre, Cass. 13 settembre 2023, n. 26450, sull'applicabilità dell'art. 2560, comma 2, c.c.: la disposizione, che limita la solidarietà tra cedente e cessionario nei debiti dell'azienda ceduta solo a quelli che risultano dalle scritture contabili, opera solo in caso di effettiva alterità sostanziale tra cedente e cessionario. Alterità che potrebbe in concreto non ricorrere in ipotesi di carattere fraudolento o distorto della cessione, ma anche a prescindere da tale intento abusivo.

85 Cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni, I, Principi e problemi*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 157 ss., per il quale l'abuso del diritto è inteso come l'esercizio in concreto di una situazione giuridica soggettiva in termini contraddittori rispetto alle finalità e alle ragioni per le quali la stessa è stata attribuita dall'ordinamento. Nel diritto societario, tuttavia, secondo l'a., l'ordinamento non «attribuisce o riconosce alcuna situazione giuridica soggettiva». Per la critica sul piano della teoria generale v. M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia* (II), in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 3/2015, p. 14 ss., in part. p. 35 ss.; ID., *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2/2018, p. 1 ss., in part. p. 11 s.

86 In questo senso cfr. A. GAMBARO, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine di mercato nel diritto italiano e comunitario*, in AA.Vv., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 93 ss., ma v. anche F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Cedam, Padova, 2009, p. 502, per il quale al superamento della personalità giuridica «non si dovrà, tuttavia, pervenire quando gli abusi commessi dal socio si rivelino suscettibili di forme diverse di riparazione (...)».

rispetto alla certezza del diritto «vagheggiato dal primo pensiero liberale, che disegnava un sistema di norme certe e uguali per tutti»⁸⁷. È possibile, tuttavia, prendere posizione, seppur in termini schematici, sulle due questioni inizialmente poste.

Innanzitutto, i rimedi tipici diretti o indiretti prevedono conseguenze eterogenee (dal risarcimento del danno, all'inesigibilità del credito, sino al diritto di recesso e al pagamento di debiti altrui), ma nessuno conduce al pieno superamento della persona giuridica, con il conseguente riversamento sui soci del debito della società. Nemmeno il rimedio oggi introdotto dall'art. 256 CCII giunge a tale esito, tendendo, piuttosto, ad allargare la responsabilità patrimoniale a soggetti ulteriori rispetto a quelli che hanno contratto il debito, ma a prescindere dall'abuso del diritto.

In secondo luogo, occorre prendere atto di un processo espansivo che ha connotato il divieto di abuso, facendo leva soprattutto su una concezione oggettiva di sviamento dall'interesse tutelato dalla norma attributiva del diritto⁸⁸. Il divieto di abuso consente, infatti, un controllo penetrante sull'atto di autonomia privata: individuato l'interesse perseguito dalla norma che attribuisce il diritto o il potere, l'atto che costituisce esercizio del diritto in contraddizione con tali finalità giustifica l'applicazione del rimedio generale del risarcimento del danno, nonché dei rimedi specifici in ordine alla validità o all'efficacia dell'atto. L'ampia portata dell'abuso del diritto trova il suo radicamento nel principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost. e 1.2 TFUE) e richiede una responsabilizzazione dell'interprete nell'esercizio dell'attività ermeneutica. La dottrina e la giurisprudenza devono, in altre parole, elaborare soluzioni coerenti con un assetto di norme e di principi che consentano una verifica razionale del prodotto dell'interpretazione⁸⁹, al fine di realizzare il valore (non il mito) della certezza del diritto⁹⁰. L'abuso del diritto deve essere accolto dunque come uno strumento residuale, ancorché non eccezionale, di tutela.

In terzo luogo, alla luce delle superiori considerazioni, non sembra decisiva per assicurare una tutela effettiva contro le condotte abusive una tipizzazione delle fattispecie⁹¹, poiché ciò non escluderebbe l'esigenza di

87 Così, testualmente, M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, I, p. 669 ss., in part. p. 673 ss.

88 Cfr. M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, I, p. 669 ss., in part. p. 678 ss.

89 Cfr. M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in AA.VV., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, Giuffrè, Milano, 1991, p. 347 ss.

90 Cfr., anche per i riferimenti, A. CAPRARA, *I principi di corretta amministrazione. Struttura, funzioni e rimedi*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 56.

91 È significativo, peraltro, che in taluni ordinamenti in cui il divieto di abuso è stato codificato, si lasci ampia discrezionalità al giudice nella selezione dello strumento di tutela in relazione

interrogarsi sulla disciplina applicabile a fattispecie ulteriori (atipiche) rispetto a quelle espressamente regolate.

L'abuso del diritto in generale è da intendersi come una tecnica (con conseguente atipicità dei rimedi applicativi) più che una disciplina per correggere un uso non conforme agli obiettivi per i quali l'ordinamento attribuisce un potere o riconosce una pretesa. Il diritto dell'impresa presenta, tuttavia, un rilievo particolare perché coinvolge anche le situazioni giuridiche soggettive dei terzi. Pertanto, la previsione di specifiche ipotesi e più frequenti o dibattute ipotesi di condotte abusive (riconducibili, ad esempio, al superamento della personalità giuridica), pur non assorbendo lo spettro delle possibili ipotesi di abuso, offre una maggiore certezza del diritto⁹².

al fine di realizzare una tutela efficace. Nel codice civile e commerciale argentino, ad esempio, si prevede: «El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización» (art. 10, comma 3).

- 92 In questo senso è significativo che, nel diritto brasiliano, nel 2017 e nel 2019 ci siano stati due importanti novelle normative che hanno delimitato la portata del superamento della personalità giuridica, circoscrivendo la fattispecie. Nel 2017, con la legge n. 13.467/2017, si è intervenuti sul *Consolidamento delle Leggi sul Lavoro* (CLT) inserendo un comma 3 e modificando il comma 2 dell'art. 2 in materia di presunzione di rapporto di direzione e coordinamento unitario di società nel caso in cui le stesse presentino una identità nella partecipazione al capitale. Nel 2019 la legge n. 13.784/2019, *Dichiarazione dei Diritti sulla Libertà economica*, ha apportato modifiche significative all'art. 50 del codice civile, con il medesimo intento di delimitarne e chiarirne la portata (anche con una interpretazione autentica). In argomento v. per puntuali spiegazioni È. ANDRADE, L. NETTO PARENTONI, *Il superamento della personalità giuridica nel diritto brasiliano. Aspetti sostanziali e processuali*, in *Il diritto degli affari*, 2020, p. 627 ss., in part. p. 635 ss.